

A DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO E POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

ROGER RAUPP RIOS

FLÁVIA PIOVESAN

Comecei a estudar meu tema, “A discriminação por orientação sexual”, em 1996, quando Juiz da 10ª Vara Federal de Porto Alegre, onde trabalho até hoje. Àquela época, decidi um caso em que um cidadão que mantinha um relacionamento sexual e afetivo com uma pessoa do mesmo sexo requeria a inclusão de seu companheiro no plano de saúde da Funcef. Esse requerimento foi administrativamente indeferido, o que gerou a ação judicial.

Como os senhores podem perceber, tratava-se de um tema muito difícil, uma vez que, qualquer que fosse a decisão prolatada, envolveria um desafio intelectual e uma polêmica social muito grandes. Procurei, no Direito Comparado e, principalmente, no Direito Constitucional, área em que tenho maior interesse, os princípios que discutiam essa questão.

Com base em alguns argumentos, que posteriormente tentarei expor resumidamente aos senhores, a ação foi julgada procedente, reconhecendo ao autor o direito de inclusão de seu companheiro. Continuei os estudos a respeito do tema, que se tornou minha dissertação de mestrado, mais especificamente “A discriminação por orientação sexual, o princípio da igualdade e a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano”. Em meu doutorado, continuo dedicando-me ao tema da discrimi-

nação, embora não particularmente em relação à orientação sexual.

Toda essa trajetória me mostrou que, em primeiro lugar, é difícil fazer o uso público da razão quando se trata desse tema. O Dr. Roque Laraia relatou-nos sua experiência em Durban, referindo-se à enorme dificuldade em apenas se discutir essa questão. Senhores, essa resistência, que pode ter raízes psicológicas, históricas ou sociológicas, não se nota apenas em uma conferência de alto nível, como a da ONU, mas em quaisquer grupos sociais que estejam minimamente distantes dessa problemática. Não abordarei o tema profundamente; farei apenas referência a algumas estatísticas que nos dão conta da importância dessa questão – que talvez seja do conhecimento de muitos, mas não de todos –, em relação ao direito básico de manter-se vivo; não tratarei da discriminação no âmbito profissional ou familiar.

O Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual. Há dados estatísticos – não tão precisos, porque há dificuldade em sua realização – de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora.

Senhores, a dificuldade que encontramos não decorre apenas da própria violência, mas, em termos bibliográficos

e doutrinários – creio que praticamente todos os presentes atuem na área do Direito –, da escassez de obras tratando do problema da discriminação por orientação sexual, seja no Brasil seja em países como os Estados Unidos, a Inglaterra, a França, a Alemanha ou a Itália, em que ainda não há obras significativas, salvo um ou outro autor.

Essas dificuldades ficam acrescidas porque, ao equacionarmos o problema da discriminação sexual, tendemos a restringi-lo às minorias, o que, a meu ver, pode ser considerado falso ou verdadeiro. Afirmo que é falso, porque, em primeiro lugar, todos temos orientação sexual.

Mas, o que é orientação sexual? Existe um consenso entre os antropólogos de que é a identidade que se atribui a alguém em função da direção de sua conduta ou atração sexual. Se essa conduta ou atração se dirige a alguém do mesmo sexo, denomina-se orientação sexual homossexual; se, ao contrário, a alguém de sexo oposto, denomina-se heterossexual; se pelos dois sexos, de bissexual. Há outras variantes, mas não as detalharei nesta oportunidade.

Em segundo lugar, a discriminação por orientação sexual é difundida por toda a sociedade, tanto no grupo dos discriminadores quanto no grupo dos discriminados, criando um potencial absolutamente fantástico de discussão. Podemos encontrar – tratando dos ho-

mossexuais especificamente – homossexuais entre brancos e negros, pobres e ricos, comunistas e liberais, ateus e crentes, e assim por diante, não dependendo, portanto, de raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião ou orientação política.

É possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível, na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.

No mundo, discute-se o quantitativo dessa minoria, se 5%, 10% ou 15%. Creio que não interesse muito. José Saramago, diante dos problemas do Timor Leste, se posicionou desta forma: “Quando se porá fim ao cinismo?”. Não importa que o Timor Leste seja uma nação diminuta, se são 100 mil, 200 mil, 1 milhão ou 50 milhões de habitantes, mas, sim, que são pessoas vivendo naquela situação.

Senhores, mesmo as pessoas que se dedicam ao estudo do tema da discriminação por orientação sexual, tentando reconhecer direitos ou avançar na

discussão e na efetividade dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, trabalham com uma perspectiva, a qual denomino de discurso tolerante, indulgente e heterossexista, ou seja, relacionam a questão a pessoas dignas de pena, para as quais se deveriam conceder alguns direitos. Costumo comparar essa situação a uma casa onde há vários móveis, em que um não combina com os outros, mas não será jogado fora. Deveremos, então, encontrar um lugar em que ficará razoável, ou seja, concederemos um certo espaço a esse móvel.

Trata-se de uma perspectiva de tolerância indulgente, como, por exemplo, a que ao longo das décadas de debate do feminismo ficou muito evidente, que considera o princípio da igualdade simplesmente da perspectiva do discriminador. Quando nos referimos a esse princípio como o que proíbe a discriminação, ou seja, como princípio antidiscriminatório, estabelecemos que há um padrão, que é o patamar, a partir do qual tudo deverá ser referenciado. Esse patamar, por exemplo, pode ser considerado o homem branco, através do qual o princípio da igualdade proibirá a discriminação.

