

A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro

Homosexuality and Sexual Discrimination in Brazilian Law

ROGER RAUPP RIOS

Juiz Federal em Porto Alegre, Mestre e Doutorando em Direito/UFRGS.

RESUMO

A discriminação por orientação sexual, no direito brasileiro, encontra seu tratamento jurídico nas conseqüências do princípio constitucional da igualdade. tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material, o princípio da igualdade proíbe a discriminação fundada na homossexualidade, calcada numa realidade preconceituosa. Este artigo fornece a compreensão geral do princípio da igualdade nestas duas dimensões e aponta suas repercussões diante da orientação sexual homossexual.

Palavras-chave: *Homossexualidade, discriminação, igualdade formal e material.*

ABSTRACT

Discrimination against sexual orientation, in Brazilian Law, finds its juridical treatment in the consequences of the constitutional principle of equality. From the formal as well as from the material point of view, the principle of equality forbids discrimination based on homosexuality, i.e, based on prejudice. The

article provides a general understanding of the principle of equality in those two dimensions, and points to its repercussions vis-a-vis the homosexual orientation.

Key words: Homosexuality, discrimination, formal and material equality.

INTRODUÇÃO

Toda pessoa , de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendência; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que cometem crime de Lesa Majestade.¹

A gravidade das sanções reservadas pelas Ordenações Filipinas à prática de atos homossexuais, então denominados de sodomia, ilustra a intensidade da discriminação experimentada pelas relações homossexuais na tradição jurídica nacional. Apesar da descriminalização da sodomia com o advento do Código Criminal do Império (1830), a homossexualidade ainda hoje é objeto de intenso preconceito e violência em nossa sociedade. Os dados estatísticos disponíveis dão conta de que, apenas no Brasil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual².

Estes números são uma mostra assustadora do grau de discriminação sofrido por homossexuais nas sociedades contemporâneas, realidade que se dissemina praticamente por todos os setores do cotidiano, tais como mercado de trabalho, acesso ao sistema educacional e ao sistema de saúde, participação nos benefícios da seguridade social, liberdade de expressão e locomoção, acesso aos cargos públicos, civis ou militares, além da oferta pública de bens e serviços.

¹ Título XIII do Quinto Livro das Ordenações Filipinas.

² Ver, especificamente sobre este dado, Grupo Gay Da Bahia, 1999; a respeito de um panorama municipal, regional, nacional e internacional, ver Anistia Internacional, 1994; Stonewall, 1996; Rio Grande do Sul, 1998 e 1999; Porto Alegre, 1998; Nuances 1998a e 1998b.

Neste trabalho, examino essa realidade discriminatória sob a perspectiva do direito constitucional, centrado no princípio da igualdade. Busco as respostas que este princípio cardeal fornece ante tamanha violação de direitos tão fundamentais, cuja privação compromete radicalmente a harmonia indispensável para o convívio social.

Para tanto, tratarei desta questão considerando, em primeiro lugar, a natureza principiológica do direito fundamental de igualdade e sua relação com as questões de orientação sexual. A seguir, após a exposição das dimensões formal e material do princípio isonômico, serão noticiados marcos legislativos e jurisprudenciais importantes na evolução deste tema no direito brasileiro contemporâneo, elementos capazes de fornecer um panorama adequada da questão entre nós.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Estudar a eficácia do direito de igualdade em face da homossexualidade exige que se esclareçam, previamente, a concepção adotada acerca deste direito fundamental e o conceito de orientação sexual ora utilizado.

A igualdade como princípio jurídico fundamental

Como dito, antes de adentrar na temática específica do direito de igualdade e de suas exigências em face da homossexualidade, é necessário explicitar a compreensão adotada diante deste direito fundamental: a igualdade como princípio jurídico. Com efeito, o direito de igualdade é aqui entendido como princípio jurídico constitucionalmente vigente, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por R. Alexy.

Segundo este autor, as normas de direitos fundamentais distinguem-se em normas do tipo princípio e normas do tipo regra. A partir da enumeração dos diversos critérios de distinção correntes (determinabilidade dos casos de aplicação, processo de geração, caráter explícito de conteúdo valorativo, referência à idéia de direito, importância para o ordenamento jurídico), R. Alexy (1993, pp. 82-86) expõe três teorias acerca da distin-

ção. A primeira afirma a impossibilidade de qualquer distinção definitiva, uma vez que a pluralidade de normas efetivamente existente possibilita infindáveis combinações de critérios. A segunda sustenta que a diferenciação entre princípios e regras é apenas de grau de generalidade, compartilhando princípios e regras da mesma realidade. A terceira - por ele adotada - distingue princípios e regras qualitativamente.

Nas suas precisas palavras,

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho. (Alexy, 1997, p. 162).

Tendo presente a natureza principiológica do direito de igualdade, impende sublinhar a necessidade de concretização deste princípio diante das diversas situações fácticas e jurídicas. Isto significa que o intérprete tem que compreender o conteúdo desta norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, sem ignorar a realidade dos fatos e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada juridi-

camente³. É preciso, para a determinação do tratamento jurídico das questões relativas à igualdade, cotejar o “programa da norma” (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o “âmbito da norma” (a compreensão da realidade dos fatos da vida, cfe. Müller, 1996).

Este esforço concretizador, com efeito, revela-se tanto mais exigente e desafiador quanto maiores forem os preconceitos disseminados diante de um determinado problema jurídico. Tal é o desafio que se apresenta ao tema objeto deste estudo, uma vez que a homossexualidade é fortemente rodeada de preconceitos, cuja força pode ser ilustrada pelas estatísticas de violência perpetrada contra homossexuais no Brasil e no mundo (Alexy, 1993).

Além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. A igualdade, como disse N. Bobbio⁴, é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações.⁵

Nesta linha, estudarei o princípio da igualdade e suas conseqüências diante da homossexualidade examinando a legitimidade jurídica de tratamentos diferenciados fundados na orientação sexual.

O conceito de orientação sexual

Outro conceito cuja compreensão é basilar no desenvolvimento deste

³ Sobre a concretização das normas constitucionais, ver Hesse, 1998, pp. 66 e seguintes.

