

ARTIGO DE GRADUANDO

A HOMOSSEXUALIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

*Fernando de Brito ALVES**

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O princípio constitucional da igualdade e a discriminação por orientação sexual; Conclusão; 4 – Referências.

Resumo: Este artigo tem por objetivo abordar a temática da exclusão de direitos dos homossexuais em evidente desacordo com princípio constitucional da igualdade. O direito estrangeiro é mais generoso em hipóteses de universalização da igualdade e no reconhecimento da igualdade dos homossexuais com os heterossexuais como sujeitos de direitos.

Abstract: This article has the goal to present the thematic of the exclusion of the homosexuals' rights in evident disagreement with the constitutional principle of isonomy. The alien right is more generous in hypothesis of universalizing of isonomy and in the recognition of the homosexuals' isonomy with the heterosexuals as subjects of rights.

Palavras-chave: Homossexualidade; Princípio constitucional da igualdade; Direito à diferença.

Key-words: Homosexuality; Constitutional Principle of Isonomy; Right to the difference.

1 - Introdução

A homossexualidade nem sempre foi considerada tabu. Na verdade, os conceitos de homo, hetero, ou transsexualidade foram construídos ao longo da história para atender às demandas de controle, amplamente desenvolvidas pelas instituições de sequestro, como a fábrica, a escola etc., mas princi-

* Licenciado em Filosofia pela USC – Bauru, SP, especialista em História pela FAFJA – Jacarezinho, PR. Graduando em Direito pela FUNDINOPI – Jacarezinho, PR. Diretor do Curso Livre de Filosofia da Diocese de Jacarezinho e Professor de Filosofia do Curso de Direito da FEATI – Ibaiti, PR.

palmente por conta do controle da sexualidade exercido pela Igreja Católica, e pelo cristianismo de um modo geral¹.

Entre os gregos, na antiguidade clássica, não havia na prática da sexualidade distinções como entre os modernos. Inclusive, o amor na cultura grega era virtude que se concebia entre iguais, são inúmeras narrativas que remetem a essa leitura, por exemplo o famigerado diálogo *O Banquete* de Platão, entre outros.

Até grandes construções teóricas sobre a sexualidade surgirem a partir da segunda metade do século XIX não existem as referidas distinções e toda manifestação da sexualidade que não tivesse finalidade procriativa era considerada desvio, inclusive a relação sexual hereterossexual; é por volta de 1870 que os psiquiatras começaram a constituir a homossexualidade como objeto de análise (FOUCAULT, 1986, p. 233).

Os homossexuais como os negros, as mulheres, os portadores de deficiência, e as minorias são signos da diferença. Diferença deliberadamente utilizada em prol da exclusão.

O sociólogo Zygmunt Bauman afirma que

[...] a identificação é também um fator poderoso de estratificação, uma das dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro pólo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem direito de manifestar as suas próprias preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas *por outros* – identidades de que eles próprios ressentem, mas não têm permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam... (2005, p. 44)

As identidades individuais e coletivas estão em verdadeira guerra que, de acordo com o autor acima citado, e se desenrolariam em duas frentes de batalha (Cf. *op. cit.*, p. 45): 1) numa das frentes, a identidade escolhida é con-

¹ “O problema é o seguinte: como se explica que, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não seja simplesmente aquilo que permita a reprodução da espécie, da família, dos indivíduos? Não seja simplesmente alguma coisa que dê prazer e gozo? Como é possível que ela tenha sido considerada como o lugar privilegiado em que nossa ‘verdade’ profunda é lida, é dita? Pois o essencial é que, a partir do cristianismo, o Ocidente não parou de dizer: ‘Para saber quem és, conheças teu sexo’. O sexo sempre foi o núcleo onde se aloja, juntamente com o dever da nossa espécie, nossa ‘verdade’ do sujeito humano. A confissão, o exame de consciência, toda uma insistência sobre os segredos e a importância da carne não foram somente um meio de proibir o sexo ou de afastá-lo o mais possível da consciência; foi uma salvação do domínio de seus movimentos obscuros. O sexo foi aquilo que, nas sociedades cristãs, era preciso examinar, vigiar, confessar, transformar em discurso.” (FOUCAULT, 1986, P. 229-230)

traposta a identidades antigas e abominadas, escolhidas ou impostas no passado; 2) na outra, as pressões de outras identidades, as impostas, são enfrentadas e, em caso de vitória repelidas.