Equipararemos, então, as mulheres aos homens; os negros aos brancos; os homossexuais aos heterossexuais. Senhores, observem a armadilha ideológica existente na formulação do princípio

de igualdade simplesmente como princípio proibitivo de discriminação. Esse princípio parte sempre do pressuposto de que há um padrão dominante, ou seja, um parâmetro, ao qual os outros devem ser conformados.

Michel Foucault, em *História da Sexualidade*, volume I, “A vontade de saber”, afirma que a pessoa pode sobreviver, desde que não apareça, ou seja, desde que se coadune a esse parâmetro. As mulheres, os negros e os homossexuais terão direitos desde que se comportem e aceitem todas as visões do mundo, as posturas e as condutas dos homens brancos heterossexuais.

Essa é a visão simples do princípio da igualdade, limitado ao princípio da antidiscriminação. Trata-se, evidentemente, de um avanço, mas precisamos ir além e interpretar o princípio da igualdade também como princípio da anti-subjugação, que se relaciona com o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de sua condição, o que difere totalmente de se eleger um padrão ao qual os dessemelhantes devam ser equiparados.

Senhores, considero fundamental a distinção entre o princípio da igualdade com o princípio proibitivo da discriminação *versus* o princípio da igual-

dade com o princípio da anti-subjugação, que consta do livro de *Direito Constitucional*, de Lawrence Tribe, talvez o maior constitucionalista americano contemporâneo. Se analisarmos a maioria dos textos jurídicos – que são poucos – existentes no Direito brasileiro sobre discriminação por orientação sexual, pelo menos os que tentam minimizar os efeitos da discriminação, concluiremos que partem desse ponto de vista, dessa tolerância indulgente e heterossexista.

Seria, por exemplo, em relação às mulheres, um machista reconhecer o direito destas ao tratar do princípio de igualdade. O debate, no movimento feminista, constantemente encontrará juristas machistas reconhecendo os direitos das mulheres, mas que apenas o farão quando estas negarem seus postulados, suas convicções, assemelhando-se aos homens, e, nesse sentido, capitularem-se, como afirmou Foucault em seu livro.

Caracterizo três grandes maneiras com que os ordenamentos jurídicos encaram a homossexualidade. Em primeiro lugar, há o modelo de reconhecimento – mínimo – da orientação homossexual dentro dos ordenamentos jurídicos, que, efetivamente e simplesmente, não criminaliza a conduta ou a atração homossexual; em segundo lugar, existem ordenamentos jurídicos ao

redor do mundo que, além de não a criminalizarem, proíbem sua discriminação – modelo denominado de reconhecimento intermediário – e há os que, além disso, incluem medidas de promoção da igualdade e da diversidade, debatendo os fundamentos filosóficos de tais medidas.

Entretanto, há ordenamentos jurídicos vigentes atualmente que criminalizam o homossexualismo. Nos Estados Unidos, por exemplo, país em que as leis penais, via de regra, são elaboradas pelos Estados, mais de vinte Estados criminalizam explicitamente essa conduta, denominando-a de sodomia. Em muitos outros países ainda existem criminalizações explícitas.

No Brasil, desde nosso descobrimento até 1830, tivemos o modelo proibitivo. As Ordenações Filipinas simplesmente criminalizavam a prática da sodomia e de outras animalias como um crime contra Deus e contra os homens, que era punido com a morte, a qual era seguida com a queima do corpo do criminoso na fogueira, uma vez que acreditavam que, se este fosse enterrado, a pessoa ainda poderia ser lembrada, e pela inabilitação, por três gerações subsequentes, de seus parentes para o exercício de cargos públicos ou recebimento de algum benefício da Coroa.

Com a promulgação do Código Penal do Império, que copiava, em relação

ao tema, pelo menos em grande parte, o Código Penal francês de 1810, descriminou-se a prática da sodomia. Portanto, com exceção do Código Penal Militar, o Brasil não mais criminaliza a prática de atos homossexuais. Há, entre nós, o princípio da igualdade, tanto na dimensão formal quanto na material, que proíbe, na Constituição Federal, a discriminação por orientação sexual. A Constituição Estadual do Mato Grosso e a de Sergipe – as duas únicas de que tenho conhecimento – proíbem explicitamente a discriminação fundada na orientação sexual em seus catálogos de direitos fundamentais.

Várias leis orgânicas de vários municípios – e, se não me engano, a Lei Orgânica do Distrito Federal –, proíbem a discriminação por orientação sexual naquilo que é de competência do município. Além disso, a Lei Federal de Concessão de Licenças de Radiodifusão Comunitária é explícita ao determinar que é proibida a discriminação, nesse processo de concessão, segundo a “preferência sexual”, o que pode ser entendido como orientação sexual. O Plano Nacional de Direitos Humanos enumera, no início do documento, dentre os grupos vulneráveis, mercedores de proteção, os homossexuais. Posteriormente, todos os grupos são detalhados ao longo do Plano. Curiosamente – talvez não por acaso –, o único grupo que não mere-

ceu detalhamento ao longo do Plano foi o dos homossexuais. No entanto, há essa previsão.

Senhores, minha exposição foi dividida em etapas: na primeira etapa, procurei demonstrar as dificuldades e os desafios do tema; na segunda, situei essa problemática no ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucional quanto infraconstitucional, e, na terceira, abordarei alguns direitos constitucionais e suas relações com o problema da discriminação por orientação sexual.