⁴ N. Bobbio (1996, p. 12) salienta a dificuldade de se estabelecer um significado descritivo da igualdade em face de sua indeterminação, resultante do caráter relacional deste conceito. Aduz, assim, a necessidade de se responder a duas questões sempre que se indaga acerca da igualdade: *igualdade entre quem?* e *igualdade em quê?* “Mais precisamente: enquanto a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral) e, portanto, seus diversos significados dependem do fato de que esta qualidade ou propriedade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou sobretudo à ação, a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?*”

⁵ A respeito do tema, Lucas (1996) salienta relevância da dimensão normativa da igualdade, na medida em que posição diversa conduz à diminuição da eficácia jurídica da norma constitucional de direito fundamental, especialmente em sua dimensão subjetiva.

artigo é o de orientação sexual. De fato, estudar as exigências do princípio isonômico ante a homossexualidade e seus desdobramentos no campo jurídico processual implica analisar os diversos tratamentos jurídicos dispensados diante das pessoas e das situações em virtude da orientação sexual. Esta é compreendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).⁶

Neste trabalho, lanço mão da expressão “orientação sexual” designando especificamente as discriminações em face da homossexualidade, uma vez que as diferenciações ora estudadas são geradas em virtude desta direção do desejo e/ou da conduta sexuais que são qualificadas como “homossexuais”. Mediante este conceito de orientação sexual explícito a abrangência de minha tarefa. Ela não se estende por todas as possíveis discriminações relacionadas com a sexualidade humana, cuja amplitude outras tantas situações encerra, identificadas em critérios diversos da orientação sexual, tais como a poligamia (relativa aos padrões culturais), a pedofilia (relativa à idade), o incesto (relativa aos laços de sangue e parentesco), a prostituição (relativa à liberdade sexual), a pornografia (relativa à liberdade de expressão), o sadomasoquismo (relativa à integridade física). Efetivamente, a discriminação por orientação sexual pode ser discutida sem depender do exame desses casos. Na mesma linha, este estudo não se debruça sobre as situações específicas da discriminação endereçada contra travestis ou contra transexuais, que vão além da pura e simples atração e conduta sexuais por outra pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto, envolvendo circunstâncias como a aquisição de características físicas ou culturais próprias de outro sexo.

A proibição de discriminação por orientação sexual

Demarcadas estas fronteiras, sustento a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade, o que também não se confunde com uma exposição sistemática dos direitos de homossexuais. As discriminações por orientação sexual estão dispersas, praticamente, por todo ordenamento

⁶ Para uma discussão a respeito do significado do termo “orientação sexual”, ver Wintemute, 1995, p. 6-10.

jurídico⁷: não farei um inventário dessas hipóteses, seguido da conclusão pela sua legitimidade ou não, nem derivo do direito de não ser discriminado por orientação sexual a aquisição de outros direitos subjetivos, subordinada a requisitos próprios. Tanto é que do direito de não ser discriminado por orientação sexual para a obtenção da habilitação para condução de automóveis não decorre sua aquisição acaso inatingidas as respectivas exigências físicas e intelectuais.

Nesta parte, portanto, cuidarei da concretização do princípio da igualdade como proibição de discriminação por orientação sexual, examinando esta questão na tradição de nosso direito.

O direito brasileiro, enraizado na tradição jurídica continental, compreende o princípio da igualdade na dupla dimensão formal e material. Este princípio se apresenta, em nosso direito constitucional positivo, pela simultânea afirmação da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”, expressões que encerram distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento desse princípio jurídico.⁸

Igualdade formal e orientação sexual

Recolho a precisa definição de Konrad Hesse (1998, p.330) a respeito da igualdade formal:

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade ju-

⁷ Uma exposição sistemática de hipóteses de discriminação por orientação sexual nos diversos ramos do direito estadunidense é fornecida pela Harvard Survey, 1990), tais como direito criminal, direito do trabalho, direito administrativo, direito estudantil, direito de família e imigração.

⁸ Ver, por todos, Hesse, cuja exposição da igualdade jurídica no direito constitucional alemão se estrutura a partir desses dois sentidos do princípio (1998, nota 4, p. 330 e seguintes). Registre-se que o tratamento do princípio da igualdade a partir destas duas dimensões encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência nacional, como será visto na quarta parte deste artigo.

ridica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.

Concebido nestes termos, o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem a consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal, independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica.

Neste contexto, ganha relevo o significado negativo ínsito à formulação da igualdade formal, presente desde a origem na Revolução Francesa. Norberto Bobbio⁹ sublinha esta realidade, ao identificar como alvo principal da proclamação da igualdade perante a lei a superação do estado estamental e dos particularismos jurídicos, o que é bem ilustrado pelo Código Napoleônico de 1804 (onde todos são concebidos como cidadãos, independente de origem social) e pelo preâmbulo da Constituição francesa de 1791, cujo encerramento proclama: “não mais existe, para nenhuma parte da nação ou para nenhum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses”.¹⁰

Neste significado negativo¹¹, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas.

⁹ Bobbio 1996, nota 7, p. 27. No mesmo sentido, ver a exposição de Bianchi (1996), cujo texto aponta idêntica compreensão por parte de inúmeros constitucionalistas pátrios.

¹⁰ As palavras de Maurice Hauriou, no mesmo diapasão, são precisas: “Ce qu'on appelle égalité est une égalité devant la loi ou une égalité de droits légaux. Ce n'est pas une égalité de fait dans les conditions matérielles de la vie. Le principe de l'ordre individualiste est que chacun fait sa vie à ses risques et périls; on se borne à donner à chaque individu les mêmes moyens juridiques d'action et à lever les obstacles juridiques qui, dans l'ancien régime, provenaient des privilèges de classe. On ne lui donne ni on ne peut lui donner les résultats économiques.” citado por Verdú, 1979, p. 294.

