



NATÁLIA JORDANA DA SILVA MIGUEL

HOMOAFETIVIDADE E DIREITOS LGBTQIAP+
A jurisprudência como grande artífice do direito homoafetivo no
ordenamento jurídico brasileiro

São Lourenço/MG

2022



NATÁLIA JORDANA DA SILVA MIGUEL

HOMOAFETIVIDADE E DIREITOS LGBTQIAP+

A jurisprudência como grande artífice do direito homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela aluna Natália Jordana da Silva Miguel como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.
Orientador: Professor Me. Renato Augusto de Alcântara Philippini.

São Lourenço/MG

2022

HOMOAFETIVIDADE E DIREITOS LGBTQIAP+

A jurisprudência como grande artífice do direito homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro

Natália Jordana da Silva Miguel ¹

Renato Augusto de Alcântara Philippini²

RESUMO

Na realidade contemporânea do combate ao preconceito e à discriminação ainda persistem atitudes conservadoras que conferem à homossexualidade caráter doentio ou, ao menos, colocá-la numa condição inferior à heterossexualidade. A população LGBTQIAP+ além do enorme preconceito a que é submetida, ainda sofre pela omissão do legislador em reconhecer seus direitos. No entanto, diante da inércia legislativa, nos anos recentes, a jurisprudência tem de demonstrado a grande operária no reconhecimento do direito homoafetivo. Dentro de tal contexto, a presente pesquisa tem como objetivo geral sublinhar a falta de normatização de vários direitos da população LGBTQIAP+ e como tem se operado o reconhecimento de tais direitos humanos pelo jurisprudência do Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Homoafetivade. Homossexualidade. Direitos Humanos. Reconhecimento. Jurisprudência.

ABSTRACT

In the contemporary reality of combating prejudice and discrimination, conservative attitudes still persist that give homosexuality a full character or, at least, demean heterosexuality. The queer population, in addition to the enormous prejudice to which they are subjected, still suffers from the legislator's failure to recognize their rights. However, due to legislative inertia, in recent years, jurisprudence has demonstrated a great operation not to recognize the homoffective right. Within this context, the present research has the general objective of undermining the lack of regulation of various rights of the LGBTQIAP+ population and as a matter of operationalization or recognition of these human rights by the jurisprudence of the Brazilian Judiciary.

Keywords: Homoaffectiveness. Homosexuality. Human rights. Recognition. Jurisprudence.

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: nataliajordanasilva@live.com

² Mestre em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Docente e Coordenador do curso de Direito da Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: rphi@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o fenômeno da homossexualidade sempre esteve presente na humanidade. Em alguns períodos era algo aceito, enquanto em outros momentos históricos, foi duramente reprimido, resultando em consequências gravíssimas aos indivíduos considerados fora do padrão heterossexual vigente (ALVES, GOMES & SANTOS, 2021).

Apesar dos avanços significativos na seara dos Direitos Humanos nas décadas que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial alguns grupos sociais, como é o caso da população LGBTQIAP+, sigla que abrange pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais/Transgêneros/Travestis, Queer, Intersexual Assexual e Pansexual e mais, ainda encontram maiores dificuldades para usufruir dos direitos sociais conquistados socialmente (MATTOS & DIAS, 2015).

Neste contexto, Lourenço et al. (2017, p. 24) refletem que

A situação dos homossexuais no país é marcada por diversas supressões a prerrogativas fundamentais, como o fato de, anteriormente à legalização do casamento civil e da união estável homoafetivas, não lhes serem assegurado o direito de constituir família. Analisando o posicionamento da sociedade brasileira em relação aos direitos dos homossexuais, percebe-se que, por mais que tenha havido um avanço no pensamento de muitos, uma parcela considerável da sociedade ainda não aceita que o Direito reconheça as necessidades daquele grupo e as legalize, de forma que busque garantir a todos o que possa chegar mais próximo de um sentimento de igualdade entre os cidadãos de um país.

Neste sentido, Mattos e Dias (2015) comentam que transformações sociais acabam chegando ao ordenamento jurídico, exigindo a produção de alterações necessárias para suprir ou proteger as novas demandas, uma vez que os problemas sociais enfrentados pelos cidadãos alteram-se e as estruturas de controle social devem acompanhar, adequar e adaptar este processo.