Em primeiro lugar, abordarei o direito de igualdade. Em seguida, falarei sobre a privacidade; a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana; a liberdade de associação e a liberdade de expressão, e concluirei fazendo um passeio por esses dispositivos do art. 5º.

O primeiro direito fundamental que gostaria de relacionar na problemática da discriminação por orientação sexual é o princípio da igualdade.

Tem-se falado bastante sobre o princípio da igualdade. O Professor Joaquim colocou os limites de uma concepção meramente formal, e a Professora Fernanda enfatizou um pouco esses limites, e, ao mesmo tempo, recuperou algumas dimensões nas quais o princípio da igualdade e sua dimensão formal tem validade, eficácia e utilidade.

Iniciarei pelo princípio da igualdade em sua dimensão formal, que é algo efetivamente revolucionário. Não foi à toa que a proclamação revolucionária francesa, que implicou, entre tantas outras coisas, na queda do antigo regime da sociedade estamental, foi a afirmação do princípio da igualdade formal, aqui entendido como mandamento de igual aplicação do mesmo direito a todos, rompendo com a sociedade estamental e com os particularismos jurídicos que caracterizavam o antigo regime. As regras e os regimes jurídicos específicos de clérigos, nobres, plebeus, corporações de ofício, e assim por diante, foram revolucionariamente solapados pela idéia da dimensão formal do princípio da igualdade, que implica em mandamento de universalização da regra jurídica. Uma superação do particularismo do antigo regime.

Entre nós, brasileiros, efetivamente, há muito a se fazer para que a aplicação do princípio da igualdade em sua dimensão formal se torne algo sério e efetivo.

Os clássicos da história e da compreensão do nosso país, que tanto tentou lembrar-se de si mesmo nos últimos anos, em função dos 500 anos, ajudam a compreender o Brasil. Citarei Raymundo Faoro, em *Os Anos do Poder*, e Roberto da Mata, em *Carnavais, Malandros e Heróis*. Um, historiador e cientista político; o outro, antropólogo.

As descrições que esses clássicos da alta percepção brasileira fazem da nossa realidade mostram claramente o quanto está nas nossas entranhas uma aversão à dimensão formal do princípio da igualdade.

Roberto da Mata, em *Carnavais, Malandros e Heróis*, diz, no capítulo célebre intitulado “Você sabe com quem está falando?”, que o Brasil ainda é muito parecido com as sociedades estamentais, hierárquicas; que está muito longe de ser uma sociedade igualitária; que ainda é uma sociedade de pessoas, e não de indivíduos, no sentido liberal-burguês mais democrático e original do termo. Isso significa que estamos muito acostumados ao “você sabe com quem está falando”, ao “carteiraço”, aos “padrinhos”, “paraninfos”, “patronos”, e assim por diante, o que é, evidentemente, o oposto, a contradição ao princípio da igualdade na sua dimensão formal.

Raymundo Faoro, em *Os Anos do Poder*, quando analisa desde a formação do Estado português, primeiro estado moderno, até o final dos anos quarenta no Brasil, numa obra fantástica, mostra-nos que aqui existem alguns que são donos do poder e outros que não são. Aos que são, tudo; aos outros, nada. Essa máxima já se transmutou em várias fórmulas ao longo da história brasileira. A alguns, não os direitos, mas os privilégios; aos outros, semidireitos.

Alguns são pessoas, como diria Roberto da Mata, os outros, simplesmente indivíduos. Alguns têm padrinho e carteira, outros, não.

A dimensão formal do princípio da igualdade é realmente revolucionária, pois quebra com isso. Quando examinamos os casos de discriminação por orientação sexual, fica evidente como uma aplicação séria desse princípio em sua dimensão formal ajudaria a resolver muitas dessas situações.

A discriminação por orientação sexual se apresenta de forma direta, intencional e inequívoca. Nessa situação, usando a classificação das espécies de discriminação feita pelo Professor Joaquim em seu livro, o princípio da igualdade em sua dimensão formal tem uma força impressionante. Isso significa que não se pode excluir alguém de um concurso público em função da orientação sexual. Já lidei com processos judiciais relacionados a essa questão. Acredito que muitos dos senhores já devem ter lidado com esse tipo de questão e, seguramente, lidarão. É uma clara, flagrante e direta violação do princípio da igualdade em sua dimensão formal.

Esse é um exemplo fácil. As pessoas provavelmente não divergirão sobre a capacidade de se ser digitador em função da orientação sexual. Alguns divergirão sobre a capacidade de se ser delegado da Polícia Federal ou juiz, e assim

por diante. São critérios materiais. Igualdade material. Pode-se discutir se uma pessoa, pelo fato de ter uma determinada orientação sexual, está ou não impedida de adotar uma criança? Do ponto de vista do princípio da igualdade formal, essa questão não se coloca. Não há nenhuma distinção legal que proíba, por exemplo, um heterossexual de adotar uma criança. Logo, não tem sentido excluir do processo de adoção o heterossexual pura e simplesmente pelo fato de ele ser heterossexual.

Está no *caput* do art. 5º da Constituição Federal:

“Todos são iguais perante a lei.”

Pode-se ler no art. 3º:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Isso vai se desenvolvendo com a explicitação dos critérios proibitivos de diferenciação, como diz a dogmática constitucional alemã, por exemplo.

