

HOMOSSEXUALIDADE E A DIFÍCIL EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS HUMANOS SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

HOMOSEXUALITY AND THE DIFFICULTY OF IMPLEMENTING CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND HUMAN RIGHTS FROM A GENDER PERSPECTIVE

Glaucia Fernanda Oliveira Martins Batalha¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma reflexão sobre ausência de proteção específica contra a discriminação dos homossexuais e a ineficácia dos princípios esculpidos na Constituição Federal e dos Direitos Humanos diante do preconceito em torno da homossexualidade, levando em consideração a teoria do contrato sexual e o patriarcado. A homossexualidade é uma realidade social que ninguém pode deixar de ver. No entanto a sociedade patriarcal, desde o contrato social, vem tentando abafar e esconder no mundo privado essa maneira de expressar o gênero, bem como a repugnar no mundo público, mecanismos estes importantes para a manutenção da exclusão e da subalternização desse ator na órbita social.

Palavras-chaves: homossexualidade. contrato sexual. patriarcado. princípios constitucionais. direitos humanos .

¹ Artigo apresentado ao CONPEDI- Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, pela mestre em Direito pela UFPA- Universidade Federal do Pará e docente de Direito das Faculdades CEST- Faculdade Santa Terezinha e FACAM- Faculdade do Maranhão.

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the absence of specific protection against the discrimination of homosexuals as well as the ineffectiveness of the principles carved in the Federal Constitution and human rights that prevent this prejudice, using sexual contract theory and patriarchy. Homosexuality is a social reality that cannot be denied. However, the norms of the social contract of patriarchal society have been trying to stifle and hide the way in which they express their sexuality in the private world, while perpetuating disgust in the public world using important mechanisms to maintain the exclusion and subjection of this actor in the social orbit.

Key words: homosexuality, social contract, patriarchal, constitutional principles, humans rights.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 representou grandes avanços no que concerne à preocupação com o ser humano, enquanto indivíduo e sujeito de direitos. É possível vislumbrar, nos vários capítulos e artigos da Carta Republicana, a visão humanista do Constituinte, mormente quando aponta, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Apesar do texto inovador, a Carta Magna de 1988 não tratou de forma explícita dos direitos homossexuais² – lacuna esta que é injustificável³.

Note-se que, mesmo havendo no texto constitucional omissão quanto aos direitos homossexuais, o Estado Democrático de Direito concebido pela Constituição Federal de 1988, firma a realização dos direitos e garantias fundamentais, desdobrando-se em princípios de observância suprema pelos cidadãos que por esta se encontram amparados, independentemente de orientação sexual⁴. As garantias versam quanto ao direito à igualdade, à dignidade humana, à liberdade, à inviolabilidade da intimidade da vida privada⁵.

Os direitos mencionados acima são amparados constitucionalmente como mecanismos de proteção dos cidadãos frente ao Estado, e aos outros indivíduos, sejam eles hetero ou homossexuais.

Percebe-se, portanto, que o pressuposto primordial para a confirmação dos direitos dos homossexuais está incluído no texto constitucional brasileiro, que aponta, como valor embaixador do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

² Etimologicamente a palavra homossexual é formada pela junção dos vocábulos "homo" e "sexu". Homo, do grego "hómos", que significa semelhante; e sexual, do latim "sexu", que é relativo ou pertencente ao sexo. Portanto, a junção das duas palavras indica a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

³ Pois acaba por evidenciar a força heterossexista dominante, além de renegar a plano secundário qualquer tema relacionado à orientação sexual e dificultar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais a esse grupo vulnerável. Tal discussão será objeto de estudo mais adiante.

⁴ A fim de impedir confusões terminológicas, o sentido da expressão "orientação sexual" ora empregada é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Diante da amplitude do conceito esboçado deve-se contrapor a delimitação do objeto desse trabalho, que versa exclusivamente sobre problemas jurídicos decorrentes do cotejo dos direitos fundamentais e a homossexualidade.

Entendimento este ratificado pela decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando, através da 7ª Câmara Cível, no acórdão da Apelação do Desembargador José Carlos Teixeira Giorges, reconheceu a união homoafetiva e declarou os efeitos jurídicos de tal relação:

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, o que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art.5º, X), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art.5º, X), que como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção *do direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos de personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária (*Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, em A nova família: problemas e perspectivas*, Editora Renovar, Rio, 1997, p.114)⁶.