O sociólogo continua:

[...] Há um espaço ainda mais abjeto – um espaço abaixo do fundo. Nele caem (ou melhor, são empurradas) as pessoas que têm negado o direito de *reivindicar* uma identidade distinta da classificação atribuída e imposta. Pessoas cuja súplica não será aceita e cujos protestos não serão ouvidos, ainda que pleiteiem a anulação do veredicto. São as pessoas recentemente denominadas de “subclasse”: exiladas nas profundezas além dos limites da sociedade - fora daquele conjunto no interior do qual as identidades (e assim também o direito a um lugar legítimo na totalidade) podem ser reivindicadas e, uma vez reivindicadas, supostamente respeitadas. [...] O significado da “identidade de subclasse” é a *ausência de identidade*, a abolição ou negação da individualidade, do “rostro” – esse objeto do dever ético e da preocupação moral. Você é excluído do espaço social em que as identidades são buscadas, escolhidas, construídas, avaliadas, confirmadas ou refutadas. (*Op. cit.*, p. 45-46)

A “identidade da homossexualidade” enfrenta a batalha das identidades individuais e coletivas nos seus dois *frontes*, com vitórias e derrotas todos os dias. A organização de grupos e ONGs, ao modo como se dá a construção da consciência negra, origina e organiza uma espécie de consciência de grupo entre os homossexuais.

Apesar disso, a homossexualidade (bem como as “formas não-convencionais” de orientar a sexualidade) ainda é enquadrada como subclasse, e seus reclamos são deliberadamente ensurdecidos, por apego a tradição multissecular de exclusão dos que não se enquadraram nos modelos do que se convencionou normalidade.

1. O princípio constitucional da igualdade e a discriminação por orientação sexual

Não existe vedação constitucional explícita da discriminação por orientação sexual no nosso ordenamento, ela debruça seus fundamentos em outros princípios da sistemática constitucional, apenas a Constituição da África do Sul e a do Equador que contemplam tal situação (Cf. RIOS, 2002., p. 138) de modo explícito. Roger Raupp Rios (cf. 2002, p. 133) afirma que a discriminação por orientação sexual é, na verdade, uma modalidade de discriminação fundada no sexo, essa sim expressamente vedada (inc. IV, art. 3º. da Constituição Federal). Ainda que não fosse possível tal exegese, tal discriminação seria incompatível com a

principiologia constitucional de um modo geral, principalmente com o princípio da dignidade humana, que é fundamento da República (inc. III, art. 1º. da Constituição Federal), e do princípio da igualdade.

O princípio constitucional da igualdade (art. 5º., *caput*) assegura tanto a igualdade formal² quanto a igualdade material de homossexuais e outras pessoas em condição análoga com os heterossexuais, enquanto sujeitos de direitos.

Roger Raupp Rios (cf. 2002, p. 129-131) pondera que apesar da vedação à discriminação e da necessidade de tratamento igualitário, a postulação de “direitos homossexuais” ou do dito “direito à diferença” não se coadunaria com o princípio de igualdade formal.

Ao referido autor assiste razão desde que se considere que o fundamento dos direitos de não-discriminação de homossexuais tem origem diferente do de negros, por exemplo. Os homossexuais não necessitam de ações afirmativas em sentido próprio, mas de tratamento igualitário. Esse é um caso de “direito à indiferença”.

A partir do universalismo do princípio da igualdade formal também se pode analisar a defesa do “direito à diferença”. Nesta concepção, a igualdade decorre do respeito à diferença, que protege a identidade do indivíduo homossexual.