Então, temos critérios proibitivos de diferenciação, que são explicitações do princípio da igualdade formal, como

sexo, raça, cor, origem nacional e assim por diante. Isso é igualdade formal. É proibição de discriminação com base na dimensão formal. Notem que quando a norma infraconstitucional vai explicitando aquilo que já está no “todos são iguais perante a lei”, no mandamento de aplicação universal da regra jurídica, o que se faz? Está-se acompanhando ao longo da história os vários movimentos sociais, políticos e econômicos das mulheres, dos negros, dos índios, dos imigrantes, etc., dentro dos Estados-nacionais, buscando uma seriedade na aplicação do princípio da igualdade formal.

Pode-se argumentar que a orientação sexual não está na Constituição. Mas precisaria estar? Lembrem do primeiro desafio? Orientação sexual é um problema de minorias ou de todos? Todos têm orientação sexual. Não estou falando do direito dos homossexuais, mas de direitos fundamentais de todos. Quando me refiro à proibição de discriminação por orientação sexual, não estou me referindo ao direito dos heterossexuais, mas ao direito de todos. Nessa perspectiva, a explicitação dos critérios só reforça essa questão, pois são critérios exemplificativos.

Às vezes, brinco com meus alunos dizendo que a Constituição não proíbe a discriminação por calvície. Evidentemente, ninguém se pergunta se

os calvos podem ser discriminados juridicamente, porque na Constituição isso não está escrito, o que revela que a questão é outra. Quando a Constituição fala da proibição de discriminação por motivo de sexo, na verdade está fazendo uma declaração de proibição de discriminação por orientação sexual explícita. Em que sentido? A discriminação por motivo de orientação sexual pode ser entendida logicamente como uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Por quê? Caso João se relacione com Maria, será tratado de uma forma; caso se relacione com José, será tratado de forma diferente. Nesse exemplo, fica evidente que o sexo da pessoa com quem João se relaciona é que determinará o tratamento por ele recebido.

Nesse sentido, é evidente que a discriminação por orientação sexual é uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Não faz mal que venha uma emenda constitucional e acrescente isso. Inclusive já existem projetos no Congresso Nacional nesse sentido. Servirá para reforçar. É realmente necessário? Do ponto de vista estritamente jurídico, não. Basta que a Constituição seja aplicada e interpretada adequadamente.

Do ponto de vista da igualdade material, há aquela velha formulação aristotélica, talvez pré-aristotélica, da

igualdade como mandamento de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de suas desigualdades. Qual o critério de diferenciação? A calvície é um critério de diferenciação relevante para se discriminar, diferenciar, na inscrição em concurso público para digitador? Não. Então, caso esse critério seja eleito pela lei, pelo juiz, por decreto ou regulamento, não tendo ele nenhuma razoabilidade, nenhuma racionalidade, evidentemente, será inconstitucional.

As diferenciações fundadas em preconceitos são inconstitucionais. Violam o princípio da igualdade em sua dimensão material. Penso que isso está positivado claramente na nossa Constituição. Divergindo um pouco do que foi dito aqui, o art. 5º, *caput*, quando diz que “todos são iguais perante a lei”, está dizendo igualdade em sentido formal. Depois, ao longo do *caput*, quando afirma: “...garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,...”, refere-se à igualdade na sua dimensão formal explicitada.

Preconceito, como o define um dos maiores filósofos contemporâneos, é um juízo negativo prévio, irracional, sem fundamentação sobre alguma coisa. A discriminação baseada em um preconceito é inconstitucional, porque viola o

princípio da igualdade em sua dimensão material.

O que isso tem a ver com os casos de discriminação por orientação sexual? Sempre que disserem que determinada opção sexual é uma doença, será um preconceito. Essa idéia foi superada oficialmente há mais de duas décadas por médicos, psiquiatras, psicólogos, por todo o mundo biomédico e psíquico. Com isso, caíram todas aquelas concepções pré-científicas. O próprio termo “homossexual” foi criado no início da mentalidade científica, na chamada medicina das perversões, que nem era científica nesse sentido. Evidentemente, esse termo, por si só, já exprime um preconceito. Não tem uma fundamentação racional. Sempre que o juízo for manifestado com base nesses termos, será preconceituoso e, portanto, inconstitucional.

APLICAÇÕES PRÁTICAS NA NOSSA JURISPRUDÊNCIA

Iniciei meus estudos em 1996, com uma sentença em um caso concreto. O Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul ajuizou uma ação civil pública a partir de uma denúncia do grupo *gay* Nuances, de Porto Alegre. Naquele caso, a redação do plano de benefícios dos funcionários da Funcef era exatamente

igual, era uma cópia da Lei Geral de Benefícios da Previdência Social. Prolatada a sentença, essa foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal. No Superior Tribunal de Justiça, se não me engano, o recurso não foi conhecido por uma questão formal, transitando, portanto, em julgado. O Ministério Público, em 2000, ajuizou ação civil pública com base em argumentos de igualdade formal e material. Essa ação recebeu uma liminar que foi confirmada pela Turma e pelo Pleno do Tribunal Regional Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, passou por todos os degraus recursais. Essa liminar tem validade desde o ano passado em todo o Brasil. Com relação aos benefícios previdenciários de pensão por morte ou auxílio-reclusão, o INSS é obrigado a tratar sem discriminação homossexuais ou heterossexuais.