A inexistência de leis não é motivo para eximir o Judiciário de sua função de garantir direitos, muito menos para negá-los.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é verificar se as leis que se encontram em vigor são suficientes para proteger os direitos LGBTQIAP+ e, ao mesmo tempo, apontar como a jurisprudência produzida pelos Tribunais brasileiros tem solucionado, muitas vezes de forma exemplar, as questões ligadas a tal comunidade.

Trata-se de tema de grande relevância no sentido de que pode contribuir para pesquisadores do direito e de outras áreas, demonstrando que a legislação em vigor deve ser analisada sob a perspectiva dos Direitos Humanos, mais especialmente levando-se em consideração as demandas, os direitos e as garantias da comunidade LGBTQIAP+.

Para concretizar tal esforço foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental.

2 HOMOSSEXUALIDADE E HOMOAFETIVIDADE

Embora muitos contextualizem a homoafetividade como um constructo moderno, é correto afirmar que a relação entre pessoas do mesmo sexo são percebidas desde o início da civilização (ARAÚJO, 2010).

Nas sociedades primitivas, a homoafetividade era considerada um ato normal e parte do sagrado (OLIVEIRA, ALMEIDA & SIMÕES, 2017). No período da Roma Antiga, há diversos relatos sobre casais homossexuais. Neste período os homens cultuados, enquanto a mulher era mantida em segundo plano, tida como a procriadora. Fato que tornava o relacionamento entre homens e mulheres uma formalidade para continuação da espécie, enquanto relacionamentos afetivos ocorriam entre os homens (ARAÚJO, 2010).

Oliveira, Almeida & Simões (2017) explicam que as relações homossexuais eram permitidas como iniciação sexual dos jovens pelos homens mais velhos, sendo que quando estes alcançam a vida adulta, após o período de treinamento, deviam encontrar uma mulher para casar-se e se tornarem os preceptores. Na Idade Média, ocorrem mudanças nas estruturas da sociedade, onde o Cristianismo passa a predominar, atribuindo as relações homossexuais um forte discurso de ódio, sendo seus praticantes pecadores, e por isso mereciam a morte.

As noções de pecado e imoralidade associadas à prática do amor e desejo eróticos entre pessoas do mesmo sexo só passaram a ser vistas a partir da difusão do pensamento cristão medieval e os seus praticantes chamados de sodomitas, condenados à morte na fogueira ou por enforcamento e enterrados em cova rasa sem nenhuma identificação.

[...] Já na Idade Moderna e na contemporaneidade, embora se propague os discursos humanistas, o olhar acerca das homoafetividades continua mergulhado no discurso religioso contrário a ela e/ou no silenciamento dos que assumem essa orientação sexual.

Dentro deste contexto, Araújo (2010) aponta que devido à grande influência religiosa, a aversão e o preconceito com os sujeitos que fugiam do padrão heteronormativo da sociedade continuou se perpetuando por todas as culturas durante séculos. A autora aponta que a estrutura patriarcal e machista da sociedade como outro fator relevante para que o preconceito continuasse, uma vez que era atribuído ao homem virilidade, força e coragem, aquele que comandava a casa.

No período colonial, a Igreja tinha poder sobre o Estado de modo que, nos códigos penais, a homossexualidade era considerada como um crime. E, mesmo com o avanço da sociedade ao longo dos séculos XIX e XX, a homossexualidade chegou a ser considerada uma doença, onde os sujeitos homoafetivos passaram a ser tratados em sanatórios e recebiam tratamentos à base de choque elétricos para que fossem corrigida essa inversão (OLIVEIRA, ALMEIDA & SIMÕES, 2017).

Nesse sentido, Silva (2017, p. 11), destaca que:

A homossexualidade adquiriu diversas teorias no transcorrer do desenvolvimento dos saberes científicos da psicologia e psiquiatria. A ideia de que a homossexualidade era um transtorno mental se iniciou com Richard von Krafft-Ebing, em seu livro "Psychopathia Sexualis" de 1886, que seria provocada por uma 'inversão congênita' adquirida ou no decorrer da vida. Em 1952, a Associação Americana de Psiquiatria a classificou como desordem de transtorno mental. Com a falta de provas da teoria, a própria Associação retirou, em 1975, sua classificação de transtorno. Em 1977, a Organização Mundial de Saúde (OMS) a incluiu na Classificação Internacional de Doenças (CID). A partir de 1970, há a profusão de pesquisas e de saberes sobre a sexualidade, nas áreas de ciências sociais, as quais discutiram temas essenciais sobre a homossexualidade, como o sistema de representação passividade/feminilidade x ativo/masculinidade [...]. O termo homossexualidade é caracterizado em oposição ao termo homossexualismo, que entendia as inclinações homo enquanto patologia através do uso do prefixo -ismo, significado de doença. Somente em 17 de maio de 1990 que a OMS retira a homossexualidade da lista de patologias internacionais.