¹¹ Acerca finalidade da atribuição desse caráter negativo ao princípio da igualdade em face das circunstâncias históricas aludidas, Francisco Campos (1956, v. 2, p.15) alertou que “...no sentido que sua finalidade consistia tão-somente em suprimir e impedir que renascesse a estrutura social, que a revolução acabava de desmontar ou destruir. (...) Embora já fosse corrente na filosofia social e política do século XVIII, e constituísse um dos temas da propaganda revolucionária, a idéia de que a igualdade entre os homens deveria ser completa e radical, o certo é que a declaração constitucional da igualdade tinha como foco particular de incidência o regime ou a estrutura social que vinha de ser abolida. A acentuação tônica do princípio da igualdade teria de recair precisamente sobre o seu conteúdo negativo. Ele era, então, um conceito polêmico e, como é próprio do conceito polêmico, a sua significação ou o seu conteúdo se define melhor de modo negativo do que positivamente, mais por oposição ou negação concreta do que de maneira geral e abstrata.”

Tendo presente estes dados, qual a repercussão desse princípio de igualdade formal nas situações vividas por homossexuais, principalmente considerando a realidade de discriminação motivada na orientação sexual?

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal (e será a seguir considerada).

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual – a qualidade de sujeito de direito; isto significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual (Lochak, 1998, pp. 39-41).

A igualdade perante a lei - como já visto - só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da “normalidade heterossexual” revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral.

A concretização deste imperativo jurídico de igualdade formal, no entanto, é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual. No esforço de implementá-la, diante das vicissitudes verificadas na realidade social, foram positivados critérios proibitivos de diferenciações, desdobramentos da igualdade perante a lei.

Como repercutem estas proibições de diferenciação ante a homossexualidade? Eis a questão que agora passo a examinar.

A necessidade de um elenco de proibições de diferenciação jurídica é

tanto maior quanto forem os preconceitos e as discriminações experimentadas por pessoas e grupos, com base numa ou noutra característica. Deste modo, ao longo da história, esses critérios foram paulatinamente enumerados, tais como raça, cor, sexo, idade e religião.

Num ambiente onde a discriminação por orientação sexual é disseminada, urge pesquisar qual a resposta do ordenamento jurídico diante desta realidade, através do exame de suas proibições de diferenciação.

Como visto, o princípio da igualdade no direito brasileiro abrange as dimensões formal e material, além de expressamente adotar critérios proibitivos de diferenciação. O rol destes critérios proibidos de diferenciação tem sua sede principal no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República, onde se estabelece a vedação de diferenciação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em face destes dados, como avaliar a hipótese de proibição de diferenciação por orientação sexual em nosso direito, especialmente em virtude de sua não-explicitação pelo texto constitucional vigente?

Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou por aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que frequentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo.¹²

Aliás, nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios. Este dado corrobora, ainda mais, a não-obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.

Ultrapassada a ausência de expressa previsão da orientação sexual como critério proibitivo de diferenciação, examino a proibição de discriminação por orientação sexual como hipótese apanhada pela proibição de

¹² Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para *quaisquer outras formas de discriminação*.

discriminação por motivo de sexo, uma vez que ambas hipóteses dizem respeito à esfera da sexualidade.(ver Wintemute, 1995, pp. 199-221).

De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, tem sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo.¹³

Contra este raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional em face da discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrímen* não se define pelo sexo de Paulo ou de Maria, mas pela coincidência sexual entre os partícipes da relação sexual, tanto que homens ou mulheres, nesta situação, são igualmente discriminados. Este argumento, todavia, não subsiste a um exame mais apurado. Isto porque é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada; ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo, tanto que é o sexo de Paulo ou de Maria que ensejará ou não o juízo discriminatório diante de Pedro. Ou seja, o sexo da pessoa envolvida em relação ao sexo de Pedro é que vai qualificar a orientação sexual como causa de eventual tratamento diferenciado.

Ademais, o igual tratamento dispensado à homossexualidade masculina e à homossexualidade feminina também não desloca o problema da discriminação por orientação sexual do âmbito da proibição de diferenciação por motivo de sexo. Ao contrário, em face da impossibilidade de se

¹³Neste sentido, identificando na discriminação por orientação sexual uma espécie de discriminação por motivo de sexo, decidiram, no direito estrangeiro, conforme indicação de Wintemute, 1995, p. 84, 86 e 200): a Suprema Corte do Canadá (*University of Saskatchewan v. Vogel* - 1983 e *Bordeleau v. Canada* - 1989), a Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin* - 1993) e a Corte de Apelações da Califórnia (*Engel v. Worthington* - 1993).

discutir a orientação sexual homossexual (seja masculina, seja feminina) sem a consideração do sexo dos participantes de uma dada relação, tal argumento acaba por querer justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino), não fornecendo qualquer justificação para a diferenciação.¹⁴ Com efeito, justificar a discriminação contra homossexuais pelo fato de tanto gays quanto lésbicas serem atingidos não enfrenta a proibição de discriminação por motivo de sexo, na medida em que, tanto numa hipótese (gays) quanto noutra (lésbicas), o sexo dos envolvidos é fator decisivo para a diferenciação. A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende tanto homens quanto mulheres, alcançando as relações estabelecidas por quaisquer dos dois sexos, sejam hetero ou homossexuais.

De todo exposto, constata-se que a dimensão formal do princípio da igualdade, seja em sua enunciação geral, seja nos seus desdobramentos concretos, veda a diferenciação e estabelece a equiparação entre heterossexualidade e homossexualidade nas questões jurídicas. Disto decorre um imperativo absoluto de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, sendo descabida, em qualquer hipótese, diferenciações?

Responder tal indagação demanda a análise do aspecto material do princípio da igualdade diante das discriminações por orientação sexual, tarefa que a seguir me dedico.

Igualdade material e orientação sexual

Enquanto que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, a *igualdade na lei* (igualdade material) exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

¹⁴ No direito norte-americano pode-se encontrar expressa rejeição desta tentativa de justificar uma discriminação pela outra, sem apresentar qualquer fundamentação para a diferenciação em causa. Neste sentido, o clássico precedente proferido pela Suprema Corte diante das discriminações raciais na legislação que proibia o casamento inter-racial (*Loving v. Virginia*, 1967), na esteira da superação da teoria racial segregacionista conhecida como “separated but equal”, realizada pela decisão em *Brown v. Board of Education* (1956).