O papel do Direito não é fabricar, mas reconhecer aquilo que já existe de fato, tendo em vista que a ausência de lei não significa ausência de direito. Não é a lei que cria a realidade, pelo contrário, a realidade é reconhecida por aquela.

O fato de não haver previsão legal específica para a proteção dos homossexuais contra qualquer comportamento discriminatório, não significa dizer que esse grupo vulnerável se encontra desamparado, haja vista que não restam dúvidas que os princípios esculpidos na Constituição vedam qualquer tipo de discriminação, inclusive, discriminação quanto à orientação sexual, devendo esta ser respeitada sob pena de serem consideradas ilegais e infratoras dos princípios constitucionais as condutas preconceituosas realizadas com o objetivo de achincalhar e excluir os homossexuais da convivência social. Celso Antônio Bandeira reforça tal entendimento afirmando:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁷.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º . 7000138892 . 7ª CC do TJRS. Relator: Des.José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 14 de março de 2001.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça Social. In: Revista de Direito Público, apud SPENGLER , Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC. 2003, p.53.

Desta feita, resta evidente que o Constituinte Originário ao reconhecer e concretizar no sistema jurídico brasileiro princípios como o da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), da liberdade e da igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art.5º, X), veda qualquer forma de discriminação.

Repita-se, veda qualquer forma de discriminação e não só a discriminação de heterossexuais. O ordenamento jurídico pátrio ao prever tais princípios no texto constitucional abomina violação destes, pois a desatenção aos princípios por ora tratados implica na ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos e aos valores fundamentais da Carta Magna Nacional.

Neste trabalho, propõe-se demonstrar a problemática quanto à efetivação dos princípios constitucionais e direitos humanos no que concerne aos homossexuais, sob uma perspectiva de gênero, tendo como suporte principal os apontamentos de Carole Pateman e de Joan Scott.

Verificar-se-à que apesar de os preceitos presentes no texto constitucional vedarem qualquer tipo de discriminação, inclusive, discriminação quanto à orientação sexual, devendo esta ser respeitada sob pena de serem consideradas ilegais e infratoras dos princípios constitucionais as condutas preconceituosas com o objetivo de achincalhar e excluir os homossexuais da convivência social, tais dispositivos constitucionais são de difícil efetivação, em razão da subalternização legitimada pelo contrato social e o pelo direito patriarcal, já que ainda hoje muitos homossexuais sofrem com essas práticas.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, ao preceituar que a República Nacional constitui-se num Estado Democrático de Direito trouxe à tona inúmeras questões relativas aos direitos e liberdades fundamentais.

Observa-se que tais questões estão intimamente relacionadas a esse Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais vêm se traduzindo em desafios para a doutrina e jurisprudência pátria, gerados pela crescente complexidade da vida contemporânea.

Diante dessa realidade, pontua-se que apesar das revolucionárias novidades, a Carta Magna de 1988 não abarcou situações sobre a pertinência da orientação sexual à agenda contemporânea dos direitos fundamentais.

Todavia, esta omissão constitucional em momento algum pode ser utilizada como pretexto para justificar práticas de condutas discriminatórias, visto que, ainda que expressamente, a Constituição não tenha explicitado a proteção aos direitos homossexuais, o faz, ao elencar entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e ao trazer em seu bojo princípios fundamentais da igualdade e da liberdade.

2.1. DA IGUALDADE

Na Constituição Federal, o direito à igualdade é previsto desde o preâmbulo, estando presente, ainda, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV) – além, do caput do artigo 5º que começa estabelecendo que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". A proteção aos direitos humanos encontra sua expressão maior no princípio da isonomia como meio de reprimir injustiças.

O princípio da igualdade é o princípio dos princípios, uma vez que veda qualquer forma de discriminação e inadmite privilégios. Assim, a igualdade implica no tratamento igualitário de todos os indivíduos, quer sejam hetero ou homossexuais, dando a cada um o que é seu de direito, resguardadas as desigualdades e peculiaridades de cada um.

Com esta afirmação não se pretende dizer que hetero e homossexuais são iguais à acepção literal da palavra, pois é óbvio que não são. O que se quer afirmar com o princípio de isonomia é que todos os indivíduos, como seres humanos que são, têm o direito de se unir com quem desejar, não importando a sua orientação sexual.