Foi somente no final dos anos 60 que "[...] eclodiram os primeiros protestos relacionados à luta pelos direitos dos homossexuais. Um dos princípios grandes marcos foi a revolta de Stonewall" (BELIN & NEUMANN, 2020, p. 11). De acordo com Canabarro (2013) o movimento social a favor dos direitos dos homossexuais, ocorre em um bar nova-iorquino, nos EUA, gerando revolta em seus frequentadores, em maioria homoafetivos, devido a forma como os policiais e autoridades os tratavam, onde estes eram considerados desviantes das normas sociais.

Segundo a literatura investigada, no Brasil o movimento em prol da igualdade de direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT+) ocorreu

somente após o fim da ditadura, por volta de 1978 (REIS, 2012; BELIN & NEUMANN, 2020). Segundo Belin & Neumann durante o auge da ditadura no Brasil nos anos 70, a comunidade LGBTQ+ não pode realizar confrontos diretos contra os abusos do Estado. Porém, através da circulação de jornais como “O Lampião da Esquina”, cujo o objetivo era “[...] informar a população sobre questões sociais, sexuais e educacionais e também servia como um canal de denúncia do que estava ocorrendo nos porões da ditadura” (BELIN, NEUMANN, 2020, p.11).

De acordo Oliveira, Almeida e Simões (2017, p.225) a “[...] história das homoafetividades dá conta de que a repressão sempre foi mais forte que a aceitação e tolerância os homoafetivos nas sociedades [...]”. Apesar dos momentos difíceis, Reis destaca dois marcos importantes para a comunidade na década de 1980:

Apesar do surgimento concomitante da epidemia da aids e seu impacto inicial na população *gay* – com reflexos graves no recém-surgido Movimento Homossexual Brasileiro –, houve dois marcos particularmente significativos em relação aos direitos humanos das pessoas LGBTQ no Brasil na década de 1980. Em 9 de fevereiro de 1985 o Conselho Federal de Medicina transferiu o diagnóstico de Homossexualidade [código 302.0] da categoria de Desvios e transtornos sexuais para a de Outras circunstâncias psicossociais, todos da Classificação Internacional de Doenças (CID, 9ª revisão, 1975, apud OLIVEIRA, 1985). Nisto, o Brasil antecedeu em cinco anos a aprovação em 17 de maio de 1990, pela 43ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), da retirada do código 302.0 da Classificação Internacional de Doenças. A nova classificação da OMS, a CID 10, entrou em vigor entre os países-membros das Nações Unidas em 1993, pondo fim à patologização da homossexualidade. (REIS, 2012, p. 1).

Foi somente na década de 1990 que o termo “homossexualismo”, que possuía uma conotação de doença foi retirado da lista de doenças ou problemas relacionados à saúde (BELIN & NEUMANN, 2020). Canabarro (2013) comenta que durante esta década surgiram diversos grupos e organizações não governamentais (ONGs) brasileiros voltados para a luta pelos direitos e buscarem a igualdade social.

Desta feita, apesar da Constituição Federal se constituir em um documento que consolida diversos direitos fundamentais de toda a sociedade, Reis cita que durante sua elaboração houve a tentativa em inserir no art. 5º da CF a expressão de discriminação por motivo de orientação sexual, contudo não foi permitido devido aos a oposição de fundamentalistas religiosos.

Para Cunha a comunidade então denominada LGBT do Brasil lutou e conquistou muitas coisas ao longo das últimas décadas:

[...] desde o momento em que começaram a se organizar até os dias atuais, a luta contra toda e qualquer forma de discriminação tem persistido, principalmente no que diz respeito ao direito a sua orientação sexual, e mais recentemente incluindo a identidade de gênero. Muitos encaram essa luta como inglória, mas nem por isso desistem da guerra. Desses combates surgiram inúmeras vitórias em diferentes setores, sejam eles políticos ou sociais. (CHUNHA, 2019, p.16).