Nos dizeres de K. Hesse,

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Se não só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente. (Hesse, 1998, no. 432, p.330).

A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para os fins da instituição de um tratamento jurídico. Dito de outro modo, a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações¹⁵, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções. Para a obtenção deste resultado precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação.

R. Alexy (1993, pp.392 e seguintes) enfoca a problemática destes critérios de equiparação ou diferenciação mediante o exame da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Este Tribunal, lançando mão do conceito de arbitrariedade, formula seus juízos de igualdade pela consideração da existência ou não de arbitrariedade no tratamento desigual. A diferenciação arbitrária, nas palavras do Tribunal Constitucional, ocorre “...cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible.”¹⁶ Assim, a arbitrariedade do tratamento desigual

¹⁵ Neste passo, refira-se a distinção entre igualdade e identidade. Juízos de igualdade evidentemente pressupõem a existência de diferenças entre os entes comparados, donde não se confundem igualdade e identidade. A respeito do significado do termo “igualdade” e de sua irredutibilidade à noção de identidade, desde o vocabulário das matemáticas até as especulações jurídicas e filosóficas, ver Mendes 1984; dentre nós, pode-se encontrar considerações sobre o conceito lógico de igualdade e suas relações com identidade e diferença em Pontes de Miranda, 1987, p. 667.

¹⁶ Excerto de julgado do Tribunal Constitucional Federal, Alexy 1993, p. 395.

aparece como condição necessária e suficiente para a violação da máxima da igualdade.

Somente diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é um problema de valoração.

Neste quadro, ante a inexistência de uma razão suficiente, a máxima geral da igualdade ordena um tratamento igual; para tanto expressar, R. Alexy (1993, p. 395) assim formula, de modo mais preciso, a *máxima de igualdade*: “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual.”

Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; este dever de fundamentação impõe uma carga de argumentação para que se justifiquem tratamentos desiguais. Doutra parte, havendo razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, é de rigor tal diferenciação no tratamento, pelo que a máxima geral de igualdade, nestes casos, expressa-se da seguinte forma: “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.” (Alexy, 1993, p. 397)

Desta maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento igual, sendo permitido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo.

É preciso, portanto, debruçar-se sobre a suficiência ou não dos juízos valorativos indicados na fundamentação de eventual tratamento desigual, porquanto diante da desigualdade de tratamento é que se impõe o ônus de argumentação. A solução desta questão não é fornecida pela máxima geral de igualdade em si mesma; antes, requer a adoção de pontos de vista valorativos. Neste campo se incluem as decisões materiais de igualdade tomadas pelo próprio texto constitucional, tais como a igualdade entre homens e mulheres¹⁷.

¹⁷ Não se deve esquecer, na descrição dos juízos de igualdade entre homens e mulheres, a existência de normas constitucionais excepcionando a igualdade material consagrada no artigo 5º, I, como, por exemplo, a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX).

Num regime democrático, orientado pela idéia de Estado de Direito material, estas valorações estão abertas ao legislador, sendo lícita a opção por tratamento desigual sempre que, em virtude de razões desta monta, o tratamento desigual não se revelar arbitrário. O papel do controle de constitucionalidade, aqui, é o de controlar esta margem de apreciação do legislador, impedindo que em seu nome sejam forçadas valorações arbitrárias. A opção por um Estado Democrático de Direito radica, neste passo, na proteção do direito fundamental de igualdade de eventual esvaziamento por parte da atividade legislativa, hipótese presente na formulação de valorações arbitrárias.

A garantia do direito de igualdade dá-se, pois, mediante a imposição de um ônus de argumentação e de prova por conta de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual.

Diante disto, pode-se objetar a falta de concreção ainda presente. Tal objeção, ainda que relevante, só pode ser enfrentada tendo presente a pluralidade de possibilidades de fundamentação racional dos juízos de igualdade e de desigualdade; efetivamente, mesmo que sejam considerados somente dados normativos, é fácil perceber a existência de diversos pontos de vista sustentáveis a partir da conjugação das diversas normas constitucionais ou da análise dos inúmeros precedentes oriundos da jurisdição constitucional¹⁸. Forçoso reconhecer também a riqueza decorrente da dinâmica histórica, a qual faz com que os diversos critérios de igualdade ou de desigualdade experimentem transformações conforme o grau de compreensão que os homens têm de seus processos sociais e políticos – patamares estes grandemente influenciados pelas diversas experiências vividas e pelo avanço das ciências.¹⁹

¹⁸ Os conceitos Estado de Direito Social e de dignidade humana bem exemplificam a pluralidade de concepções com as quais a jurisdição constitucional trabalha os diversos conteúdos constitucionais, como noticiam a respeito Hesse 1998, n° 183-185, p. 157-159 e Maihofer 1996, p. 278-287.

¹⁹ A respeito desta evolução, discorreu José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p.139): “Certo que historicamente as divisões entre iguais e semelhantes sofrem alteração, ou seja, ao longo da história as condições materiais de vida se alteram de modo que semelhanças e distinções deixam de ser razoáveis: passam a ser injustificáveis e incompreensíveis. Com o acréscimo e ampliação do saber em torno de certos temas pode-se compreender de modo novo certos fatos ou fenômenos. Isto posto, a ignorância passa a ser inexcusável e os critérios de ação racional mudam. Por exemplo: a pobreza já não se compreende como uma fatalidade natural, uma herança, ou o resultado da vontade dos deuses. Já sabemos muito sobre os processos de geração de pobreza. A consciência possível em torno do tema já não pode excusar ou justificar divisões sociais que a ela se reportem. O mesmo se pode dizer quanto às diferenças étnicas e genéticas, ao comportamento sexual, etc. Sendo tais conquistas do saber conquistas gerais da humanidade, ainda que precárias e frágeis, o princípio de ação que determina tratar casos iguais de forma igual mantém-se como regra racional, mas seu conteúdo é preenchido de forma nova. Naturalmente, o resultado do juízo a respeito de certos casos será completamente novo.”