Em 1999, a Justiça Federal de Porto Alegre determinou que também na pensão estatutária, e não mais no Regime Geral de Previdência Social, não pode haver discriminação por orientação sexual – trata-se do caso de um funcionário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça proferiu dois julgamentos importantes a respeito dessa matéria: um do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar e outro do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar disse, em um caso oriundo da Justiça Estadual de Minas Gerais, que a regra do Código Civil que trata da sociedade de fato deve ser aplicada sem distinção, vale dizer, aplica-se o princípio da igualdade em sua dimensão formal. Disse S. Exa., no que foi acompanhado pelos outros ministros, unanimemente, que não há discriminação na lei que autorize a exclusão da sociedade de fato de companheiros homossexuais. Portanto, o Direito deve ser assim aplicado.

O mesmo aconteceu com o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Em um recurso originário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, uma testemunha foi excluída pelo simples fato de ser homossexual. Efetivamente, em um processo do Tribunal do Júri, a um cidadão foi negada a capacidade de ser testemunha por ser homossexual. O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se contra a decisão do Tribunal do Júri, aplicando o princípio da igualdade em sua dimensão formal, citando explicitamente o Pacto de São José da Costa Rica. O acórdão foi unânime.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem aplicado quase que sistematicamente a regra de competência que manda para as varas de família as questões que discutem problemas jurídicos decorrentes de pessoas do mesmo sexo. Do ponto de vista da igualdade materi-

al, são situações semelhantes e devem ser tratadas com semelhança em relação à regra de competência.

No campo legislativo, discute-se muito o projeto de lei apresentado pela ex-deputada Marta Suplicy e que hoje, salvo engano, está sendo relatado pelo deputado Roberto Jefferson. É a chamada Lei de Parceria Civil Registrada. Um regime especial. É um projeto importante, mas adotarei uma postura questionadora diante dele. Na verdade, é um regime especial, de boa-fé. Quanto a isso, não posso discutir. Mas, um pouco ingenuamente, entra no discurso da tolerância indulgente. Isso existe. Vamos fazer uma regularização especial. Dar um cantinho para esses coitados. Afinal de contas, eles existem e estão com problemas. Isso é totalmente diferente do pacto civil de solidariedade que a França aprovou em 1999 e reformou no seu Código Civil.

O pacto civil de solidariedade é uma figura ampla, universal, que se aplica tanto a heterossexuais quanto a homossexuais. É uma habilidade do legislador universalizar a regra do Direito por meio do princípio da igualdade formal. É ampla o suficiente para incluir todos, independentemente da orientação sexual. A perspectiva é outra. Devemos pensar em igualdade.

Quero falar também sobre a privacidade.

Em resumo, a privacidade é uma esfera de liberdade em que temos a possibilidade de escolher nossas preferências em vários aspectos: música, estudo, amizades e sexualidade. A partir dessa constatação óbvia, de que essa esfera de liberdade pessoal também alcança a sexualidade, é que se tem trabalhado a discriminação por orientação sexual. Em que sentido? A proteção da privacidade abarca a escolha das preferências sexuais. Essa proteção, portanto, deve ser estendida sempre que um ato estatal, público, privado, judicial ou legislativo adentrar na esfera protegida da liberdade de escolha.

Isso não foi fácil.

Nos Estados Unidos, por exemplo, discutiu-se muito se uma lei estadual que proibia a utilização de anticoncepcionais atentava ou não contra a privacidade. Discutiu-se também se uma lei estadual que proibia pessoas solteiras de manterem relações sexuais era inconstitucional ou não. Havia leis, nas décadas de 60 e 70, que proibiam casais heterossexuais de manterem relações sexuais orais e anais privadamente. Essas leis foram declaradas inconstitucionais, porque violadoras da privacidade. Sexualidade faz parte da privacidade.

Em 1986, chegou à Suprema Corte o primeiro em que se discutia discriminação por orientação sexual nos Es-

tados Unidos. Toda a jurisprudência da Suprema Corte protegendo a sexualidade foi colocada em questão. Era uma lei do Estado da Geórgia que criminalizava a sodomia. Foi argüida a inconstitucionalidade dessa lei, assim como de todas as outras leis que entram na esfera da sexualidade privada. Surpreendentemente, ou não, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por cinco votos a quatro, disse que a lei do Estado da Geórgia que proibia relações homossexuais entre adultos, em consenso, sem violência, privadamente, era constitucional, contrariando toda a evolução da jurisprudência da privacidade com relação à sexualidade. Os votos vencedores argumentaram que não existia o direito constitucional do cidadão norte-americano engajar-se em relações sodomitas, porque viviam em uma sociedade de tradição judaico-cristã.

Toda a doutrina norte-americana reagiu fortemente. Afirmou-se que a Suprema Corte tinha feito a pergunta errada. A pergunta jurídica constitucional não era se existia ou não o direito constitucional do cidadão de se engajar em relações sodomitas, mas o que o Estado da Geórgia estava fazendo dentro do quarto dele naquele momento. Essa era a pergunta constitucional a ser feita.

Esse caminho da privacidade ficou fechado nos Estados Unidos. Enquanto

isso, o Direito europeu, principalmente o internacional e o comunitário, foi avançando e protegendo a discriminação por orientação sexual a partir da proteção da privacidade, utilizando, inclusive, um conceito de privacidade que vai muito além das quatro paredes.

Se um chefe descobre, por exemplo, que um cidadão tem um amigo homossexual, não poderá mandá-lo embora por esse motivo. Essa é uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Por que não? Porque a escolha dos amigos, o jeito de vestir, a escolha das músicas e dos lugares que vai frequentar faz parte da sua privacidade. O que de fato interessa é saber se o cidadão cumpre bem suas funções. O restante faz parte da sua privacidade.