Esses termos, todavia, divorciam-se da dimensão formal do princípio da igualdade. Ao formular o juízo de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, a proposição do direito à diferença considera o primeiro termo da relação (a identidade heterossexual) como parâmetro de normalidade, admitindo aos dissonantes da heterossexualidade a extensão de igual tratamento; vale dizer, confere a homossexuais (“os diferentes”) a disciplina jurídica destinada a heterossexuais (“os iguais”). Uma abordagem coerente do princípio da igualdade formal conduziria, aqui à garantia do direito às *diferenças*, não simplesmente do direito à *diferença*. De fato, quando se postula a *diferença*, problematiza-se a posição de um “outro”, concebido como aquele que se diferencia e é diferenciado do grupo ou do resto da sociedade por determinada característica, tida como desviante. (RIOS, 2002, p. 130)

De fato, poucas ações afirmativas poderiam ser implementadas para proteção de homossexuais, e a principal seria o agravamento da condição daqueles

² “Na esfera da sexualidade, âmbito onde a homossexualidade se insere, isto significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas pessoas, sem distinção de orientação 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 podem 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.” (RIOS, 2002, p. 129)

que cometem crimes de ódio, exclusivamente motivados pela orientação sexual não-convencional.

Do ponto de vista da igualdade material é possível destacar algumas ações interessantes no âmbito legislativo principalmente da União Européia e da França (Cf. RIOS, 2002, p. 136-138.). Com relação a União Européia destaca-se a Resolução do Conselho da Europa de 1º. de outubro de 1981 que exortou os países membros à descriminalização da homossexualidade e da promoção da igualdade de direitos; a Resolução do Parlamento Europeu de 13 de março de 1984, que além das promoções anteriores, estabelecia outras medidas como: igualdade na idade de consentimento entre homossexuais e heterossexuais; a realização de campanhas contra a discriminação por orientação sexual e a adoção de um regime geral na legislação civil, militar, trabalhista, administrativa, civil, e comercial com relação aos homossexuais.

De acordo com o Relatório anual 2005 *Igualdade e não-discriminação*, na Finlândia houve anulação de uma decisão da Igreja Luterana que proibia pessoas que viviam em relação homossexual de se tornarem capelães³; no Reino Unido houve decisões judiciais com relação a igualdade de emprego⁴, e na Hungria com relação a titularidade jurídica de ONG's para ingressar em juízo com *actio popularis* nos termos da lei húngara para garantir igualdade de tratamento⁵.

³ “O tribunal administrativo de Vaasa anulou recentemente uma decisão da Igreja Evangélica Luterana que proclamava que uma candidata não podia ser nomeada capelã, porque vivia publicamente uma relação homossexual e havia anunciado que pretendia oficializar a mesma. Determinou-se que tal infringia a lei de não discriminação, que proíbe a discriminação, inter alia, com base na orientação sexual ou «outros motivos associados a uma pessoa», e o facto de fazer parte de uma relação com uma pessoa do mesmo sexo foi considerado estar incluído nestes outros motivos. Na lei finlandesa para as igrejas, por exemplo, o acórdão da Igreja ou a lei da igreja, não existem exceções na implementação da excepção de «sistema religioso» do artigo 4(2) da directiva sobre a igualdade no emprego” (p.19).

⁴ “Em Janeiro de 2005, foi pronunciada pela primeira vez uma infracção às normas sobre a igualdade no emprego (orientação sexual) de 2003. O Tribunal do Trabalho de Stratford, em Londres, chegou à conclusão que a parte queixosa, um gestor de empresa, havia sido vítima de abuso prolongado durante um período de tempo por parte de membros mais antigos dos quadros da sua empresa, a Cleanaway, o que o forçou a abandonar o seu cargo e um salário anual de 54 000 libras esterlinas (cerca de 78 400 euros). Foi-lhe atribuída uma indemnização de 35 345 libras esterlinas (cerca de 51 300 euros) por despedimento implicitamente injusto, assédio e discriminação. O tribunal determinou que a entidade patronal havia falhado com as suas obrigações de aceitação ou resolução do problema, apesar de queixas anteriores por outro funcionário homossexual. O departamento de recursos humanos da Cleanaway não havia conseguido passar a mensagem aos gestores seniores de que referências à orientação sexual não eram aceitáveis.” (p. 20)