Neste esforço objetivante, a dogmática jurídica atenta para a relação entre os critérios de diferenciação e as finalidades da diferenciação eventualmente operada.²⁰ Assim, além da existência da proibição jurídica da adoção de certos critérios de diferenciação, exige-se que toda diferenciação tenha fundamento racional, pois quando não há racionalidade entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida, surge o juízo arbitrário na fundamentação da desigualdade estabelecida, donde decorre a inconstitucionalidade do *discrímen*.²¹

Conseqüência disto, no domínio específico da orientação sexual, é a imposição de tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade de tratamento. A suficiência ou não destas razões é matéria pertinente ao desenvolvimento do conhecimento humano em cada momento histórico, diante do problema a ser enfrentado.

No plano mais geral onde se situa este trabalho, é obrigatório afirmar, como diretriz geral para todos os casos, que a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada.

No caso da homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos

²⁰ Neste sentido, a exposição de Stein 1976.

²¹ Stein 1976, p. 222 traz jurisprudência alemã ilustrando a proibição de arbitrariedade decorrente do princípio da igualdade em face da inadequação entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida. Ao examinar o artigo 38 da Lei contra Incêndios de Baden-Württemberg, o tribunal concluiu que a diferenciação tão-só com base na idade (que não considerava a incapacidade física) como critério de imposição para o pagamento da "contribuição para incêndios", exigida dos homens compreendidos entre os 18 e 60 anos que não formassem voluntariamente parte do Corpo de Bombeiros, era inadequada, uma vez que incapaz de satisfazer quaisquer das finalidades pretendidas. Na doutrina brasileira, ver Bandeira de Mello, 1993 e Bonavides, 1980.

que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade.²²

A partir desta consciência contemporânea ante a homossexualidade, sustentar a constitucionalidade de discriminações por orientação sexual demanda elevada carga de argumentação, uma vez que qualquer diferenciação que não tenha o vigor suficiente para infirmar tal consciência revela-se arbitrária. Com efeito, a arbitrariedade se configura na medida em que o critério de diferenciação não mostra racionalidade diante da finalidade perseguida. Assim, com relação à homossexualidade, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje revela-se preconceito, não mais servindo como justificativa racional para práticas discriminatórias.

Neste contexto, aliás, podem ser entendidas medidas legislativas²³ e

²² O exame das principais obras que servem de referência nas ciências médicas e psicológicas revela que a homossexualidade não é mais considerada doença. Além da exclusão do catálogo oficial de doenças da OMS (ver Organização Mundial de Saúde, 1988, p. 155), o reconhecido *Compêndio de Psiquiatria Dinâmica*, de Kaplan & Sadock (1988) registra: “A Associação Americana de Psiquiatria, em abril de 1974, estabeleceu que a homossexualidade *per se* não é uma perturbação mental e não deveria mais se relacionada como tal. Em seu lugar, foi criada nova categoria de “distúrbio de orientação sexual”. No MDE-III, o distúrbio de orientação sexual foi omitido, sendo mencionada uma classificação de “homossexualidade ego-distônica” sob uma categoria maior de “perturbações psicosexuais”. (...) Um comentário introdutório prolongado, para a classificação da homossexualidade, mais uma vez salienta que a homossexualidade por si não constitui perturbação mental e não deve ser classificada como tal. O MDE-III menciona, entretanto, que para algumas pessoas há uma aflição persistente associada com a preferência por parceiros do mesmo sexo e que a pessoa experimenta forte necessidade de mudar o comportamento ou, pelo menos, de aliviar a aflição associada com a homossexualidade. Essas pessoas sofrem de “homossexualidade ego-distônica”. (...) Na ausência de angústia por ser homossexual ou do desejo de tornar-se heterossexual, o diagnóstico de “homossexualidade ego-distônica” não pode ser feito. (...) A homossexualidade *per se* não é considerada perturbação mental.” (p.484-7). No mesmo sentido, Louza Neto e outros, 1997, p. 302; e Erkow e Fletcher, 1992, p. 1556). Obras específicas sobre o tema registram tal conclusão, como Fernandez-Martos (1995) e Hoffman, (1970, especialmente p. 174-175). A posição oficial dos órgãos representativos reforça essa posição: ver, por exemplo, na ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSICOLOGIA (*Policy Statements on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns – discrimination against homosexuals* in www.apa.org/pi/lgbpolicy/against.html, 01.02.2000; *Policy Statements on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns – Use of diagnoses “homosexuality” and “ego-dystonic homosexuality”* in www.apa.org/pi/lgbpolicy/ego.html, em 01.02.2000; *Policy Statements on Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns – Resolution on appropriate therapeutic responses to sexual orientation*, www.apa.org/pi/lgbpolicy/orient.html, em 01.02.2000).

²³ Duas importantes iniciativas ilustram esta transformação, como demonstram a União Européia e a França. Com efeito, no seio da União Européia, além da Resolução do Conselho da Europa de 1º de outubro de 1981 (exortando os países membros à descriminalização da homossexualidade e à instituição de direitos iguais), editou-se importante Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de março de 1984, cujos termos, diretamente relacionados ao direito de igualdade, propõe, dentre outras medidas, (1) descriminalização das relações sexuais homossexuais, (2) igualdade na idade de consentimento sexual entre heterossexuais e homossexuais, (3) a realização de campanhas contra a discriminação por orientação sexual, (4) igualdade de condições entre associações civis de homossexuais e de heterossexuais e (5) a adoção de um regime geral de igualdade na legislação militar, laboral, administrativa, civil e comercial. Por fim, registre-se a legislação aprovada pelo Parlamento francês em 07 de abril de 1999, alterando o Código Civil mediante a instituição do “Pacto Civil de Solidariedade” e a modificação do concubinato. Consoante a nova lei, a orientação sexual dos contratantes do pacto de solidariedade e daqueles que vivem em regime concubinário não é fator de discriminação, sendo, inclusive, superadas pela mesma legislação diferenciações nos campos tributário, administrativo e previdenciário.

precedentes jurisprudenciais²⁴, de repercussão internacional, no sentido da eliminação da discriminação em face da homossexualidade.