No ano passado, a Inglaterra foi condenada duas vezes por excluir do exército homossexuais femininos e masculinos.

A Irlanda do Norte, num caso clássico, em 1981, foi condenada como violadora dos direitos humanos, porque uma lei interna criminalizava a sodomia.

O caminho na Europa sempre foi pela privacidade.

A Câmara dos Lordes da Inglaterra, há dois anos, decidiu, em um caso de locação, estender o conceito de família, pelo menos para fins locatários, para duas pessoas do mesmo sexo.

Nos Estados Unidos, o caminho da privacidade foi fechado. Alguns Estados que tinham leis incriminadoras da sodomia – mais de vinte têm até hoje – começaram a revogá-las, porque o debate esquentou. Outros não. A discussão começou pelo princípio da igualdade. Vários municípios do Estado do Colorado começaram a aprovar leis que proibiam a discriminação por orientação sexual. Ao mesmo tempo em que surgiram esses movimentos sociais surgiu a reação. Esses movimentos contra as leis que proibiam a discriminação provocaram um plebiscito para aprovar ou não a Emenda Constitucional nº 2 do Colorado, que dizia: “O Estado do Colorado não protegerá gay, lésbicas e bissexuais de discriminação”. Conteúdo assustadoramente fascista. O Estado não protegerá um grupo de cidadãos contra a discriminação.

O plebiscito foi aprovado e encaminhado à Suprema Corte, que declarou a emenda inconstitucional por ferir o coração do princípio da igualdade, na medida em que o Estado criou um grupo de cidadãos de segunda classe, aos quais ele não promete proteção contra a discriminação.

Concluindo, falarei sobre liberdade de associação e liberdade de expressão.

A liberdade de associação diz respeito à possibilidade das pessoas se organizarem publicamente e defenderem

seus pontos de vista, o que está vinculado à liberdade de expressão coletiva. Existem casos, no Brasil, onde grupos de gay e lésbicas foram registrar seus estatutos, para se constituir em comissões jurídicas, e tiveram seus pedidos negados sob a alegação de serem grupos que atuam contra a moral e os bons costumes. Na Justiça, esses grupos têm conseguido o registro desejado.

A autora de *As Origens do Totalitarismo* identifica duas grandes vertentes pelas quais o totalitarismo foi possível: supressão e desrespeito sistemático à privacidade e desrespeito sistemático à liberdade de associação. Por que isso tem tudo a ver com a liberdade de expressão? Porque a liberdade de expressão é um direito constitucional fundamental que possibilita a exposição de pontos de vista numa sociedade, ainda que impopulares ou minoritários.

A liberdade de expressão tem sua contraface: a proibição do discurso do ódio.

Há um ano, em Curitiba, apareceram cartazes com o retrato de um mascarado com um revólver na mão, em que se lia: “Faça sua cidade melhor: mate um homossexual”. No Rio Grande do Sul, que é apontado como um Estado progressista em termos de direitos individuais, há alguns grupos, minoritários, com expressão política absolutamente ridícula, que falam em separatismo. Um

desses grupos teve, nas últimas eleições, coragem de lançar um candidato a vereador que defendia em seu manifesto a idéia de separar uma parte do Estado do restante do Brasil para se livrar das máculas dos negros, homossexuais, nordestinos, etc.

A discriminação por orientação sexual é um caso paradigmático de teste para a eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de hipótese de preconceito difuso por todas as categorias. Exige-se levar a sério princípios absolutamente fundamentais de liberdade e de igualdade que formam todos os regimes democráticos e que são desafiados por eles. Regimes democráticos fortes, como os da América do Norte e Europa, muitas vezes não sabem responder diante desses dilemas.

É necessário falar sobre a discriminação por orientação sexual, porque os direitos humanos são mais necessários

onde são mais combatidos e mais desafiados.

O caso paradigmático dos homossexuais nos dá, do ponto de vista jurídico, do tratamento das minorias, de igualdade, democracia e dignidade da pessoa humana, a dimensão exata do perigo que, ingenuamente, mesmo que de boa-fé, acaba por reforçar padrões e paradigmas de discriminação e de superioridade de sexo, raça, orientação sexual, e assim por diante.

Agradeço a oportunidade de falar sobre discriminação por orientação sexual que, no meu ponto de vista, é um caso exemplar para se estudar o problema da discriminação.

ROGER RAUPP RIOS: Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Este Seminário é um marco. Entendo ser de extrema relevância dar visibilidade a temas invisíveis para quem atua no campo do Direito. Creio que haverá o rompimento com o padrão de invisibilidade que acoberta e ofusca tantas e tantas discussões.

Minha intervenção enfocará a discriminação por gênero. Tratarei o tema a partir do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Destacarei três perguntas centrais: quando, por quê e como foi criada uma sistemática de proteção internacional dos direitos humanos das mulheres? Como essa sistemática internacional enfrenta a discriminação contra a mulher? Quais os obstáculos, desafios e perspectivas para assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos das mulheres?

O Professor Roger abordou a historicidade dos direitos humanos. Os direitos humanos não são um dado construído, mas uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Ainda que exista essa historicidade, os direitos humanos têm vocação emancipatória.

Tendo em vista esse olhar histórico, adotaria as lições de Norberto Bobbio em *A Era dos Direitos*. Segundo Bobbio, invocando a lição iluminista, a era das luzes, a era da razão, os direi-

tos humanos nascem como direitos naturais e universais e, num segundo momento, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, quando cada Constituição endossa sua própria gramática dos Direitos para, finalmente, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Demarco este momento da universalização dos direitos humanos.