Ou, por outras palavras, homossexuais possuem o mesmo direito que os heterossexuais possuem terem sua orientação sexual respeitada e seus direitos constitucionais assegurados direitos.

Sendo assim, revela-se que pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. De nada adianta assegurar respeito à liberdade e à dignidade humana. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

2.2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 1.º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esse princípio de direito natural, positivado em nosso ordenamento jurídico, ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele ser imputados pela sociedade.

Alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio, diversamente dos demais seres desprovidos de razão (coisas), que têm um valor relativo e condicionado; os seres humanos ao contrário destes são pessoas, pois sua natureza designa como um fim, com valor absoluto. Kant parte da premissa que a dignidade se funda na racionalidade do ser humano, existindo neste um fim em si mesmo e não um meio (imperativo categórico) com valor absoluto.

É de se frisar que a concepção kantiana de dignidade também repudia a coisificação e instrumentalização do ser humano.

É de suma importância destacar o pensamento do professor Alexandre de Moraes acerca de tal princípio:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Este dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)⁸.

Ensina Béatrice Maurer que a dignidade da pessoa humana por ser um valor inalienável e absoluto deve ser amplo de modo a abarcar a liberdade e igualdade⁹.

Não só isso. A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada como princípio

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p.129

⁹ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

moral essencial e como direito positivo, haja vista que o respeito à dignidade humana exige obrigações positivas (obrigações materiais efetivas).

Afirma Fábio Konder Comparato que o fundamento dos direitos do homem é a dignidade do ser humano enquanto ser singular da natureza, dotado de uma série de capacidades e dimensões existenciais que o tornam especial e digno de respeito em si mesmo¹⁰.

Portanto, se o ser humano constitui por si próprio um valor, que deve ser respeitado e preservado, é fundamental que orientação sexual, desde que lícita, seja protegida pelo Estado, Justiça, Direito e Lei.

2.3. DA LIBERDADE

Como dito anteriormente os princípios da igualdade e da dignidade são elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito protetores da pessoa humana. Entretanto, é mister destacar que tais princípios vêm intimamente relacionados ao, também constitucional, princípio da liberdade, que se refere à liberdade de o indivíduo fazer opções. Desta feita, a proteção à liberdade de orientação sexual encontra-se enfeixada nos princípios acima enunciados.

Diante de tal princípio, a orientação sexual deve ser concebida em meio às liberdades conferidas ao homem. Pois, o homem por ser livre, tem o direito de assumir e exercer a sua sexualidade, sendo totalmente injusto alguém ser reprimido e perseguido por ter uma escolha sexual diferente dos demais.

A liberdade é um bem supremo, inerente à pessoa humana, não podendo ser ameaçada e/ou tolhida. É importante frisar que os direitos à intimidade e à vida privada são meros corolários do direito à liberdade. Não seria possível falar-se em liberdade sem as garantias do direito à intimidade e/ou vida privada.

Todos dispõem da liberdade de escolha, desimportando o gênero da pessoa escolhida para uma vida em comum, se igual ou diferente. Ademais, é clarividente que não fora repudiado pelo contexto da norma legal a liberdade de orientação sexual, não podendo esta suportar um tratamento diferenciado, sob pena violação dos princípios consagrados constitucionalmente.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. São Paulo: Editora LTr.

Afirma Taísa Ribeiro Fernandes:

Observado o recato, resguardada a intimidade, a prática sexual é livre. Todo ser humano é livre para ir e vir, livre para escolher a forma como quer viver, e com quem quer viver, conforme deflui da Carta Magna¹¹.

O Brasil, tanto nas relações internas quanto internacionais, é regido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II). Dentre os objetivos da ONU expressos na Carta das Nações Unidas está o de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção (art.1,3). Logo, a discriminação de uma pessoa por esta ter interesse sexual por pessoa do mesmo gênero é contrário aos direitos humanos, uma vez que agride o ser humano em sua liberdade, individualidade, intimidade, vida privada e dignidade humana.

É de se ressaltar também que impedimento discriminatório também está posto na Convenção Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de São José de Costa Rica, cujo Brasil é signatário. De acordo com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, os tratados e convenções internacionais, em que o Brasil seja parte, são recepcionados pelo nosso ordenamento jurídico.