O direito brasileiro e a discriminação por orientação sexual

Especificamente no direito brasileiro, pode-se constatar a evolução da jurisprudência e da legislação, que, pouco a pouco, vêm reconhecendo esta concretização do princípio isonômico, relativa à proibição de discriminação por orientação sexual.

Com efeito, o direito constitucional²⁵ brasileiro registra, além da existência de projeto de emenda constitucional visando à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação²⁶, previsões constitucionais estaduais específicas²⁷.

²⁴ Nos últimos anos, importantes decisões receberam destaque internacional, por proibirem discriminações por orientação sexual. A Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin*, 1996) declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que discriminava o direito de contrair casamento entre pessoas do mesmo sexo, vislumbrando na discriminação por orientação sexual uma hipótese de discriminação por motivo de sexo (ver Strasser, 1997, especialmente p. 5-22; Errante, 1998, especialmente p. 295-301). A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, decidiu em maio de 1996, no caso *Romer v. Evans*, pela inconstitucionalidade de emenda constitucional do Estado do Colorado que baniu da legislação estadual a possibilidade de proteção jurídica específica a homossexuais, com fundamento na *equal protection doctrine* (ver Gerstmann, 1999; Dworkin, 2000; Maltese, 1984 e Harvard Law Review, 1996). A Corte Européia de Direitos Humanos, nos casos *Lustig-Prem and Beckett v. The United Kingdom* e *Smith and Gray v. The United Kingdom* (ambos julgados em 27.09.1999), declarou ofensiva ao direito à privacidade a política britânica de proibição de homossexuais nas Forças Armadas, rechaçando os argumentos de ordem hierárquica, disciplinar e psicológica invocados pelo governo britânico. A Câmara dos Lordes, no caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.* (28.10.1999), decidiu que o conceito de família utilizado pela lei de locações inglesa abrange o companheiro do mesmo sexo que vive em longa e estável relação afetiva com o falecido titular da relação contratual, reconhecendo-lhe o direito à continuidade do contrato.

²⁵ Na pesquisa das constituições nacionais, encontrei apenas previsão explícita de proibição de discriminação por orientação sexual na África do Sul (seção 8, nº 2: "É proibida toda discriminação, direta ou indireta, e, sem prejuízo do caráter geral desta disposição, em virtude de um ou de mais dos seguintes motivos, em particular: pertinência racial, étnica ou social, sexo, cor, preferência sexual, idade, deficiência física, religião, crença, cultura ou língua") e no Equador (artigo 23, 3: "A igualdade perante a lei. Todas as pessoas serão consideradas iguais e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades, sem discriminação em razão de nascimento, idade, sexo, etnia, cor, origem social, idioma, religião, filiação política, posição econômica, orientação sexual, estado de saúde, incapacidade ou diferença de qualquer outra índole."). Ver, sobre a efetividade do dispositivo constitucional sul-africano em face da jurisprudência, Pierre De Vos, 1998, especialmente p. 286-288; sobre a Constituição do Equador, Magdalena León, 1999).

²⁶ Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição nº 67, de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, propondo a alteração do artigo 3º, inciso IV, e do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição de 1988. Tais dispositivos teriam a seguinte redação: "Art. 3º, IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, orientação sexual, crença religiosa, cor, idade e quaisquer outras formas negativas, de discriminação."; art. 7º, XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, crença religiosa, idade, cor ou estado civil." Na sua justificativa, a proposta historia a apresentação de anteriores projetos no mesmo sentido, desde a Assembleia Constituinte de 1987, passando pela revisão constitucional de 1993 e chegando ao ano de 1995.

²⁷ Constituição do Estado de Mato Grosso, artigo 10; Constituição do Estado de Sergipe, artigo 3º; Lei Orgânica do Distrito Federal, artigo 2º, parágrafo único.

A legislação federal, por sua vez, registra a proibição de discriminação por “preferência sexual”²⁸, além de incluir, dentre as proibições de discriminação, a situação dos homossexuais²⁹. Neste âmbito, não se pode esquecer a pertinência dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico. De fato, pela aplicação da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Australia* (ver Wintemute, 1995, pp. 143-149).

No âmbito municipal, por fim, verificam-se previsões de proibição explícita de diferenciação por orientação sexual na legislação dos seguintes municípios, agrupados por Estado³⁰: 1) Bahia: América Dourada, Caravelas, Cordeiros, Igaporã, Rodelas, Sátiro Dias, Wagner, Araci, Cruz das Almas, Rio do Antônio, Itapicuru, São José da Vitória e Salvador; 2) Espírito Santo: Guarapari, Santa Leopoldina e Matenópolis; 3) Goiás: Alvorada do Norte; 4) Maranhão: São Raimundo das Mangabeiras; 5) Minas Gerais: Cataguases, Elói Mendes, Indianópolis, Itabirinha de Mantena, Juiz de Fora³¹, Maravilhas, Ourofino, São João Nepomuceno e Visconde do Rio Branco; 6) Paraíba: Aguir; 7) Paraná: Atalaia, Cruzeiro do Oeste, Ivaiporã, Laranjeiras do Sul e Mirassolva; 8) Pernambuco: Bom Conselho; 9) Piauí: Pio IX e Teresina; 10) Rio de Janeiro: Itatiaia, São Sebastião do Alto Cachoeiras do Macacu, Cordeiro, Italva, Laje do Muriaé, Niterói, Paty do Alferes, São Gonçalo, Três Rios, Silva Jardim e Rio de Janeiro; 11) Rio Grande do Norte: Grosso e São Tomé; 12) Rio Grande do Sul: Porto Alegre e Sapucaia do Sul; 13) Santa Catarina: Abelardo Luz e Brusque; 14) São Paulo: São Paulo, Cabreúva e São Bernardo do Campo; 15) Sergipe: Itabaianinha, Canhoba, Amparo de São Francisco, Poço Redondo, Riachuelo e Monte Alegre de Sergipe; 16) Tocantins: Porto Alegre do Tocantins e Peixe.