Temos sintomas dessa universalização. Trago o primeiro caso de violência doméstica que veio a ser condenado pela OEA. A vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, foi atingida por um tiro e ficou paraplégica em 1983 – esse fato ocorreu no interior do Ceará e passou ao crivo da comunidade internacional, uma vez que a violência contra a mulher é tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

A violência do estupro na guerra, no conflito armado. Em fevereiro deste ano, o Tribunal de Haia condenou três servo-bósnios por estupro. Pela primeira vez na história da humanidade, o estupro é concebido como crime contra a humanidade por um Tribunal Penal Internacional.

Essas notícias apontam para a direção da confirmação da era dos Direitos.

A Folha de São Paulo, recentemente, noticiou que Bush conseguiu apoio da Otan para a reação global antiterror.

Parece-me que o grande debate é tentar preservar a era dos Direitos na era do terror. 11 de setembro deixa uma marca na história da construção dos direitos humanos e para o futuro da comunidade internacional. Quer dizer, a partir daquele dia, começa a era do medo, do temor, do padrão de conflituosidade que marca o período pós-guerra fria.

O pós-guerra fria não será marcado por uma tensão bipolarizada, leste-oeste, mas pelo choque civilizatório, de culturas, raças, etnias e divisões de mundo. A Conferência da África do Sul exalou este temor e exalou, também, pontos positivos, mas, pelo que a mídia trouxe, houve a marca do consenso, mas também a marca do dissenso. Nunca houve uma conferência internacional tão marcada pelo dissenso.

Penso ser este comentário necessário quando se discute direito de minorias. Lembro a visão do Central Park militarizado. Fico receosa de um ímpeto de militarização no bloco ocidental. Penso que o grande desafio dos direitos humanos é esse equilíbrio da força na era dos direitos. De que maneira equilibraremos o direito da força e a força do Direito, tentando consagrar esse padrão civilizatório de tantas e tantas décadas?

Gostaria de trazer alguma leitura da era dos Direitos. Vamos percorrer a era dos Direitos e o que ela traz de le-

gado para o tema da discriminação contra a mulher.

Lembro que o movimento internacional dos direitos humanos tem seu marco histórico no século XX, no pós-guerra, como reação às atrocidades, aos horrores cometidos pelo regime nazista. A Segunda Guerra significa esse divisor de águas no Direito Internacional. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma, como referencial ético a orientar a ordem contemporânea.

Direitos humanos, como mostram as notícias da era dos direitos, não se confinam às muralhas de um Estado, a este reflexo na soberania absoluta do Estado. Ele passa a sofrer um processo de flexibilização em prol da sua universalização.

Temos acrescido aos nossos direitos nacionalmente previstos direitos fixados em parâmetros internacionais.

Lembro de 1948, marco civilizatório do nosso tempo, em que foi assegurada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz a concepção que defendemos. Afirma, de um lado, a universalidade, e, de outro lado, a indivisibilidade dos direitos humanos. Esse avanço em prol da universalidade significa que a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.

No ano passado, em São Paulo, houve a morte por espancamento de um indivíduo que passeava na Praça da República e que foi acusado, por um grupo de *skinheads*, de ser parecido com homossexual. Lembro o caso do índio Galdino, morto e incendiado em Brasília. Atos de intolerância como esses roubam da pessoa o que lhe é mais peculiar: a condição de pessoa.

Todas as falas neste Seminário apontam na direção da universalidade do Direito. Na medida em que privo um indivíduo em razão de sua raça ou orientação sexual, quando tomo sua condição de sujeito de direito, esvazio sua dignidade e as piores barbáries se tornam possíveis.

1948 resgata essa idéia. Viena, 1993, confere novo lastro a essa concepção quando 171 Estados afirmam o consenso em prol da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos. Viena vai além. Quer dizer, os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral, indivisível dos direitos humanos universais. Não há como pretender falar em direitos humanos negando à metade da população mundial seus mais básicos e elementares direitos.

Portanto, é a partir da Declaração que começa a ser elaborado o Direito Internacional dos direitos humanos. Inúmeros tratados internacionais refle-

tem o consenso ético contemporâneo, seja com relação à discriminação racial, à urgência no seu combate, à tortura ou aos direitos civis e políticos. Lembro que a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher conta com 165 Estados-parte.

O sistema internacional acaba inspirando-se na marca da Declaração de 1948, na sua lógica, na sua principiolgia. Os consensos contemporâneos internacionais fixam parâmetros mínimos no campo dos direitos humanos.

Portanto, todo e qualquer tratado tem quatro dimensões. Seja ele sobre tortura, questão racial, criança ou mulher. Traz um consenso internacional sobre a necessidade de se conferir parâmetros mínimos à proteção dos direitos humanos. Faz a relação entre direitos e deveres, direitos individuais e deveres dos Estados. Cria órgãos de proteção, comitês, cortes e relatorias – chamo a atenção para o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Cria também mecanismos de monitoramento como relatórios e direito de petição à ordem internacional, entre outros mecanismos.

Os tratados apresentam essa dupla importância. Trazem parâmetros protetivos mínimos, concernentes à proteção da dignidade humana, e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos.