Assim, observa-se a comunidade LGBTQIAP+ passou por inúmeras repressões e ainda passam por diversas discriminações em virtude de séculos de perpetuação de opiniões conservadoras, fazendo com que tal grupo, em sua grande maioria, ainda viva sob a margem de exclusão (MACHADO, GONÇALVES, COSTA, 2020).

3 DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQIAP+

A Constituição de 1988 elencou em seu conteúdo alguns princípios basilares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um princípio norteador de suas normas (MOREIRA & OLIVEIRA, 2020). Reis (2012) comenta que a Constituição Federal de 1988 possui vários de seus princípios fundamentais, bem como vários dos Direitos e Garantias Fundamentais inspirados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

O princípio da dignidade humana é um instituto jurídico disposto no rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil, protegido com caráter de cláusula pétrea. Desta forma, ainda que ocorram propostas de emenda à Constituição, este princípio não pode ser alterado (CARDOSO, 2021).

Para Moreira & Oliveira (2020) ao estabelecerem este princípio como norteador das normas jurídicas brasileiras, os legisladores incluem todos os indivíduos da sociedade, atribuindo-lhes direitos e deveres, além de promover os meios para uma vida digna. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito irrenunciável, de modo que compete ao Estado reconhecê-lo e providenciar meios de efetivá-lo. “[...] o não reconhecimento dos direitos e princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 abre espaço para bloquear o

desenvolvimento da vida particular das pessoas, bem como a sua atuação perante à sociedade” (MOREIRA, OLIVEIRA, 2020, p. 194).

O princípio da liberdade surge durante a Revolução Francesa, tornando-se um princípio consagrado e assegurado em todas as Constituições Democráticas (RAGAZZI & GARCIA, 2011). Para Lôbo (2012) no contexto estudado neste artigo, o princípio da liberdade se traduz no livre poder de escolha ou autonomia no ato de constituir, realizar ou extinguir entidade familiar, sem coerção de parentes, da sociedade ou do próprio legislador. Também pode ser vislumbrado como a liberdade de ação, baseada no respeito à integridade moral, mental e física. Desta forma, o direito à liberdade e o direito à dignidade da pessoa humana estão interligados, pois representam a liberdade própria de cada indivíduo (RAGAZZI & GARCIA, 2011).

A igualdade também está entre os princípios basilares reforçando e garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana que possui o objetivo de promover a igualdade e extinguir todas as formas de discriminação (PAZZOTTI & RICARDO, 2015).

Maria Berenice Dias (2007) categoriza que

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.

Assim, Ragazzi & Garcia (2011) explanam que o Estado não pode interferir na orientação sexual escolhida pela pessoa, uma vez que está amparada pela Constituição Federal.

Segundo Ventura & Pozzetti (2015), por sua vez, explicam que os direitos humanos de personalidade surgiram somente a partir da evolução da humanidade de conquistas de Estados democráticos. Este direito avançou na sociedade contemporânea principalmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem. Conforme Ventura e Pozzetti (2015, p. 5), “[...] à medida em que o tempo passa, o ser humano vai tomando consciência de si mesmo e percebe que precisa libertar-se dos atavismos impostos pela decadente sociedade pretérita” (VENTURA & POZZETTI, 2015, p. 02).

De acordo com Cantali (2010) no Brasil a proteção geral da personalidade é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, que consta no art. 1º, inciso III, da Constituição, em que se há abertura material pelo sistema de direitos fundamentais e também possibilita o fundamento de inúmeros direitos não expressamente previstos de personalidade que resulte em reclamar a tutela, tanto quanto no reconhecimento inalterável das relações pessoais por seus direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma Machado, Gonçalves e Costa que;

É inerente a pessoa humana os direitos de personalidade, sendo assim, nascem e morrem com a pessoa. “O direito da personalidade é um direito subjetivo, de caráter não patrimonial, que visa, na verdade, tutelar a própria pessoa humana, a sua dignidade e integridade”. São direitos ligados à noção de individualidade, liberdade e dignidade; são inatos à pessoa humana.

Os direitos humanos são inerentes ao direito à personalidade. Portanto, nascem e morrem com as pessoas. O direito de personalidade é um direito subjetivo de caráter não patrimonial em que é objetivado para proteger as pessoas, sua integridade e dignidade. Esses direitos estão relacionados aos conceitos de individualidade, dignidade e liberdade; eles nascem. Não se pode renunciar meramente do direito em si, porém, pode renunciar o exercício o titular do direito da personalidade (MACHADO, GONÇALVES e COSTA, 2020, p. 386).