Do exposto, independente da orientação sexual do indivíduo, não é admitido, nacional e nem internacionalmente, restrições a qualquer direito. “Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por fortalecer estigmas sociais e causar o sentimento de rejeição, sendo fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida”¹²

3. A DIFÍCIL EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS HUMANOS SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

No texto Constitucional de 1988 é clarividente a preocupação do legislador com a tutela dos direitos fundamentais, não objetivando este nenhuma limitação quanto à sua efetivação.

No entanto, apesar de no Direito Brasileiro não existir nenhuma restrição, ainda nos dias atuais é possível visualizar a difícil efetivação dos princípios constitucionais e dos

¹¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método.2004.p.33.

¹² DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.p.87.

direitos humanos quando estes se referem a grupos historicamente subordinados, como mulheres, negros e também homossexuais.

Acredita-se que seria possível essa visão, se houvesse dentre os elementos de equilíbrio entre Estado e sociedade civil, um regime de gênero que respeitasse os direitos sexuais e reprodutivos.

Algumas teóricas do feminismo, como Carole Pateman e Joan Scott, defendem que o Estado Moderno foi construído a partir de um contrato social que excluiu as mulheres e criou um modelo heterossexual de subordinação a ser seguido, qual seja o patriarcado.

Nesta esteira, convém concluir realizando uma inter-relação entre a problemática da efetividade dos princípios constitucionais e direitos humanos dos homossexuais a partir da perspectiva de gênero traçada por Joan Scott e da teoria da cientista política feminista Carole Pateman, qual seja a do contrato sexual, que tem como consequência o nascedouro do modelo do patriarcado. É o que será feito a partir de então.

De acordo com Pateman, a teoria do contrato sexual diz respeito a uma parte da história que tem sido sufocada pelo contrato social, tido por muitos como o fundador da sociedade civil moderna e do direito político¹³.

Para Pateman, juntamente com o contrato social reverberado pelos cientistas políticos homens, firmou-se outro “contrato”, que ela denomina de contrato sexual, que recai “sobre relações (hetero)sexuais e sobre mulheres personificadas como seres sexuais”¹⁴.

Partindo dessa premissa, a autora passa a discutir ao longo de seu livro a essência do contrato sexual e assevera:

a história da gênese política precisa ser contada novamente, a partir de outra perspectiva. Os homens que, supostamente, fazem o contrato original são homens brancos, e seu pacto fraterno tem três aspectos: o contrato social, o contrato sexual, [que legitima o domínio dos homens sobre as mulheres] e o contrato de escravidão, que legitima o domínio dos brancos sobre os negros¹⁵.

Em sendo assim, é de se retirar de tal afirmativa que:

somente os homens – que criam a vida política – podem fazer parte do pacto original, embora a ficção política fale também às mulheres por meio da linguagem

¹³ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

¹⁴ Idem. Ibidem. p. 36

¹⁵ Idem. Ibidem.p. 324

do 'indivíduo'. Uma mensagem curiosa é enviada às mulheres, que representam tudo o que o indivíduo não é, mas a mensagem deve ser continuamente transmitida porque o significado do indivíduo e do contrato social depende das mulheres e do contrato sexual. As mulheres têm que reconhecer a ficção política e falar sua língua, mesmo quando os termos do pacto original as exclui das conversações fraternais.¹⁶

Seguindo a teoria do contrato sexual, pode-se retirar que os homossexuais também não poderiam vir a fazer parte do contrato social original, já que transgridem o modelo “relação heterossexual entre homem e mulher”, tornado-se mais um alvo da dominação social do pacto, já que este tem por objeto principal hierarquizar um grupo sobre o outro, ou seja, os brancos sobre negros, homens sobre mulheres, heterossexuais sobre homossexuais, etc.

Através do estudo de Pateman, pode-se dizer que a construção histórica acerca do contrato sexual, permite verificar a incidência de tal teoria para outros sujeitos, como também dá subsídios para compreender o preconceito e a discriminação do homossexual sob uma perspectiva de gênero, em razão das diferenças socialmente construídas entre os “sexos”, que se refletem na divisão sexual e em relações hierárquicas de poder.

Com o contrato social e o advento do patriarcado, a leitura social de gênero se estabelece na diferença sexual, nas diferenças corpóreas percebidas historicamente. Ou seja, trata-se de diferenças socialmente construídas sobre o “masculino” e o “feminino” que se expressam em relações sociais, tais como: nas relações (hetero) sexuais, na divisão sexual do trabalho, nas relações de poder, no âmbito doméstico, na reprodução e produção.

