

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Exposição de motivos

A Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa, a liberdade e a igualdade como princípios fundamentais. Além de vedar discriminações de qualquer ordem, assegura o pleno exercício dos direitos de cidadania a todos. Mas cabe à legislação infraconstitucional o encargo de dar efetividade às suas diretrizes, princípios e normas.

Deste mister não pode furtar-se o legislador, sob pena de descumprir o mandato que lhe é outorgado, de incluir no sistema jurídico todos os direitos mercedores de tutela.

A inexistência de lei não significa ausência de direito e nem pode deixar ninguém à margem da tutela estatal. A democracia é o direito de todos, não só da maioria. Aliás, as minorias alvo do preconceito e da discriminação merecem tutela diferenciada e mais atenta para terem seus direitos reconhecidos.

É histórica a omissão do Estado no que diz com os direitos das pessoas homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. A perseguição de que são alvo acaba por condená-los não só à invisibilidade. O resultado é muito mais perverso, pois os deixa refém de práticas homofóbicas, sendo colocados em situação de absoluta vulnerabilidade social.

Não só a orientação sexual e a identidade de gênero são alvo do descaso do legislador. Também os vínculos homoafetivos não dispõem de reconhecimento legal. A Constituição reconhece a família como base da sociedade. E, apesar de conceder-lhe especial proteção, faz referência expressa ao casamento, à união estável e à família monoparental. Do mesmo modo, recomenda a transformação em casamento somente à união estável

formada por um homem e uma mulher. Tal, no entanto, não significa que a união homoafetiva não é uma entidade familiar e nem quer dizer que não lhe é concedida especial proteção.

Atento a esta realidade, há uma década o Poder Judiciário vem reconhecendo direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, tanto no âmbito da justiça estadual como federal. O número de decisões já passou de mil. Desde o ano de 2001 são deferidas às uniões homoafetivas direitos no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões, entre eles direitos previdenciários, pensão por morte e inclusão em plano de saúde. Também se contam às dezenas decisões assegurando direito à meação, direito real de habitação, direito à herança bem como ao exercício da inventariança. Do mesmo modo, é assegurada a adoção e a habilitação conjunta do casal. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já acolheu mais de 40 demandas.

De tão reiteradas as decisões, alguns direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa. Assim a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio reclusão; o pagamento seguro DPVAT; a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também é assegurada a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda.

Mas recente decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011), por votação unânime, reconheceu as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O julgamento deu interpretação ao art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida essa como sinônimo perfeito de “família”. Este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

O julgamento transformou-se em marco histórico.

A Corte Suprema não se substituiu ao legislador, não legislou. Simplesmente cumpriu o encargo que lhe é conferido pela Constituição de

suprimir as lacunas no sistema legal. Tanto que os julgadores incitaram o Legislativo a cumprir o seu papel.

Como se trata de decisão definitiva de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, sua eficácia contra todos e seu efeito vinculante não diz apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º). Deste modo, é imperiosa a criação de mecanismos legais para assegurar direitos, criminalizar posturas homofóbicas e impor a adoção de políticas públicas para assegurar a inserção de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais no âmbito de tutela do sistema jurídico.

Ninguém duvida que exista um direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero. Via de consequência há o dever jurídico de esse direito ser reconhecido e respeitado. No entanto, por se tratar de segmento alvo de perseguição religiosa, está sujeito à marginalização e à exclusão social. E, como todos os segmentos sociais vulneráveis, merece regras protetivas diferenciadas.

A forma que o estado moderno tem encontrado para assegurar visibilidade e segurança a quem é alvo do preconceito e discriminação é instituir microssistemas com a imposição de normas afirmativas. Daí o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança, do Idoso e da Igualdade Racial. A edição de legislação especial, não afronta o princípio da igualdade. Ao contrário, o consagra, pois é o tratamento diferenciado que garante a isonomia.

O Estatuto da Diversidade Sexual além dos princípios traz normas de natureza civil e penal, que asseguram uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. Do mesmo modo impõe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e criminaliza a homofobia, além de apontar políticas públicas de inclusão.

Como os reflexos da consolidação do Direito Homoafetivo se espalham sobre vários ramos do direito, não basta a aprovação do Estatuto.

Impõe-se a adequação da legislação infraconstitucional, pois há muitos dispositivos a serem retificados, vários a serem excluídos e muitos acrescidos. Por isso está prevista a adequação das leis civis, penais, previdenciárias, trabalhistas, entre outras, de modo a garantir o reconhecimento de todos os direitos a quem até hoje se encontra a margem do sistema legal brasileiro.

De outro lado, muitos projetos de lei e até proposta de emendas constitucionais tramitaram – e algumas ainda tramitam – nas casas legislativas, sem que até agora alguma tivesse logrado aprovação. Por isso muitas das propostas foram incorporadas à presente proposição legiferante.

É chegada a hora de acabar com a invisibilidade jurídica de segmento da população, que é alvo de perversa discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Impõe-se verdadeira mudança de paradigma a toda sociedade. Todos precisam aprender a conviver com a diferença. Não só no mundo público, mas nos mais diversos segmentos da iniciativa privada. A postura omissiva, que acabava por cancelar o assédio social e moral na escola, no ambiente de trabalho, não mais tem espaço. Do mesmo modo é preciso dar um basta à homofobia, criminalizando que se arvora o direito de desprezar, ferir e matar.

Por isso imperiosa a imediata aprovação um Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e direitos a quem ainda não é reconhecido como sujeito de direito: homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. Também indispensável inserir os vínculos homoafetivos no âmbito do Direito das Famílias com todas as consequências em outros direitos.

Somente a edição de um conjunto de normas conseguirá impor não só o reconhecimento jurídico, mas também o respeito social a segmento ainda refém do preconceito e da discriminação.