A importância em se garantir os direitos da população LGBTQIAP+, fez com que fosse criado no âmbito jurídico internacional os Princípios de Yogyakarta, tornando-se um marco significativo e norteador de proteção aos direitos de tal grupo.

De acordo com Casella et al. (2012, p. 747):

A proteção de minorias não étnicas, embora incipiente na ordem internacional, teve marco representativo por meio da adoção, em 26 de março de 2007, dos Princípios de Yogyakarta, cidade da Indonésia, na qual se reuniu, de 6 a 9 de novembro de 2006, o “grupo internacional de especialistas em direito internacional dos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, que preparou e apresentou um texto, adotado pelo Conselho de Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, propondo normas para aperfeiçoar a proteção de todos, em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questão de orientação sexual e identidade de gênero. Este documento pontua que primeiramente a obrigação de se implementar e garantir os direitos humanos deste grupo social é dever do Estado, desta forma foram disponibilizadas recomendações detalhadas aos Estados. Entretanto, o documento também afirma que as responsabilidades para promover e proteger esses

direitos humanos não limita-se ao Estado, de modo que também envolve diversos atores sociais (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007). Nesse sentido:

Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 9).

Foram criados cerca de 29 princípios/direitos, para que os Estados possam se orientar sobre quais são obrigações humanistas para com a sociedade, sendo eles: Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, à Igualdade e a Não-Discriminação, ao Reconhecimento Perante a Lei, à Vida, à Segurança Pessoal, à Privacidade, de não sofrer Privação Arbitrária da Liberdade, a um julgamento Justo, a Tratamento Humano Perante a Detenção, de não sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante, à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos, ao Trabalho, à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social, a um Padrão de Vida Adequado, à Habitação Adequada, à educação, ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde, contra Abusos Médicos, à Liberdade de Opinião e Expressão, à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas, à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião, à Liberdade de Ir e Vir, de Buscar Asilo, de Constituir uma Família, de Participar da Vida Pública, de Participar da Vida Cultural, de Promover os Direitos Humanos, a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes e Responsabilização (“Accountability”) (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Este documento jurídico internacional traz princípios fundamentais para a consolidação dos direitos humanos da comunidade LGBTQIAP+. Inicialmente este documento reforça que todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, sugerindo que os Estados estabeleçam a incorporação dos princípios da universalidade em suas legislações, garantindo seus direitos; implementar programas de educação e conscientização que promovam os direitos humanos desta parcela da população, além de integrarem às políticas públicas do Estado uma abordagem pluralista que reconheçam todos os aspectos da identidade humana (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Ventura e Pozzetti (2015) descrevem que a violação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais ferem e violam os direitos civis e políticos, sendo que essa violação ocorre majoritariamente com grupos sociais vulneráveis como os homossexuais. Nessa ótica, os autores citados, esclarecem que para resolver tais problemas, torna-se necessária a implementação de leis que garantam os direitos humanos acrescidas do valor da diversidade. Conforme Ventura e Pozzetti (2015, p. 3):

[...] determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Ou seja, ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à adversidade, o que lhes assegura tratamento especial

Nesse sentido, se destaca o Princípio de Yogyakarta nº 2 que afirma que :

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p.12).

A comunidade LGBTQIAP+ tem como interesse usufruir dos mesmos direitos que todos os demais cidadãos, a partir do princípio de igualdade. Contudo, a sociedade brasileira possui um forte cunho religioso e como muitas religiões não possuem uma posição favorável a questão da homossexualidade, muitos indivíduos continuam a reproduzir e a perpetuar o preconceito (MATTOS & DIAS, 2016).

O direito de união homoafetiva no âmbito civil só passou a ser considerado em 2011, a partir de uma decisão proferida pelo STF devido ao julgamento conjunto entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento

de Preceito Fundamental 132, expandindo assim, o conceito de entidade familiar inserindo a união entre pessoas do mesmo sexo (MATTOS & DIAS, 2016).

Lima (2018) cita que o Ministro Ayres Brito ao votar menciona os Princípios de Yogyakarta, mais precisamente o princípio nº 24, cujo teor dispõe:

“DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração; (LIMA, 2018, p. 6-7).

