

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 149

janeiro/março – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro

Roger Raupp Rios

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da igualdade e a proibição de discriminação por orientação sexual. 2.1. A igualdade como princípio jurídico fundamental. 2.2. O conceito de orientação sexual. 2.3. A proibição de discriminação por orientação sexual. 2.3.1. Igualdade formal e orientação sexual. 2.3.2. Igualdade material e orientação sexual. 3. O direito brasileiro e a discriminação por orientação sexual. 4. Conclusão.

1. 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 Majestade¹”.

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 Bra-

Roger Raupp Rios é Juiz Federal em Porto Alegre, Mestre em Direito pela UFRGS e Professor de Direito Constitucional.

sil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual².

Esses 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.

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

Para tanto, tratarei dessa 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 desse tema no direito brasileiro contemporâneo, elementos capazes de fornecer um panorama adequado da questão entre nós.

2. 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 desse direito fundamental e o conceito de orientação sexual ora utilizado.

2.1. 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 desse 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 esse 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 expõe três teorias acerca da distinção (1993, p. 82-86). 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 prin-

cípios 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” (1997, p. 162).

Tendo presente a natureza principiológica do direito de igualdade, impende sublinhar a necessidade de concretização desse princípio diante das diversas situações fáticas e jurídicas. Isso significa que o intérprete tem de compreender o conteúdo dessa norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, sem ignorar a realidade dos fatos e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada juridicamente³. 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) (Ver MÜLLER, 1996).

Esse 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 (Ver MÜLLER, 1996).

Além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade

de requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. A igualdade, como disse N. Bobbio (1996, p. 12)⁴, 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 diferenciações⁵.

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

2.2. O conceito de orientação sexual

Outro conceito cuja compreensão é basilar no desenvolvimento deste 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 dessa direção do desejo e/ou da conduta sexuais que são qualificadas como “homossexuais”. Mediante esse 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.

2.3. *A proibição de discriminação por orientação sexual*

Demarcadas essas 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 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.

Nessa parte, portanto, cuidarei da concretização do princípio da igualdade como proibição de discriminação por orientação sexual, examinando essa 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. Esse 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 jurídico⁸.

2.3.1. *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 jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito”.

Concebido nesses 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.

Nesse contexto, ganha relevo o significado negativo ínsito à formulação da igualdade formal, presente desde a origem na Revolução Francesa. Norberto Bobbio (1996, p. 27)⁹ sublinha essa 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 (em que 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.

Tendo presente esses 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 em que a homossexualidade se insere, isso 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; isso significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual (Ver LO CHAK, 1998, p. 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 desse 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 essas 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. Desse modo, ao longo da história, esses critérios foram paulatinamente enumerados, tais como raça, cor, sexo, idade e religião.

Num ambiente em que a discriminação por orientação sexual é disseminada, urge pesquisar qual a resposta do ordenamento jurídico diante dessa realidade, por meio 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 desses critérios proibidos de diferenciação tem sua sede principal no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República, em que se estabelece a vedação de diferenciação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em face desses 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 freqüentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Desse 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 normativo¹².

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 desses critérios. Esse 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 discriminação por motivo de sexo, uma vez que ambas hipóteses dizem respeito à esfera da sexualidade (Ver WINTEMUTE, 1995, p. 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 diri-

gir 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, nesse contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Esse exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo¹³.

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional em face da discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrimen* 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, nessa situação, são igualmente discriminados. Esse argumento, todavia, não subsiste a um exame mais apurado. Isso 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 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 fornecen-

do qualquer justificação para a diferenciação¹⁴. 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. Disso decorre um imperativo absoluto de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, sendo descabidas, 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.

2.3.2. Igualdade material e orientação sexual

Enquanto 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.

Nos dizeres de K. Hesse,

“Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão 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” (1998, 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 reconhecer-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção dessas distinções. Para a obtenção desse 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, p. 392) enfoca a problemática desses critérios de equiparação ou diferenciação mediante o exame da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Esse 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 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.

Nesse quadro, ante a inexistência de uma razão suficiente, a máxima geral da

igualdade ordena um tratamento igual; para tanto expressar, R. Alexy 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” (Ver ALEXY, 1993, p. 395).

Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; esse 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, nesses 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).

Dessa 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 dessa questão não é fornecida pela máxima geral de igualdade em si mesma; antes, requer a adoção de pontos de vista valorativos. Nesse campo se incluem as decisões materiais de igualdade tomadas pelo próprio texto constitucional, tais como a igualdade entre homens e mulheres¹⁷.