⁵ “Uma ONG de gays e lésbicas tentou uma acção contra a Universidade Gáspár Károli da Igreja Reformada, alegando que a universidade havia discriminado estudantes gays de teologia. Depois de expulsar um estudante de teologia que havia confessado a sua homossexualidade a um dos seus professores, o Conselho da Faculdade de Teologia publicou uma declaração geral a 10 de Outubro de 2003, afirmando que «a igreja não pode aprovar [...] a instrução, recrutamento e emprego de pastores e professores de religião que tenham ou incentivem uma forma de vida homossexual.» Os tribunais de primeira e segunda instâncias decidiram que a universidade havia exercido o seu direito de liberdade de expressão dentro dos limites constitucionais e que não havia discriminado as pessoas homossexuais. A ONG planeia requerer uma revisão por parte do Supremo Tribunal. Este processo teve implicações importantes para as ONG que trazem a público processos sobre a orientação sexual de interesse geral (actio popularis): o tribunal estabeleceu que a homossexualidade é uma característica inerente da personalidade de uma pessoa, o que constitui um pré-requisito para uma queixa «actio popularis» nos termos da lei húngara relativa à igualdade de tratamento. Além disso, as ONG não precisam de aguardar até que ocorra efectivamente um acto de discriminação — basta que haja uma infracção dos direitos que possa ocorrer no futuro devido a uma lei, uma prática discriminatória, etc., que pretendam contestar.” (p. 19)

O direito francês aproximadamente até 1981 previa uma série de discriminações aos indivíduos homossexuais. Para exemplificar, a maioridade sexual para heterossexuais ocorria aos 15 anos, enquanto para os homossexuais ocorria apenas aos 18 anos. Não eram poucas às recorrências da lei aos “bons costumes” ou aos “bons pais-de-família”, o que evidenciava uma postura claramente excludente. Com a eleição de François Mitterrand, iniciou-se um movimento de reforma legislativa que culminou com a igualação da maioridade sexual, e o fim das discriminações legais relacionadas com a sexualidade.

O maior passo do direito francês, no entanto, foi a edição do *Pacto Civil de Solidariedade*, uma legislação que alterava o Código Civil francês em uma série de dispositivos, e de acordo com seu próprio texto legal consistia em um “*contrato entre duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, para organizar a vida comum*”⁶. Outra importante modificação introduzida pela referida lei, está no seu artigo 3º. que passou a definir o concubinato como “*união de fato, caracterizada pela vida comum com características de estabilidade e continuidade, entre duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo que vivem como casal*”⁷

Recentemente, o estado de Vermont nos Estados Unidos resolveu conferir direitos a casais homossexuais de forma peculiar, semelhante ao pacto francês. Vários países da Europa, principalmente, seguiram essa tendência de reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo: Reino Unido, Holanda, Canadá, Bélgica, Suíça, Espanha, Suécia, Dinamarca, Islândia e África do Sul, sendo que alguns deles inclusive admitem a possibilidade de adoção.

Não há dúvida que a maior problemática relacionada com a discriminação por orientação sexual está relacionada com a possibilidade de união civil. Embora a tendência acima esboçada tenha se acentuado, não é possível afirmar que ela se universalizou, existe muita resistência principalmente nos países de mentalidade mais conservadora em se reconhecer a possibilidade de união civil de pessoas do mesmo sexo, e nesse sentido o Vaticano, não tem medido esforços em travar verdadeira cruzada contra os direitos humanos dessa classe de pessoas.

Em 02 de junho de 2006, o filósofo Gianni Vattimo em artigo publicado no Caderno Mais! da Folha de São Paulo afirmou que “*as críticas do papa ao homossexualismo caem na simplificação teórica de quem se sente ameaçado em*

⁶ “*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*” Art. 515-1 inserido pela Lei nº 99-944 de 15 novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial da França de 16 novembro de 1999.