É imprescindível que o Estado crie e implemente políticas públicas que disciplinem e coíbam condutas homofóbicas. Por isso, é fundamental que os direitos sexuais dos indivíduos sejam garantidos, pois trata-se de uma qualidade intrínseca se todo ser humano (VENTURA & POZZETTI, 2015). Neste contexto, este documento internacional pode auxiliar o ordenamento jurídico e legisladores a implementarem legislações modernas e específicas para este grupo social, de modo a combater as deficiências jurídicas do direito brasileiro vigente sobre as pautas das comunidade LGBTQIAP+.

4 A JURISPRUDÊNCIA COMO GARANTIDORA DOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQIAP+

O Estado como garantidor e representante dos direitos das pessoas é quem governa as relações sociais e tem como dever acompanhar as demandas sociais que surgem, provendo a todos os cidadãos a garantia de seus direitos. Neste panorama, há uma intensa luta da comunidade LGBTQIAP+ para que sejam ouvidos e terem acesso a seus direitos, uma vez que esta minoria deseja apenas usufruir dos mesmos direitos ofertados aos outros estratos da sociedade, partindo do direito

à igualdade (MATTOS & DIAS, 2016). Ainda de acordo com os autores, quando o Estado volta-se a regular determinado comportamento social, baseando-se nos interesses majoritários de parte da população, este acaba por excluir as minorias que não fazem parte dos mesmos interesses, assim, impondo-lhes algo e desrespeitando seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Por sua vez, segundo os Princípios de Yogyakarta (2007, p. 7)

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Na Constituição Federal de 1988 elenca como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação (art. 3º, IV), sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF), reconhecendo a relevância em se garantir a liberdade do ser humano no que tange sua orientação sexual, abordando a no texto normativo constitucional, reconhecendo que se trata de um bem jurídico que foi tutelado, pois trata-se de uma faculdade intrínseca e visceralmente ligada ao ser humano. Nesta contenda, afirma que se trata de um direito humano e está diretamente ligado à autorrealização do indivíduo: “[...] ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual” (DIAS, 2006, p.188)

Neste sentido, Fachin (1997) assevera a orientação sexual é direito personalíssimo do ser humano, atributo inerente e inegável e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

Conforme Ferrado (2008), a sexualidade é uma dimensão fundamental da subjetividade humana, sendo parte da construção de sua personalidade individual, e alicerce indispensável para o livre desenvolvimento de sua personalidade

(FERRARO, 2008). A autora esclarece que a orientação sexual é tida como um direito fundamental e prologado da personalidade de cada indivíduo inserido na sociedade. Assim, considera-se a personalidade como parte abrangente da dignidade humana (FERRARO, 2008).

Desta forma, é através de jurisprudência que muitas vezes é possível modificar as leis, até porque é por meio da vivência em sociedade, onde estas são criadas e modificadas a partir da observação e surgimento de novas demandas (BRASIL, 2007).

Anteriormente aos avanços conquistados, algumas jurisprudências foram decididas em favor de casais homoafetivos, como é o caso do apelo cível nº 70013801592, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre a adoção por parte de um casal homoafetivo, que teve resultado positivo:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade.

ACÓRDÃO

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (Art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, irrisignado com sentença que deferiu a adoção dos menores XXXXX (3 anos e 6 meses) e XXXXX (2 anos e 3 meses) a XXXXX, companheira da mãe adotiva dos menores XXXXX.

Sustenta que (1) há vedação legal (CC, Art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo. Pede provimento.

Houve resposta. Nesta instância o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do apelo (BRASIL, 2007).

Por sua vez, em 2011 surgiram as que as primeiras jurisprudências, nas ADPF 132 e ADI 4.277, sobre União estável homoafetiva:

Refletindo sobre a decisão tomada em maio de 2011 pelo Supremo Tribunal Federal e que aborda a consideração dos art. 3º, 5º e 226 da CF e suas repercussões sobre a interpretação do art. 1723 do Código Civil, sua análise remete ao voto do relator, Ministro Ayres Britto, um constitucionalista “liberal” de um ponto de vista de suas posições doutrinárias em relação ao que chama de “constitucionalismo fraternal” e “pluralismo político-cultural”. A decisão do STF partiu basicamente da reunião de duas ações (ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF) em função de questões processuais como a identidade de objeto e causa de pedir. A ADPF 132/RJ foi proposta em 2008 e teve origem no governo do RJ, que pretendia ver um Decreto-Lei daquele Estado (relacionado entre outras coisas a benefícios previdenciários dirigidos a servidores públicos) interpretado a partir da CF para inclusão de parceiros homossexuais – demanda que refletia também uma forte repercussão da articulação do movimento social no RJ. Já a ADI 4277 foi de autoria do MPF, também muito sensível às reivindicações sociais por reconhecimento de direitos LGBTTTT, seja por sua atribuição constitucional quanto pelo trabalho engajado de diversos procuradores da república ligados ao grupo de trabalho que envolve estas questões (OLIVEIRA, 2012, p. 74).