Num regime democrático, orientado pela ideia de Estado de Direito material, essas

valorações estão abertas ao legislador, sendo lícita a opção por tratamento desigual sempre que, em virtude de razões dessa monta, o tratamento desigual não se revelar arbitrário. O papel do controle de constitucionalidade, aqui, é o de controlar essa margem de apreciação do legislador, impedindo que em seu nome sejam forçadas valorações arbitrárias. A opção por um Estado Democrático de Direito radica, nesse 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 disso, 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 esses grandemente influenciados pelas diversas experiências vividas e pelo avanço das ciências¹⁹.

Nesse esforço objetivante, a dogmática jurídica atenta para a relação entre os critérios de diferenciação e as finalidades da diferenciação eventualmente operada²⁰. Assim, além da existência da proibição jurídica da adoção de certos critérios de diferenciação, exige-se que toda diferenciação te-

nha 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 *discrímén*²¹.

Conseqüência disso, 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 dessas razões é matéria pertinente ao desenvolvimento do conhecimento humano em cada momento histórico, diante do problema a ser enfrentado.

No plano mais geral em que 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 em que 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 que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade²².

A partir dessa 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 se revela preconceito, não mais servindo como justificação racional para práticas discriminatórias.

Nesse contexto, aliás, podem ser entendidas medidas legislativas²³ e precedentes jurisprudenciais²⁴, de repercussão internacional, no sentido da eliminação da discriminação em face da homossexualidade.

3. 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 essa 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.

A legislação federal, por sua vez, registra a proibição de discriminação por “preferência sexual”²⁸, além de incluir, entre as proibições de discriminação, a situação dos homossexuais²⁹. Nesse 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* (WIN-TEMUTE, 1995, p. 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, Sá-tiro 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.

Na doutrina e na jurisprudência, são encontradas algumas manifestações sobre o tema. Entre 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 dessa indicação, encontram-se referências à relação entre o princípio da igualdade e a orienta-

ção sexual em alguns artigos³² e em escritos sobre questões pontuais³³, tais como direito de família³⁴ e admissão de homossexuais nas Forças Armadas³⁵.

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 Justiça³⁶ 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 Civil³⁷. Nesse 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 Justiça³⁸ invocou expressamente o princípio da igualdade para invalidar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que rejeitara depoimento de testemunha com base na orientação sexual do depoente³⁹. 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 Região⁴⁰ 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 sexo⁴¹. Esse 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 essa fundada no princípio constitucional da igualdade⁴². Por fim, noutro precedente, o Tribunal Federal confirmou sentença que reconheceu a companheiro do mesmo sexo direito à pensão estatutária de servidor público federal autárquico⁴³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁴, 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 mulheres⁴⁵.

4. 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 continuam a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais, em virtude de preconceito e intolerância. Atitudes fundadas nessas 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.

Notas

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. Assembléia Legislativa (1998, 1999). Porto Alegre. Conselho Municipal dos Direitos da Cidadania contra as Discriminações e Violência (1998). Nuances (1998).

³ Sobre a concretização das normas constitucionais, ver Hesse (1998, p. 66-).

⁴ BOBBIO salienta a dificuldade de se estabelecer um significado descritivo da igualdade em face de sua indeterminação, resultante do caráter relacional desse 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, Javier de Lucas (1996) salienta a 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.

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

⁷ Uma exposição sistemática de hipóteses de discriminação por orientação sexual nos diversos ramos do direito estadunidense é fornecida pela Harvard Survey (1990, n. 102), tais como direito criminal, direito do trabalho, direito administrativo, direito estudantil, direito de família e imigração.

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

⁹ No mesmo sentido, ver a exposição de Alice Bianchi (1996, p. 202-222), cujo texto aponta idêntica compreensão por parte de inúmeros constitucionalistas pátrios.

¹⁰ As palavras de Maurice Hariou, 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 Verdú (1979, p. 294).

¹¹ Acerca da finalidade da atribuição desse caráter negativo ao princípio da igualdade em face das circunstâncias históricas aludidas, Francisco Campos (1956, 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.”

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*.

¹³ Neste 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, 200): a Suprema Corte do Canadá (*University of Saskatchewan v. Vogel* - 1983 e *Bordeleau v. Canada* - 1989), a Suprema Corte do Havaí (*Baehr v. Lewin* - 1993) e a Corte de Apelações da Califórnia (*Engel v. Worthington* - 1993).

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. Nesse sentido, o clássico precedente proferido pela Suprema Corte diante das discriminações raciais na legislação que proibia o casamento interracial (*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).