De acordo com Scott, o gênero é uma forma de decodificar o sentido e de compreender as relações complexas entre diversas formas de interação humana. Quando as/os historiadoras/os produzem conhecimento histórico a partir do conceito de gênero, caminham no sentido de construir novas práticas sociais, que vão se refletir gradativamente nas relações sociais entre mulheres e homens, e assim fica perceptível como a ação política constrói o gênero e o gênero constrói a política¹⁷.

Ensina ainda Scott que a inserção do conceito de gênero no debate jurídico segue a mesma linha da produção do conhecimento histórico, uma vez que também se opera a partir da distinção entre o sexo, como uma categoria biológica, bem como, como uma construção social das diferenças sexuais entre os sujeitos¹⁸.

¹⁶PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.p. 325.

¹⁷ SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para a análise histórica. Traduzido pela SOS: Corpo e Cidadania. Recife, 1990.

¹⁸ Idem. Ibidem. [s.p]

Levando em conta os ensinamentos de Joan Scott, é de se entender que a identidade de gênero trata-se de uma dimensão da construção da identidade relacionada ao posicionamento simbólico dentre as possibilidades de identificação e afirmação de feminilidades e masculinidades. Portanto, diferentemente do sexo, a identidade de gênero não é fixa e nem universal, é uma construção histórica, sendo mutável ao longo do tempo e do espaço.

Historicamente se vive em uma sociedade em há a dominação das relações de gênero patriarcais, donde as construções simbólicas e as elaborações culturais se materializam em práticas sociais hierarquizadas, no caso o masculino sobrepõe-se ao feminino, e o heterossexual sobrepõe-se ao homossexual, resultando numa condição de prestígio, privilégios e poder maior para os homens e heterossexuais e numa situação de subordinação para as mulheres e homossexuais, que por sua vez se edifica e se reproduz em relações familiares e de trabalho, produção e reprodução baseadas na diferenciação entre os sexos.

Não resta dúvida que essa lógica de hierarquização contribui para o posicionamento dos sujeitos homossexuais em lugares de subalternidade, fomentando a formação do preconceito contra os homossexuais como um mecanismo de manutenção de hierarquias sociais, morais e políticas, e ainda, a inobservância dos direitos fundamentais a tais sujeitos.

O discurso hegemônico trazido pelo contrato social e pelo patriarcado cria formas e práticas de consentimento, de modo a transformar o modelo heterossexual como pretensamente universal, trazendo como consequência a inferiorização de quaisquer outras possibilidades de experiência social e sexual, que fuja à regra desse modelo pré-estabelecido. É com esse discurso que a cena pública brasileira convive ainda hoje.

É perceptível que a homossexualidade ao aparecer no mundo público com uma posição sexual tida como “diferente” da estabelecida no contrato sexual, encontra neste mundo muitos obstáculos, tais como o preconceito, a discriminação e a ineficácia dos direitos fundamentais e humanos.

Em sendo assim, em função das identidades sexuais serem construções sociais e históricas, os homossexuais para terem visibilidade no mundo público como uma identidade passível de direitos iguais a dos heterossexuais, necessitam transformar e desconstruir as significações definidas pelo padrão dominante.

Desta feita, é mister que seja abandonado o contrato sexual, bem como seja superado o patriarcado moderno, institucionalizado pelo pacto social e pelo Direito, para que uma nova história seja tecida, da qual façam parte na condição de autores/as: mulheres, homossexuais, negros, pobres e demais grupos subalternizados.

Pontua-se que essa nova história somente pode ser construída por meio da criação de uma sociedade de fato livre e democrática, para que esses grupos subalternizados sejam tidos como cidadãos autônomos e possuidores efetivamente de direitos fundamentais elencados na Carta Magna Nacional.

Assim, é preciso desconstruir as relações de gênero, de orientação sexual, de classe e de raça/etnia, que permeiam o Estado formalmente democrático, para conseqüentemente se efetivar os princípios constitucionais e direitos humanos aos homossexuais e aos demais grupos subordinados historicamente.

4. DIREITO À SEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

O ordenamento jurídico nacional, em consonância com a tendência mundial, prestigia os princípios de defesa dos Direitos Humanos consagrando, em sede constitucional, os direitos fundamentais sendo inequívoca a íntima relação da liberdade de orientação sexual e os valores de igualdade, liberdade e dignidade.