²⁸ Ver artigo 4º da Lei nº 9.612, de 1998.

²⁹ Ver, neste sentido, o Programa Nacional de Direitos Humanos (Brasil, 1996), cujas propostas de ações governamentais, ao tratar de medidas de curto prazo, registram: “propor legislação proibindo todo tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo, idade, credo religioso, convicção política ou orientação sexual, e revogando normas discriminatórias na legislação infraconstitucional, de forma a reforçar e consolidar a proibição de práticas discriminatórias existentes na legislação constitucional.” (p. 23).

³⁰ Ver a exposição de motivos da proposta de emenda constitucional acima referida.

³¹ Registre, neste ponto, a larga abrangência da Lei nº 9.791, de 12 de maio de 2000, dispondo sobre a atuação do município no combate às práticas discriminatórias por orientação sexual.

Na doutrina e na jurisprudência são encontradas algumas manifestações sobre o tema. Dentre nossos autores mais renomados, o único a tratar expressamente a questão foi José Afonso da Silva. Ao comentar a proibição de discriminação por motivo de sexo, ele inclui a hipótese de discriminação por orientação sexual. A seu ver, a abrangência da vedação de distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação recolhe também o fator orientação sexual, na medida em que ele tem servido de base para desigualdades e preconceitos (Silva, 1996, p. 218). A par desta indicação, encontram-se referências à relação entre o princípio da igualdade e a orientação sexual em alguns artigos (ver Fachin, 1997; Rios, 1998a; Rios, 1998b) e em escritos sobre questões pontuais (ver Souza, 1999; Câmara, 1996), tais como direito de família³² e admissão de homossexuais nas Forças Armadas (ver Pereira, 1997, pp. 52-53; Santana, 1997, pp. 28-29).

Na jurisprudência, registram-se precedentes relativos ao princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual em decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/02/1998) reconheceu a existência de sociedade de fato entre dois homens, conferindo ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na constância de relação homossexual, pela aplicação do artigo 1.363 do Código Civil.³³ Neste julgamento, procedeu-se a uma aplicação do princípio da igualdade em sua dimensão formal, uma vez que a orientação sexual não foi fator justificador de diferenciação na aplicação do aludido artigo 1.363.

Noutro julgamento, o mesmo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 154.857 - 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998) invocou expressamente o princípio da igualdade para invalidar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal,

³² Ver Czajkowski (s/d), defendendo a inadequação do regime familiar às uniões homossexuais e o impedimento da adoção; Suannes, 1996; Gontijo, 1997; Oliveira, 1997; e Pinto, 1996. Além dos artigos e referências citados nesta nota, relativos a direito de família, registre-se a publicação de dois livros cuidando do tema: Cunha e Moreira, 1999, e Dias, 2000.

³³ A ementa, no que importa à presente pesquisa, foi assim redigida: "O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do Código Civil."

que rejeitara depoimento de testemunha com base na orientação sexual do depoente³⁴. Assim fazendo, o Tribunal aplicou o princípio da igualdade em seu aspecto formal, não considerando a orientação sexual como fator de diferenciação no direito processual civil.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região³⁵ decidiu que a proibição de discriminação em virtude de orientação sexual decorre do princípio da igualdade formal e da proibição expressa de discriminação por motivo de sexo. Na oportunidade, o Tribunal Regional Federal considerou inconstitucional discriminação contra homossexual na vedação contratual de inclusão, como dependente em plano de saúde, de companheiro do mesmo sexo.³⁶ Este mesmo Tribunal Regional Federal, em precedente da maior significação, confirmou liminar em Ação Civil Pública destinada a reconhecer, em todo o território nacional, direitos previdenciários a companheiros homossexuais, decisão esta fundada no princípio constitucional da igualdade.³⁷ Por fim, noutro precedente, o Tribunal Federal con-

³⁴O acórdão recebeu a seguinte ementa: “RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL – A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projecção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.”

³⁵ Apelação Cível nº 96.04.55333-0/RS, Relatora Juíza Marga Barth Tessler, j. 20.08.1998.

³⁶ Reproduzo os excertos da ementa que dizem respeito diretamente à presente investigação: “6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação. (...) 8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que passo a passo, valorizou a afetividade humana abrاندando os preconceitos e as formalidades sociais e legais. 9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (AC nº 96.04.55333-0/RS, unânime, j. 20-08-1998).

³⁷ Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 - 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre; Agravo na Suspensão de Execução de Liminar nº 2000.04.01.043181-0/RS, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa.

firmou sentença que reconheceu a companheiro do mesmo sexo direito à pensão estatutária de servidor público federal autárquico.³⁸

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³⁹, também aplicando explicitamente o princípio da igualdade, proferiu acórdão definindo a competência das Varas Especializadas de Família da Comarca de Porto Alegre para o julgamento de demanda discutindo partilha de bens decorrente da dissolução dos vínculos de afeto havidos entre duas mulheres.⁴⁰

CONCLUSÃO

A discriminação por orientação sexual é uma das realidades que mais fortemente resiste e desafia o mandamento constitucional da igualdade.

Com efeito, sem que seja vencida tal realidade discriminatória, cidadãos continuarão a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais, em virtude de preconceito e intolerância. Atitudes fundadas nestas bases não podem subsistir, uma vez que tamanha violência ao princípio isonômico compromete, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e os meios processuais para sua proteção. Impende, portanto, afirmar-se a operatividade do princípio da igualdade diante de diferenciações injustificadas, fundadas na orientação sexual dos sujeitos das relações jurídicas processuais. Se não for assim, preconceito, intolerância e incompreensão permanecerão esvaziando a proteção dos direitos fundamentais, essencial ao Estado Democrático de Direito.

³⁸ Apelação Cível nº 1999.04.01.074054-1/SC – 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relator Juiz Valdemar Capeletti, DJU 23/08/2000.

³⁹ Agravo de Instrumento nº 599075496, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999.