⁷ “*Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.*” Art. 515-8 inserido pela Lei nº 99-944 de 15 novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial da França de 16 novembro de 1999.

*sua base filosófica*⁸; não obstante, sua posição retrógrada tem servido para munir a quem ainda prefere manter essa diferença imoral.

Roger Raupp Rios apresenta algumas decisões jurisprudenciais paradigmáticas:

[...] três decisões receberam recente destaque internacional, por proibirem discriminações por orientação no direito de família e na legislação militar. No primeiro, 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 [...]

No segundo, a Corte Européia de Direitos Humanos, nos casos Lustig-Prean 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. No terceiro, 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 locação 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. (op. cit., p. 137)

No caso brasileiro, considerando-se o campo legislativo federal, deve-se mencionar a Proposta de Emenda Constitucional n. 67, de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim que visava incluir a liberdade sexual e a liberdade de crença religiosa dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de modo a promover o bem de todos sem preconceito, sendo que a despeito do juízo de admissibilidade favorável, ela foi arquivada em 31 de janeiro de 2003.

⁸ *“Quando parecia que o papa havia se cansado de brandir suas armas contra os “relativistas”, eis que começa a campanha contra o amor “fraco”. Ao que parece, o amor não-reprodutivo é fraco porque não frutifica em termos de novas vidas trazidas ao mundo. Portanto é um amor “inútil”. Padres, freiras, religiosos que fizeram voto de castidade estão obviamente isentos dessa obrigação de ajudar a vida a prosseguir. Para não falar do próprio Jesus, que não só nasceu de uma virgem (aqui está o máximo de “força”: reprodução sem amor, nem sequer o amor forte que o papa privilegia), mas tampouco foi tocado pela idéia de deixar uma descendência (vade retro Dan Brown e “O Código Da Vinci”). Sendo assim, de que páginas das Escrituras, de onde advém essa frenética vontade de superpovoar a pobre Terra, que está em processo de exaustão desde que não sejam encontradas novas fontes de energia e novos “espaços vitais”? Se há um sinal de decadência na Igreja Católica, ele está nesta pregação repetitiva do valor da vida, qualquer que ela seja, contanto que possa vegetar e dar continuidade à reprodução. Como se a criação divina do homem e da mulher fosse principalmente um modo de não deixar inabitada esta parte do universo, uma questão utilitarista. Impossível não pensar em Cesare Pavese [1908-50] e numa página do seu diário: “Encontrou um propósito ideal em seus filhos. E estes? Em seus próprios filhos... Mas de que serve essa trepação geral?”. Salvaremos a civilização cristã assegurando-nos a superioridade numérica sobre os pérfidos muçulmanos e os abomináveis ateus? Quer dizer que também para a igreja o número é potência?”*

Ainda mencione-se os tratados internacionais de direitos humanos que de acordo com as regras do direito internacional público podem integrar nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais⁹. Por exemplo, a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da qual o Brasil é signatário, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que considera indevida a criminalização de atos sexuais homossexuais (Cf. RIOS, 2002, p. 139.).

A Lei n.º 9.612 de 1998 proíbe expressamente no § 4.º do artigo 4.º a discriminação por preferência sexual, todavia a matéria regulada pela lei é bastante restrita, já que cuida da radiodifusão comunitária. A exceção normalmente lembrada, quando se trata da criminalização de atos sexuais homossexuais é a do artigo 235 do Código Penal Militar, cujo tipo penal é denominado de *pederastia ou outro ato de libidinagem*, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Na esfera estadual o poder constituinte derivado foi mais generoso na promoção da igualdade que o constituinte originário, nos Estados de Mato Grosso¹⁰, Sergipe¹¹, Santa Catarina¹², há proibições expressas à discriminação por orientação sexual. O Distrito Federal em sua Lei Orgânica seguiu os mesmos influxos¹³

⁹ “A Constituição de 1988 no § 2 do artigo 5.º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, com diz Flávia Piovesan [...] Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais” (MELLO, Celso Albuquerque apud GOMES, 2002, p. 22-23)