A livre manifestação da sexualidade insere-se dentre as prerrogativas inerentes à personalidade humana, sendo seu reconhecimento um reclamo dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade consagrados pela Carta Constitucional.

A positivação dos Direitos Humanos em nível constitucional nada mais é do que uma consequência do constante processo de evolução dos valores histórico-sociais, visando à proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações de direitos praticadas pelo Estado, como também no âmbito privado.

A garantia do livre exercício da sexualidade integra as três gerações de direitos, tendo em vista sua interligação com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana. Tais gerações de direitos têm por escopo primordial alcançar a realização de todos os indivíduos.

Nesta esteira, é mister que se garanta de modo efetivo aos homossexuais proteção a comportamentos crivados pelos preconceitos, de modo que sua tutela à liberdade de orientação sexual, bem como a discriminação não sejam excluídas do mundo do Direito, de modo que conceitos jurídicos se contraponham à intolerância e ao preconceito social devotados a esse grupo vulnerável.

Os direitos humanos são manifestações da personalidade humana cuja proteção é reconhecida tanto em nível de Direito Natural sendo, nesse sentido, anterior ao próprio homem, como pelo Direito Positivo.

A manifestação da sexualidade é atributo intrínseco ao ser humano, integrando o complexo da personalidade humana e como tal deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico com vistas à proteção da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Assim sendo, por tais princípios prestigiarem a defesa dos direitos humanos, não devem ser tratados como meras normas programáticas, pelo contrário, devem ser dotados de mecanismos prático-jurídicos que lhes confirmem efetividade.

A proteção contra discriminação e o preconceito aos homossexuais encontra-se amparada constitucionalmente não só pelo princípio fundamental da isonomia – cujo corolário é a proibição de discriminações injustas – mas por todos aqui tratados. Desta feita, é mister que tal proteção seja incluída no rol dos direitos humanos fundamentais de maneira explícita, a fim de, ao menos, minorar o preconceito e as desigualdades existentes¹⁹. Explica Maria Berenice Dias:

Se o direito à identidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual, melhor dizendo: o direito à homoafetividade. Portanto, a relação homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental²⁰.

No que tange à respeitabilidade das características homossexuais, é imprescindível que se invoque o princípio dignidade humana, pois – como já explanado – trata-se de um aliado contra qualquer espécie de discriminação. Não só isso, trata-se de mola propulsora para que os homossexuais garantam no plano material respeito mínimo do Estado e de toda comunidade.

Além disso, proteção à escolha da orientação sexual também se alberga sob o teto da liberdade individual, entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, principalmente no que diz respeito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica. Acresce, ainda, que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa.

¹⁹ Ressalta-se que se acredita que apenas a proibição explícita no ordenamento nacional da discriminação por motivo de orientação sexual não será o bastante, mas já será um avanço. José Claudio Monteiro de Brito Filho, explica em seu “Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno”, que a proibição de discriminação contra grupos vulneráveis embora possa estancar práticas discriminatórias, dificilmente conseguirá alterar o desnível existente. Entende o autor somente com adoção da ação afirmativa é possível produzir efeitos concretos que consigam minorar ou eliminar as desigualdades enfrentadas por grupos vulneráveis. Segue-se tal posicionamento. (Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno – São Paulo: LTr, 2004, p.96).

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.p.75-76.

Por fim, assevera-se que o Estado Democrático de Direito necessita urgentemente tornar efetiva a tutela acerca dos direitos sexuais, pois enquanto os princípios constitucionais não forem efetivados e nem políticas públicas – nos moldes da ação afirmativa – forem implementadas, os homossexuais estarão fadados à discriminação, assim como aconteceu/acontece com as mulheres, os negros e os demais grupos vulneráveis, em qualquer ambiente social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do contrato social e a institucionalização do patriarcado, foi desenvolvida pelas instituições do Estado Social e pelos indivíduos que participaram do pacto uma tríade que fundamenta a subalternização e a discriminação das mulheres, negros e homossexuais, que são: o sexismo, o racismo e o heterossexismo²¹.

No que tange os homossexuais, o heterossexismo torna-se uma “ponte” para o nascedouro da homofobia²², que juntamente com aquele, funcionam como uma força conservadora invisível, sutil e perversa no interior da ordem social, donde o indivíduo homossexual é dominado tanto consciente, quanto inconscientemente pelas instituições e pelos heterossexuais.