⁴⁰ Reza a ementa: “RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. 2ª edição, Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Rompamos el silencio – violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BIANCHI, Alice. A Igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, vol. 5, nº 17, p. 202 a 222, out/dez 1996.
- BONAVIDES, P. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 16, p. 71-96, jun., 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, tradução Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996.
- CÂMARA, Édson de Arruda. Pretensos direitos dos homossexuais e as falácias de um projeto de lei absurdíssimo, ex ignorantia ou ex lascivia. *Informativo Consulex*, vol. 10, nº 42, p. 1056-1058, out. 1996.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 2.
- CUNHA, Graciela Leães Alvares da; MOREIRA, José Alberto. *Os Efeitos Jurídicos da União Homossexual*. Porto Alegre: Autores Independentes, 1999.
- CZAJKOWKI, Rainer. Reflexos Jurídicos das Uniões Homossexuais. *Jurisprudência Brasileira* 176, p. 95-107.
- DE VOS, Pierre. *Une nation aux couleurs de l'arc-en-ciel? Égalité et préférences: la Constitution de l'Afrique du Sud*, in *Homosexualités et droit - de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, p. 268-292, org. Daniel Borrillo, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

- DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- ERRANTE, E. Le mariage homosexuel aux États-Unis: les arrêts des tribunaux de l'État de Hawaï et leurs implications au niveau national. In: *Homosexualités et droit - de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel Borrillo. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 292-314.
- ERKOW, R. e FLETCHER, A. *Manual Merck de Medicina: diagnóstico e tratamento*. Vários tradutores, 16ª ed., São Paulo: Roca, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. in: *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, org. Vicente Barretto, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 113-126.
- FERNANDEZ-MARTOS. Psicologia e Homossexualidade. In: *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, vários autores, 2ª edição. São Paulo: Loyola, 1995 p. 45-64.
- GERSTMANN, E. *The Constitutional Underclass – Gays, Lesbians and the Failure of Class-Based Equal Protection*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- GONTIJO, Segismundo. A parceria dita gay. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, vol. 17, nº 19, p. 240-242, maio 1997.
- GRUPO GAY DA BAHIA, *Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil – 1998*, Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 1999.
- HARVARD LAW REVIEW, *The Supreme Court – Leading Cases*. vol. 110, Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- HARVARD SURVEY. *Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law*, Cambridge: Harvard University Press, nº102, 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HOFFMAN, M. *O Sexo Equívoco: a Homossexualidade masculina e a criação social de um estigma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.
- LEÓN, Magdalena. *Derechos Sexuales y Reproductivos – avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*. Quito: Fundación Ecuatoriana de Acción y Educación para la Promoción de la Salud, 1999.
- LOCHAK, Danièle. *Égalité et différence. Reflexions sur l'universalité de la règle de droit*, in *Homosexualités et droit – da la tolerance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel Borrillo, Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 113-143.
- LOUZA NETO, M.R., MOTTA, T., WANG, Y. P., e ELKIS, H. *Psiquiatria Básica*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- LUCAS, Javier de. La Igualdad ante la ley. in: *Enciclopedia Ibero Americana de Filosofia II*, Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- MAIHOFFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. tradução de Antonio López Pina . In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996.
- MALTESE, J. The Constitutional Status of Sexual Orientation: Homosexuality as a suspect classification. *Harvard Law Review*, n° 98, Cambridge: Harvard University Press, 1984.
- MENDES, Paulo Manuel Melo de Sousa. *Aproximação ao princípio da igualdade*. Relatório escrito apresentado no Seminário de Direito Constitucional do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, orientado pelo Prof. Dr. Jorge Miranda, Faculdade de Direito de Lisboa, mimeografado, dezembro de 1984.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique* (tradução de Olivier Jouanjan). Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NUANCES – Grupo pela Livre Expressão Sexual, *Jornal do Nuances*, Porto Alegre, Ano 1, n° 1, jan. 1998a.
- NUANCES – Grupo pela Livre Expressão Sexual, *Jornal do Nuances*, Porto Alegre, Ano 1, n° 2, fev. 1998b.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *CID-10 - Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento. Critérios diagnósticos para pesquisa*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- KAPLAN & SADOCK. *Compêndio de Psiquiatria Dinâmica*. 4ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina? *Revista Consulex*, ano I, n° 6 - junho/1997.
- PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina – união homossexual – efeitos patrimoniais. *Revista Ciência Jurídica*, n° 72, nov/dez. 1996, p. 12-19.

- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, T. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PORTO ALEGRE. Conselho Municipal dos Direitos da Cidadania contra as Discriminações e Violência, *Anais da I Conferência Municipal de Direitos Humanos*, Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 1998.
- RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, *Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos no RS, 1997*, Porto Alegre: Assembléia Legislativa: 1998.
- RIO GRANDE DO SUL, 1998; *Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos no RS, 1998*, Porto Alegre: Assembléia Legislativa: 1999.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos Humanos, Homossexualidade e Uniãoes Homossexuais. in: *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos.*, org. Denise Dourado Dora e Domingos Dresch da Silveira, Porto Alegre: Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998a, pp. 129-136
- RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal*, Brasília, nº 6, p. 27-39, set./dez. 1998b.
- SANTANA, Selma Pereira. Pederastia – perspectiva penal militar. *Revista Consulex*, ano I, nº 8, agosto de 1997.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias. Os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa. *Correio Brasiliense*, Brasília, 06 dez. 1999, Caderno Direito e Justiça, p. 06.
- STEIN, E. *Derecho Politico*. tradução de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1976.
- STRASSER, M. *Legally Wed: Same-sex Marriage and the Constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1997.
- SUANNES, Adauto Alonso. As uniões homossexuais e a Lei nº 9.278/96. *ADV Advocacia Dinâmica*, p. 28-33, out/nov 1996.
- STONEWALL. *Queer Bashing – a national survey of hate crimes against lesbians and gay men*. London: Stonewall, 1996.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Igualdad. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Barcelona: Francisco Seix Editor, 1979.
- WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. New York: Oxford University Press, 1995.