¹⁰ Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegura, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes: I - a garantia da aplicação da justiça e da efetividade dos direitos subjetivos públicos do indivíduo e dos interesses gerais, coletivos ou difusos; II - a apuração de responsabilidade, com aplicação de sanção de natureza administrativa, econômica e financeira, independente das sanções criminais previstas em lei, em qualquer tipo de discriminação; III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém ser prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição; [...]” Disponível em http://www.mt.gov.br/redirect.php?url=http://www.mt.gov.br/constituicao_%20estadual_mt.pdf, com acesso em 10 de setembro de 2006

¹¹ “Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: I - ninguém será prejudicado no exercício de direito, nem privado de serviço essencial à saúde, à higiene e à educação, por não dispor de recursos financeiros; II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei [...]” Disponível em http://www.mp.se.gov.br/Legislacao/Constituicao_Estado_Sergipe.doc acesso em 10 de agosto de 2006

¹² EC/23 “Artigo único. O inciso IV do art. 4º da Constituição do Estado de Santa Catarina passa a vigorar com a seguinte redação: “Art.4º (in omissis).IV - a lei cominará sanções de natureza administrativa, econômica e financeira a entidades que incorrerem em discriminação por motivo de origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil, crença religiosa, orientação sexual ou de convicção política ou filosófica, e de outras quaisquer formas, independentemente das medidas judiciais previstas em lei; “ Disponível em <http://200.192.66.13/alesc/docs/especial/constituicao.doc>, acesso em 10 de setembro de 2006

No âmbito municipal, Roger Raupp Rios apresenta extensa relação de proibições legais explícitas à discriminação por orientação sexual (*op. cit.*, p. 141).

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em decisões monocráticas por três vezes a respeito do tema, na ADI 3300 MC/DF, na Petição 1984/RS e na ADI 3299/DF.

Na ADI 3299/DF, a Associação de Incentivo à Educação e à Saúde de São Paulo impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o artigo 235 do Código Penal Militar¹⁴, para obter a inconstitucionalidade do referido artigo tendo em vista seu alto teor preconceituoso.

Nesse caso, o relator ministro Carlos Velloso, assim decidiu:

Autos conclusos em 14.9.2004. Decido. Na ADI 344/DF, por mim relatada, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. I. - Lei anterior à Constituição e com esta incompatível: o caso é de revogação da lei e não de inconstitucionalidade superveniente. Em caso assim, não cabe ação direta de inconstitucionalidade. II. - Precedente do Tribunal: ADIn nº 2-DF. III. - Ação direta não conhecida.” (“DJ” de 07.12.95) No caso, a norma objeto da causa é do Código Penal Militar, DL 1001, de 1969, anterior, portanto, à Constituição vigente. Do exposto, nego seguimento à inicial e determino o arquivamento dos autos. (Decisão Monocrática publicada no DJ 29/09/2004 P – 00016)

A Petição 1984 do Rio Grande do Sul foi decidida pelo, seu então Presidente, Ministro Marco Aurélio de Mello, o INSS requeria a suspensão de medida liminar que conferia a condição de dependente ao companheiro homossexual. O ministro indeferiu a suspensão. A decisão foi publicada no DJ 20/02/2003 p – 00024.

Por fim na ADI 3300 MC/DF, a Associação da Parada do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo a Educação e a Saúde de São Paulo interpuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do artigo 1º. da Lei n.º 9.278 de 1996 que regulamentou o §

¹³ “Art. 2º O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais: I - a preservação de sua autonomia como unidade federativa; II - a plena cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.” Disponível em <http://www.cl.df.gov.br/Legislaçao/LegisOriginais/LeiOrganicaDF/LODF-1993-00000.html> acesso em 10 de setembro de 2006.

¹⁴ Decreto-lei 1.001 (Código Penal Militar), de 21.10.1969. “(...) Pederastia ou outro ato de libidinagem Art. 235. Praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano (...)”