¹⁵ Neste passo, refira-se a distinção entre igual-

dade e identidade. Juízos de igualdade evidentemente pressupõe 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); entre 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, Alexi (1993, p. 395).

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).

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, p. 157-159) e Maihofer (1996, p. 278-287).

¹⁹ A respeito dessa evolução, discorreu 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. Isso 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”.

²⁰ Nesse sentido, a exposição de Stein (1976).

²¹ Stein, (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 con-

cluiu 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, Mello (1993) e Bonavides (1980).

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, 1998, p. 155. 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 ser 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 psicosssexuais”. (...) 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. 484-487). No mesmo sentido, Lousa Neto (1997, p. 302) e Erkow (1992, p. 1556). Obras específicas sobre o tema registram tal conclusão, como Fernandez-Martos (1995, p. 45-64) e Hoffman (1970, p. 174-175). A posição oficial dos órgãos representativos reforça essa posição: ver, por exemplo, na Associação Americana DE Psicologia (on-line).

²³ Duas importantes iniciativas ilustram essa 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, propõem, entre ou-

tras 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 7 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.

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, p. 5-22; e ERRANTE, 1998, p. 292-314). 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 bania da legislação estadual a possibilidade de proteção jurídica específica a homossexuais, com fundamento na *equal protection doctrine* (ver GERSTMANN, 1999. DWORKIN, 2000. MALTESE, 1984. HARVARD LAW REVIEW, 1996). 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. 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 dessa 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, p. 268-292 e 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 justificação, a proposta historia a apresentação de anteriores projetos no mesmo sentido, desde a Assembléia 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.

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

²⁹ Ver, neste sentido, o Programa Nacional de Direitos Humanos (BRASIL. Ministério da Justiça, 1996, p. 23), 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.”

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

³¹ Registre, nesse 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.

³² Ver Fachin, 1997, p. 113-126. Rios, 1998, p. 129-136. ver também Direitos fundamentais (...), 1998, p. 27-39.

³³ Ver Carlos Fernando Mathias Souza (1999).

Ver também Câmara, 1996, p. 1056-1058.

³⁴ Ver Rainer Czajkowski (p. 95-107), defendendo a inadequação do regime familiar às uniões homossexuais e o impedimento da adoção; Adauto Alonso Suannes (1996, p. 28-33). Gontijo (1997, p. 240-242). Oliveira (1997). Pinto (1996, p. 12-19), além dos artigos e referências citadas nesta nota, relativos a direito de família, registre-se a publicação de dois livros cuidando do tema: Graciela L. A. Cunha (1999) e Maria Berenice Dias (2000).

³⁵ (Ver Pereira, 1997, p. 52-53 e SANTANA, 1997, p. 28-29).

³⁶ Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/02/1998.

³⁷ 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. 1363 do CCivil.”

³⁸ Recurso Especial nº 154.857 - 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998).

³⁹ O 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. Projeção, 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.”

⁴⁰ Apelação Cível nº 96.04.55333-0/RS, Relatora Juíza Marga Barth Tessler, j. 20.08.1998.

⁴¹ 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

minação 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).

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Agravo de Instrumento nº 599075496, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999.

⁴⁵ 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.”

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 82-86.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Rompamos el silencio: violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual*. Madrid: EDAI, 1994.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSICOLOGIA. *Policy statements on lesbian, gay and bisexual concerns: discrimination against homosexual*. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/against.html. Acesso em 1 fev. 2000.

_____. _____. use of diagnoses “homosexuality” and “ego-dystonic homosexuality”. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/ego.html. Acesso em 1 fev. 2000.

_____. _____. resolution on appropriate therapeutic responses to sexual orientation. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/orient.html. Acesso em 1 fev. 2000.

BIANCHI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 5, n. 17, p. 202-222, out./dez. 1996.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 12.

BONAVIDES, P. O princípio da igualdade como limitação à atuação ao estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 16, p. 71-96, jun. 1980.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa nacional de direitos humanos*. Brasília: Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996. p. 23.

CÂMARA, Edson de A. Pretensos direitos dos homossexuais e as falácias de um projeto de lei absurdíssimo: ex ignorantia ou ex lascivia. *Informativo Consulex*. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 15.

CUNHA, Graciela Leães Alvares da; MOREIRA, José Alberto. *Os efeitos jurídicos da união homossexual*. Porto Alegre: Autores Independentes, 1999.

CZA KOWKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. *Jurisprudência Brasileira*. n. 176, p. 95-107.

DE VOS, Pierre. Une nation aux coulours de l'arc-en-ciel? Égalité et préférences: la constitution de l'Afrique du Sud. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998. p. 268-292, p. 286-288.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIREITOS fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Conselho da Justiça Federal. Brasília. n. 6, p. 27-39, set./dez. 1998.