A partir daí a homossexualidade além de ser considerada uma questão de privada, no que tange a prática sexual, torna-se uma questão pública, quando relativa a identidades sexuais engendradas nas privacidades compartilhadas, pois advém das atribuições e dos sentimentos de pertença a uma hierarquia de subalternidade.

A homossexualidade é um fenômeno social que se faz presente desde muito, sendo tão antiga quanto à heterossexualidade. Tais relacionamentos acompanham a história da humanidade. É uma realidade que sempre existiu, em toda parte, remontando às civilizações mais antigas, visto que era conhecida e praticada pelos romanos, egípcios, gregos e assírios.

Entretanto, apesar da longa existência da orientação sexual homossexual, a partir do contrato sexual e do direito patriarcal, diante institucionalização de um modelo sexista, racista e heterossexista, aquela passou a ser repugnada e tida como anormal pela sociedade civil, por força da coação social e da propagação de ideias que defendiam ser a homossexualidade uma doença digna de cura, um comportamento pecaminoso, um desvio de conduta, um modo de agir anormal e até mesmo um vício baixo e repugnante.

A não-heterossexualidade foi gravemente condenada por essa hegemonia social e sexual, legitimando instituições e práticas sociais baseada no conjunto de valores

²¹ O termo "heterossexismo" é recente. Há pouco tempo vem sendo utilizado, juntamente com "sexismo" e "racismo", para expressar, ou melhor, para nomear a opressão que suprime os direitos dos homossexuais e bissexuais.

²² A palavra homofobia foi utilizada a primeira vez oficialmente em 1972, por George Weiberg, em seu livro “A sociedade e o homossexual saudável”, sendo um neologismo originário dos termos “homos” que significa “o mesmo” e “phobikos” que quer dizer “ter medo de e/ou aversão a”.

heteronormativos, que ignorava e punia os comportamentos sexuais “desviantes” sob a acusação de crime, pecado ou doença.

Tais ideias estão incutidas desde então no seio social, e de certa forma trazem como consequências o preconceito, perseguições e a discriminação à homossexualidade.

Tanto que ainda hoje a Igreja Católica condena a homossexualidade, reiterando sua desaprovação em relação às relações heterossexuais, o amor livre e a homossexualidade como condutas moralmente inaceitáveis.

Assim, torna fácil concluir que, a subalternização legalizada pelo contrato social e sexual e o modelo consagrado pelo patriarcado, é um dos propulsores do preconceito, discriminação e da intolerância que são alvo os homossexuais, posto que, em termos sociais, apesar a evolução dos costumes e a inserção dos homossexuais nos meios políticos, artísticos e culturais, a homossexualidade ainda é considerada uma prática inaceitável no mundo público, o que sem dúvidas atravança a efetivação dos princípios constitucionais e dos direitos humanos e faz nascer violência social vista como “natural”, a esse grupo social e subalternizado.

Diante a todo exposto, levando em conta os apontamentos de Carole Pateman e de Joan Scott, pondera-se que, historicamente, vive-se em uma sociedade em que há a dominação das relações de gênero patriarcais, donde as construções simbólicas e as elaborações culturais se materializam em práticas sociais hierarquizadas.

No caso, o masculino sobrepõe-se ao feminino, o heterossexual sobrepõe-se ao homossexual, e os brancos sobrepõem-se aos negros, resultando numa condição de prestígio, privilégios e poder maior para os homens brancos e heterossexuais e numa situação de inferiorização para as mulheres, negros e homossexuais, que por sua vez se edifica e se reproduz em relações familiares e laborais, e na reprodução e produção baseadas na diferenciação entre os sexos e raça. É o que também pontua Roger Raupp Rios:

Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista²³.

Relação feita da homossexualidade com pecado, doença, desvio de identidade, perversão, juntamente com o discurso trazido pelo contrato social e pelo patriarcado, cria formas e práticas de consentimento, de modo a transformar o modelo heterossexual como

²³ PIOVESAN, Flávia & RIOS, Roger Raupp. **A discriminação por gênero e por orientação sexual.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em: 04 de ago. de 2007. p. 156.

pretensamente universal, trazendo como consequência a inferiorização de qualquer outra possibilidade de experiência social e sexual, que fuja à regra desse modelo pré-estabelecido. É com esse discurso que a cena pública brasileira convive ainda hoje.