O caderno de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal voltado aos direitos das pessoas LGBTQIAP montou uma linha do tempo com as principais conquistas dos direitos da população LGBTQIAP+. Em 2011 foi garantida a união estável homoafetiva por meio da ADPF 132 e ADI 4.277; em 2015, ocorreu a descriminalização da homossexualidade no âmbito militar, via ADPF 291; por sua vez, em 2017, foram reconhecidos direitos sucessórios no RE 646.721; em 2018 foram assegurados direitos aos transexuais na ADI 4.275 e RE 670.422; em 2019 foi criminalizada a homotransfobia no julgamento da ADO 26/DF e MI 4.733/DF; e, 2020, foi julgada a inconstitucionalidade da norma que proibia a doação de sangue por homossexuais, nos autos da ADI 5.543 ADO 26 e, por fim, no mesmo ano, foram julgadas a ADPF 457 e ADPF 461 declarando inconstitucionais leis que proibiam o debate sobre ensino de gênero nas escolas (BRASIL, 2022).

Observa-se que o ordenamento jurídico possui fundamentos para garantir os direitos da comunidade LGBTQIAP+, sendo que estes mesmo com uma intensa luta pela igualdade viram seus direitos avançarem lentamente. Além disso, Mathias & Voltolini (2019) fazem uma importante constatação de que mediante o progresso e a visibilidade do movimento LGBTQIAP+ tem atrapalhado o avanço de seus direitos, pois o movimento conservador no Brasil voltou a proliferar em grande quantidade nos últimos tempos, voltando-se para minorias como este grupo social.

Desta feita, Canabarro (2013, p. 5) faz a seguinte ressalva

Muitos avanços tornaram-se possíveis e foram conquistados ao longo dos anos de luta do Movimento LGBT Brasileiro. Poucos por vias do legislativo, uma vez que a força política de partidos financiados e ligados às igrejas, em especial as neopentecostais, ao que nos demonstra a conjuntura, é mais forte do que de partidários de causas humanistas e em prol dos direitos humanos.

Neste diapasão, Mazaro e Cardin (2018) relatam que os direitos fundamentais estão em constante mudança junto com o desenvolvimentos da sociedade, no entanto muitas vezes o ordenamento jurídico ainda não acompanha com a mesma rapidez, assim como os grupos majoritários. É desta forma que podemos observar que ainda existe fragilidade nos direitos das pessoas homossexuais, pois estas ainda continuam a ser marginalizadas, hostilizadas além de sofrerem agressões físicas. Neste contexto, Alves, Gomes & Santos (2021) argumentam que a discriminação e violência voltadas ao público LGBTQIAP+ no Brasil é conhecida internacionalmente como o país que mais mata pessoas transexuais, evidenciando que o país carece de leis específicas que protejam efetivamente esta população. Nesse sentido, afirma Alves, Gomes e Santos que:

As manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF) em muito contribuem para um maior respeito e conquista de direitos para uma população que vem sofrendo violências físicas, psicológicas e sociais ao longo de séculos, que em tese já possuem os direitos que tanto lutam para conquistar – considerando a contextualização histórica anterior, “reconquistar” esses direitos – positivados na constituição, no entanto, se faz necessário maiores medidas para que esses direitos se façam respeitados (ALVES, GOMES & SANTOS, 2021, p. 5).

Por sua vez, Machado, Gonçalves e Costa (2020) discorrem sobre o assunto, apontando que é essencial que ocorra uma maior proteção a comunidade LGBTQAP+ pelo Estado. Este grupo minoritário deve ser protegido e respeitado por terem uma orientação sexual diferente da maioria. Além disso, enquanto existir repressão por ser quem se é, nenhuma sociedade cresce ou se desenvolve. Nesse sentido, gozar da dignidade significa ter o direito de respeitar e valorizar a sociedade em que vivemos. Sem esse diálogo é impossível desenvolver plenamente esses direitos e, assim, violar repetidamente a dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça é um anseio de todos. Garanti-la é dever de um Estado Democrático de Direito. O fato de inexistir previsão legal para uma situação específica não significa a inexistência do direito nem a impossibilidade de concessão de tutela jurídica. Em outras palavras, o silêncio do legislador deve ser suprido pelo magistrado, que cria a lei para o caso que se apresenta.