3º. do artigo 226 da Constituição Federal, reconhecendo como *entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Eles pretendiam a ampliação do conceito de entidade familiar para alcançar as uniões homoafetivas e o reconhecimento do caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual. Pretendiam também o controle de constitucionalidade do próprio § 3º. do artigo 226 da Constituição, tendo em vista que estaria em confronto com princípios de caráter fundamental, como a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade etc.

O ministro Celso de Mello que relatou o processo, não conheceu da ação tendo em vista que o artigo 1723 do Código Civil (Lei n.º 10.406 de 2002) revogou o artigo 1º. da Lei n.º 9.278 de 1996; de outro lado entendeu também não ser possível proceder ao controle normativo abstrato de disposições constitucionais, já que o Poder Judiciário não pode ser crivo do Poder Constituinte Originário, e deve velar pela Constituição como um todo, podendo apenas fazer o controle de propostas de emenda que afrontem os preceitos fundamentais.

Apesar da ADI 3300 MC/DF não ter sido apreciada no mérito, o Ministro Celso de Mello reconheceu a relevância jurídico-constitucional e social do tema, acenando positivamente ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (ADI 3300 MC / DF, publicada no DJ 09/02/2006 PP-00006 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176)

O ministro segue exemplificando com inúmeros benefícios de ordem previdenciária e patrimonial decorrentes do reconhecimento dessa espécie de união, acenando para a necessidade de ampliação do conceito de entidade familiar independentemente das noções da tradição moral e religiosa.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) são várias as decisões que tem a

homossexualidade por tema, ainda que incidente. No Recurso Especial Nº 758.905 - SC (2005/0097643-7), o ministro Gilson Dipp, afirma que:

Entender que os homossexuais estariam excluídos da “união estável”, vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais.

Em outra decisão monocrática do STJ, o ministro Paulo Galloti entendeu que

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI Nº 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

1 - Não há ausência do interesse de agir quando a ré, na resposta, nega o direito vindicado.

2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito da lide. Inexistência de vedação legal expressa à pretensão autoral, de sorte a exigir a extinção do processo sem exame do mérito.

3 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro (a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada. (RECURSO ESPECIAL Nº 717.525 - RN (2005/0006760-7) Publicado no DJ em 07/04/2005)

O STJ apesar de estar se mostrando liberal quanto ao reconhecimento de uniões homoafetivas, inclusive garantindo o direito à meação¹⁵; nos processos em que há interposição de Recurso Extraordinário é cauteloso e determina o sobrestamento do feito até decisão da Corte Constitucional.

Essa tendência, já firmada, mas ainda não majoritária, vem sendo seguida pelos Tribunais Regionais Federais, e pelos Tribunais de Justiça, de quase todo o país.

O Tribunal Federal da 4ª. Região por exemplo “decidiu que a proibição de discriminação em virtude de orientação sexual decorre do princípio da igual-

¹⁵ “Inclusive aos **homossexuais** que formam uma sociedade de fato encontra-se garantida a meação” (Resp 148.897-MG, Min. Ruy Rosado de Aguiar, in ‘RSTJ’, 110/313).

dade formal e da proibição expressa de discriminação por motivo de sexo” (RIOS, *op. cit.*, p. 144). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou competente para julgar a dissolução de sociedade de fato de homossexuais as Varas de Família¹⁶.

Diga-se ainda do direito à preservação da intimidade nas doações de sangue, que por meio de medida liminar, não devem mais distinguir apenas pela orientação sexual dos doadores. A justificativa falaciosa da inquirição sobre orientação sexual pelos órgãos responsáveis pela captação de sangue, era que o comportamento homossexual seria de risco. Apesar da Saúde Pública ter mudado esse entendimento, no sentido de que não mais existem grupos de risco, mas comportamentos de risco, esse questionamento se mantinha e submetia doadores homossexuais a constrangimentos, e discriminação no caso de resposta afirmativa.