É perceptível que a homossexualidade ao aparecer no mundo público como uma orientação sexual tida como “diferente” da estabelecida pelo modelo heterossexista, encontra neste mundo muitos obstáculos, dentre eles a difícil efetivação dos direitos fundamentais e humanos. Visto que, a diferença marcada pela orientação sexual e transgressão do modelo “relação heterossexual entre homem e mulher” gera o preconceito sob a forma da homofobia e a consequente discriminação.

Conclui-se, portanto, que a sociedade encara com caráter preconceituoso e homofóbico a orientação homossexual, o que dá margem para a ocorrência de atos discriminatórios contra os homossexuais.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely de Souza de. *Femicídio. Algemas (in)visíveis do público e privado*. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

ASSIS, Reinaldo Mendes de. **União entre homossexuais: aspectos gerais e patrimoniais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432>>. Acesso em: 08 set. 2005.

BLUMENFELD, Warren J. Blumenfeld. **Definições para Trabalho**. Disponível em: <<http://homofobia.com.sapo.pt/trabalho.html>>. Acesso em: 13 out. 2005.

BONACCHI, Gabriela e GROPPI, Angela. **O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres**. São Paulo: Unesp, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Brasil: Bertrand, ?.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos, cidadania, trabalho**. Belém, 2004.

CARTLEDGE, Paul. **História Ilustrada da Grécia Antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água**. Revista Jurídica del Peru, nº 49, pg. 249 – 270, Lima (Peru): Editora Normas Legales, agosto de 2003.

_____. **Homoafetividade e Direito: o oposto do que eu disse antes**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6500>>. Acesso em: 13 set. 2005

_____. **União homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. Disponível: [http: < //www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902)>. Acesso:15 fev.2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora LTr.

CONRADO, Mônica Prates. **A Fala dos Envolvidos Sob a Ótica da Lei: Um Balanço da Violência a Partir da Narrativa de Vítimas e Indiciados em uma Delegacia da Mulher**. São Paulo: 2001

CORREIA, Jadson Dias. **União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95)**. Jus Navigandi, Teresina, a. 1, n. 10, abr. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso em: 08 set. 2005

DEL PRIORI, Mary. **História do Amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. **Homoafetividade – o que diz a Justiça!** .
=Porto Alegre Livraria do Advogado. 2003

_____. **Amor não tem sexo.** Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0045.htm>>. Acesso: 21 out.2005.

_____. **Uma questão de Justiça.** Disponível em:
<<http://www.mariaberenice.com.br/site/>> . Acesso: 05 de ago. 2007

_____. **Preconceito: crime contra a cidadania.** Disponível em:<<http://www.mariaberenice.com.br/site/>>. Acesso: 05 de ago. 2007.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: efeitos jurídicos.** São Paulo: Editora Método. 2004.

FREIRE, Gilberto. **Casa- grande e Senzala.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1984.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAZZAROLO, Isidoro. **Homossexualidade e sexualidade na Bíblia – alguns tópicos pra o debate.** Disponível em:
<<http://www.itf.org.br/index.php?pg=conteudo&revistaid=4&fasciculoid=18&sumarioid=132>>. Acesso: 14 out. 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte- Americano.** São Paulo: RT, 2002.

_____. **Os iguais de forma diferente: quando a discriminação no trabalho atinge os homossexuais.** Disponível em:
<http://anamatra.org.br/publ/periodicos/rev_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=230>
Acesso em: 17 de Junho/2007.

_____. **O princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte- Americano.** São Paulo: RT, 2002.

_____. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_149/r149-23.pdf>. Acesso em: 04 de Agosto/2007.

_____. **A Discriminação por Gênero e por orientação sexual.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>> . Acesso em: 04 de Agosto/2007.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual.** São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SANTOS, Pablo M. Bispo. **Pierre Bourdieu e o conceito de violência simbólica.** Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/social-sciences/1721852-pierre-bourdieu-conceito-viol%C3%A2ncia-simb%C3%B3lica/>>. Acesso: 03 jan.2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica.** Educação e Realidade, Porto Alegre, vol. 20, n. 2, p.71-99, jul/dez. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União Homoafetiva: o fim do preconceito.** Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC. 2003.

VELOSO, Zeno. **Um amor ainda à margem da lei.** Jornal O Liberal - Belém, 30.03.2003.

VERDON, Jean. **Ser Homossexual não é Tabu.** Revista História Viva, São Paulo-SP, ano I, nº 5, p.44, março 2004.