O omissão do legislador em regradar questões relativas à comunidade LGBTQIAP+, de forma discriminatória, muitas das vezes fundada em uma visão conservadora, terminou por transferir ao Judiciário a responsabilidade de reconhecer direitos tão caros como caros como guarda de filhos e direito a visitas entre casais homoafetivos, mudança de identidade de transexuais e até mesmo a criminalização da homofobia.

Assim, a postura da jurisprudência nos casos trazidos neste trabalho, demonstra a consciência do Judiciário de criar o direito sem ignorar tão importante parcela da população e, se espera que tais decisões, sirvam de motivação para o legislador regulamentar situações que não podem ficar à margem da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vinícius; GOMES, Jennifer; SANTOS, Fábio. União Homoafetiva no Brasil, uma questão de Direitos Humanos. **Revista do IRDCivil**, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <http://revista.irdcivil.com.br/index.php/RIRDCvil/article/view/3> . Acesso em 30 out 2022.

ARAÚJO, Jéssica Maria Gomes. **Homoafetividade**: uma questão de direito. 2010. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/13510> . Acesso em 2 nov. 2022.

BELIN, Matheus de Oliveira; NEUMANN, Ricardo. **História da homossexualidade no Brasil**: abusos, perseguições, repressões e o avanço do movimento LGBTQ+. 2020. Graduação e Especialização em História Universidade do Sul de Santa Catarina. 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/2081/statistics> . Acesso em 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Direito das pessoas LGBTQIAP+ [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF : CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/cadernos-stf-lgbtqia-3-1.pdf> . Acesso em 10 nov. 2022.

CANABARRO, Ronaldo. História e direitos sexuais no Brasil: o movimento lgbt e a discussão sobre a cidadania. **Anais Eletrônicos do II Congresso Internacional de História Regional**, 2013. Disponível em: <https://venlibre.com.br/wp-content/uploads/2021/06/historiaedireitoscanabarro.pdf> . Acesso em: 30 out. 2022.

CARDOSO, Pedro Henrick. Os direitos LGBTs e a liberdade religiosa: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, e da dignidade humana como fundamento. **Revista Processus Multidisciplinar**, v. 2, n. 4, p. 477-492, 2021.

CASELLA, P. B.; ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n.c1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/10399>. Acesso em: 17 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. 2007. **IN: I Fórum SEMIRA pela Igualdade**. Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em Goiânia – GO, 2007. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/artigos_teses_dissertacoes/53_-_liberdade_de_orientao_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: O preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. 1997. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=648d1c9a9c61b78d>>. Acesso em 15 nov. 2022.

LOURENÇO, Fernanda et al. União homoafetiva: do patriarcalismo à legalização. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 9, n. 2, p. 20-20, 2017.

MACHADO, Geovanna Costa; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; DA COSTA, Danilo. O direito da comunidade LGBT: o respeito à personalidade homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 41, p. 379-393, 2020. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/285>. Acesso em: 14 out. 2022.

MOREIRA, Elcio João Gonçalves Moreira; OLIVEIRA, José Sebastião de. União homoafetiva: ativismo judicial e judicialização como efetivação de direitos da personalidade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p. 187-201, jan/jul, 2020.

<https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v5n1.moreira.oliveira>. Acesso em: 14 out. 2022.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

OLIVEIRA, Rubenil da Silva; ALMEIDA, Carlos Henrique Lopes de; SIMÕES, Maria do Perpétuo Socorro Galvão. Vidas homoafetivas em tempos de repressão: memória, identidade e história em dois romances amazônicos. **Muitas Vozes**, v. 6, n. 2, p. 224-240, 2017. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/muitasvozes/article/view/10643>. Acesso em: 01 out. 2022.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. jul. 2007. p. 7. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, Toni. Avanços e desafios para os direitos humanos das pessoas LGBT. **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, p. 55-68, 2012. Disponível em: <http://www.tonireis.com.br/wp-content/uploads/2014/06/avancos.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

SILVA, Tatiani Meneghini da Silva. **Homossexualidade e homoafetividade em “Morangos Mofados”**. 2017. Disponível em: https://www.fespsp.org.br/store/file_source/FESPSP/Documentos/Manuais/TatianiMeneghini.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.