Considerações finais

A guisa de conclusão é importante tecer breve consideração sobre o Relatório de Assassinatos de Homossexuais no Brasil (2005), elaborado pelo antropólogo Luis Mott e publicado pela ONG GGB.¹⁷ De acordo com ele entre 1980-2005, foram assassinados no Brasil 2.511 homossexuais, em sua maior parte, vítimas de crimes homofóbicos, onde o ódio da homossexualidade se manifesta através da crueldade característica de tais homicídios.

Dentre as vítimas, 72% gays, 25% travestis, 3% lésbicas. Para uma população estimada em 20 mil indivíduos, as transgêneros (travestis e transexuais) são proporcionalmente mais agredidas que as lésbicas e gays, que somam mais de 18 milhões de brasileiros, 10% da população. No Brasil registra-se, portanto, um crime de ódio anti-homossexual a cada 3 dias. Uma média de 100 homicídios anuais sendo que vem aumentando para atingir em 2004 a casa dos 158 homicídios.

Comparando-se as o Brasil, com outras 25 nações que tem dados sobre essa temática disponíveis, nosso país encabeça a lista com o maior número de crimes de ódio, seguido do México com 35 mortes anuais e dos Estados Unidos, com 25. Outra polêmica preocupante é que o Brasil não dispõe de um sistema eficiente de coleta de dados de crimes de ódio, estima-se que esse número pode ser pelo menos o triplo.

¹⁶ “**RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO.** A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, é das Varas de Família, conforme precedentes desta Câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre **homossexuais**, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato **homossexual**.” (RS 2003/0037127-6)

¹⁷ Disponível no site <http://www.ggb.org.br/assassinatos2005c.html> acesso em 16 de setembro.

Apesar de o costume judiciário reconhecer que os homossexuais são iguais aos heterossexuais em direitos; é preciso afirmar que o direito a diferença dessa classe de pessoas, se transveste muito mais em um *direito a indiferença* – no sentido de não discriminação, como se o homossexual fosse anormal – que se constitui no direito de tratamento igualitário. Nossa cultura contemporânea continua intolerante com a diferença, e isso, como diria Hannah Arendt é a face mais perversa do mal.

Referências

ALVES, F. B. *Cidadania às avessas: um breve relato sobre a história da cidadania no Brasil*. Monografia. Curso de pós-graduação lato sensu em História, historiografia: sociedade e cultura. Faculdade Estadual de Filosofia Ciências e Letras de Jacarezinho. Jacarezinho-PR, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: Giapichelli Editori, 1958.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FOUCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FRANÇA. Pacto Civil de Solidariedade (Lei nº 99-944) de 15 de novembro de 1999. Publicada no Jornal Oficial de 16 de novembro de 1999. - Legislação Francesa - disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/FicheTheSarde?cod=15363&cat=0&lib=PACTE%20CIVIL%20DE%20SOLIDARITE%20%20> acesso em 17 de Setembro de 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

Igualdade e não discriminação – Relatório anual 2005. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2005. 36p.

Indicadores de desenvolvimento sustentável : Brasil 2002 / IBGE, Diretoria de Geociências. Rio de Janeiro : IBGE, 2000. n. 2, p. 28.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. São Paulo: USP/ Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/ 2002, p. 198

NUERNBERG, ADRIANO HENRIQUE. *Uma análise crítica do direito à diferença*. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis: 2001, vol.9, no.1, p.299-300.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo, Editora 34, 1999.

_____. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Tempo Social (Revista de Sociologia da USP), 1990. Vol. 2, 2.Sem.

PINSKY, Jaime (org.). *Práticas de Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCOTT, Joan. W. “Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista.” *Debate Feminista (Cidadania e Feminismo)*, nº especial, 2000, p. 203-222.

SHÖPKE, R. *Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador não-made*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Edusp, 2004. 13.

WEINSTEIN, Barbara. *A pesquisa sobre a identidade e a cidadania nos EUA: da nova história social à nova história cultural*. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, 1988. vol 18, n.º 35., disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881998000100011&script=sci_arttext#not37 acesso em 17 de setembro de 2006.