- DWORKIN, R. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- ERRANTE, E. Le mariage homosexuel aux États-Unis: les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawaï et leurs implications au niveau national. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998. p. 292-314, p. 295-301.
- ERKUW, R.; FLETCHER, A. *Manual merck de medicina: diagnóstico e tratamento*. 16. ed. São Paulo: Roca, 1992. p. 1556.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113-126.
- FERNANDEZ-MARTOS. Psicologia e homossexualidade. In: *Homossexualidade: Ciência e consciência*. 2. ed. São Paulo: Lojola, 1995. p. 45-64.
- GERSTMANN, E. *The constitutional underclass: gays, lesbians and the failure of class-based equal protection*. Chicago: The University of Chicago, 1999.
- GONTIJO, Segismundo. A parceria dita gay. *ADV Advocacia Dinâmica*. Boletim Informativo semanal. v. 17, n. 19, p. 240-242, maio, 1997.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil*: 1998. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.
- HARVARD LAW REVIEW. *The supreme court: leading cases*. Cambridge: Harvard University, v. 110, 1996.
- HARVARD SURVEY. *Developments in the law: sexual orientation and the law*. Cambridge: Harvard University. n. 102, 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66-.
- HOFFMAN, M. *O sexo equívoco: a homossexualidade masculina e a criação social de um estigma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. (especialmente p. 174-175).
- KAPLAN & SADOCK. *Compêndio de psiquiatria dinâmica*. 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- LEÓN, Magdalena. *Derechos sexuales y reproductivos: avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*. Quito: Fundación Equatoriana de Acción y Educación para la Promoción de la Salud, 1999.
- LOCHAK, Danièle. Égalité et différence: réflexions sur l'universalité de la règle de droit. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualité et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LOUZA NETO, M.R. et al. *Psiquiatria básica*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- LUCAS, Javier de. La igualdad ante la ley. *Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía*. v. 2. Madrid: Trotta, 1996.
- MAIHOFER, Werner. Princípios de una democracia em libertad. Tradução de Antônio Lopez Pina. *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*. Cambridge: Harvard University, n. 98, 1984.
- MENDES, Paulo M.M de Souza. *Aproximação ao princípio da igualdade*. Relatório escrito apresentado no seminário de Direito Constitucional (Mestrado em Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito de Lisboa, 1984.
- MELO, Bandeira de C. A. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Oliver Jouajan. Paris: Universitaires de France, 1996.
- NUANCES. Grupo pela Livre Expressão Sexual. *Jornal do Nuances*. Porto Alegre. ano 1, n. 1, jan. 1998.
- _____. _____. Porto Alegre. ano 1. n. 2, fev. 1998.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação de transtornos mentais e de comportamento: critérios diagnósticos para pesquisa*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.
- PEREIRA, Carlos F. de Oliveira. Homossexuais nas forças armadas: tabu ou indisciplina. *Consulex*, ano 1, n. 6, p. 52-53, jun. 1997.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PORTO ALEGRE. Conselho Municipal de Direitos da Cidadania contra Discriminação e Violência.

- Anais da I conferência municipal de direitos humanos*. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 1998.
- PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina: união homossexual: efeitos patrimoniais. *Ciência Jurídica*, n. 72, p. 12-19, nov./dez. 1996.
- 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.
- _____. _____. garantias e violações dos direitos humanos no RS: 1998. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1999.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise D.; SILVEIRA, Domingos Dresh (Orgs.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.
- SANTANA, Selma P. Pederastia: perspectiva penal militar. *Consulex*, ano 1. n. 8, p. 18-29, ago. 1997.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUZA, Carlos Fernando. Os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa. *Correio Braziliense*. Brasília, 6 dez. 1999. Caderno Direito e Justiça, p. 6.
- STEN, Z. *Derecho político*. Tradução de Fernando S. Moreno. Madrid: Aquilar, 1976.
- STONEWALL. *Queer bashing: a national survey of hate crimes against lesbian and gay men*. London: Stonewall, 1996.
- STRASSER, M. *Legally wed: same-sex marriage and the constitution*. Ithaca: Cornell University, 1997.
- SUANNES, Adauto A. As uniões homossexuais e a lei n. 9. 278/96. *ADV Advocacia Dinâmica*, p. 28-33, out./nov. 1996.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Igualdad. *Nuevas Enciclopedia Jurídica*. Tomo 11. Barcelona: Francisco Seix, 1979.
- WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights: the United States constitution: the european convention and the canadian charter*. New York: Oxford University, 1995.