Parece-me que há duas fases. Na primeira, o Direito Internacional dos direitos humanos traz a tônica da proteção geral, genérica e abstrata, com base na igualdade formal. Essa vertente expressa o temor da diferença, que na era Hitler foi justificativa para extermínio e destruição.

Lendo a Declaração de 1948, que tem como destinatária toda e qualquer pessoa, lembro também a Convenção contra o Genocídio, que busca criminalizar a intolerância e a destruição do outro em razão de sua nacionalidade, etnia, religião, etc.

A fase que demarca o primeiro momento é a do temor, da diferença e se faz insuficiente, tornando-se necessária a especificação do sujeito de direito.

A segunda fase lida com essa diferença. Transita-se, portanto, do paradigma do homem ocidental, adulto, heterossexual e dono de patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos.

É necessário visualizar a diferença, que não é mais utilizada para o arbítrio, para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção desses direitos. Devemos somar o direito à igualdade, o direito à diferença, o direito à identidade e o direito à dignidade com a privacidade. A diferença e a diversidade precisam ser respeitadas, e que seja conferido tratamento especial

a grupos que sofrem um padrão de exclusão e de vulnerabilidade.

Em uma campanha mundial contra o racismo foi abordado que todos somos iguais, mas diferentes; diferentes, mas, sobretudo, iguais. Este é o desafio: trabalhar o direito à igualdade e o direito à diferença.

A ONU aprovou, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, reivindicação do movimento de mulheres a partir da I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975. A Convenção, hoje, abrange 165 Estados-parte, incluindo o Brasil. Ainda que seja um consenso, foi a que mais recebeu reservas por parte dos Estados, ou seja, 1/4 dos Estados-partes fizeram, no total, mais de noventa reservas substantivas – o próprio Brasil ratificou a Convenção, em 1984, fazendo duas reservas. Paradoxalmente, esse texto maximizou sua aplicação universal ao custo do comprometimento da sua integridade.

Dois dispositivos não foram, naquele momento, aceitos: o art. 15 – que assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolherem o seu domicílio e residência – e o art. 16 – que estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres no âmbito do casamento e da sociedade conjugal.

O Brasil, também, não aceitou essas duas cláusulas e só ratificou as reservas em 20 de dezembro de 1984.

Podemos vasculhar o Direito brasileiro e não encontraremos definição de discriminação contra a mulher. A Convenção, no seu primeiro artigo, afirma que a discriminação contra a mulher é toda distinção, exclusão ou restrição, baseada no sexo, que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício de direitos. Essa discriminação é o alvo dessa Convenção, que há de ser proibida.

Trago, como exemplo, a guerra contra as mulheres no Afeganistão, o *apartheid* de gênero que ocorre no Talibã. Nenhuma conduta criminosa lhes é atribuída, a não ser, simplesmente, o fato de terem nascido mulheres. Dentre várias restrições, as mulheres, hoje, são proibidas de trabalhar, estudar, rir alto e cantar; são obrigadas a usar a *burka* – véu completo – e podem ser chicoteadas e agredidas, dentre outras tantas discriminações. Assim, como houve o *apartheid* racial, não há dúvida de que as mulheres têm a sua cidadania mutilada pelo fato de pertencerem ao gênero feminino.

A Convenção lança duas estratégias distintas no combate à discriminação. A primeira vertente é a repressiva-punitiva – os Estados hão de proibir a discriminação – e a segunda é a com-

pensatória, positiva e promocional – que defende a necessidade de promover a igualdade.

Faço alusão às discussões do painel anterior sobre ações afirmativas, amplamente admitidas pela Convenção, que proíbem a discriminação, mas ressalta o dever dos Estados de adotar políticas compensatórias, medidas especiais e temporárias, voltadas a aliviar e a remediar o padrão discriminatório que alcança as mulheres.

A Convenção traz o consenso, o dissenso e a sistemática dos relatórios, ou seja, os Estados-partes têm que prestar contas ao Comitê da ONU sobre a eliminação da discriminação contra a mulher e a maneira como têm implementado tais metas e direitos.

Mais uma vez, as mulheres foram discriminadas, porque, diversamente das demais convenções, essa só prevê a sistemática dos relatórios. Não há direito de petição nem sistema de investigações no País, dentre outros. Por isso, em 1999, no vigésimo aniversário da Convenção, foi adotado o protocolo facultativo, que revigora os mecanismos de proteção dos direitos humanos das mulheres no âmbito internacional, introduz o sistema de petição, permite um encaminhamento de denúncias de violações de direitos enunciados na Convenção e prevê, também, um procedimento investigativo, que habilita o

Comitê a investigar a existência de grave violação aos direitos humanos das mulheres.

O protocolo entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000 – o Brasil o assinou em 13 de março deste ano –, e está em curso ampla campanha mundial pela ratificação e uso do protocolo facultativo *acie duo*: se o protocolo é facultativo, nossos direitos não o são. O movimento de mulheres, especialmente um grupo de Brasília, tem feito um amplo trabalho pela importância da ratificação e do uso do protocolo.

A sistemática internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres é revitalizada e revigorada, direitos esses que constituem parte inalienável, integral, indivisível dos direitos humanos universais.

Finalmente, quais os obstáculos, os desafios e as perspectivas para assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos das mulheres?

A Carta de 1988 – marco jurídico da transição democrática, da institucionalização dos direitos humanos no País – reflete e ecoa 90% das reivindicações feitas pelo movimento de mulheres. O texto está em absoluta consonância com os parâmetros protetivos mínimos internacionais e acolhe as vertentes repressiva-punitiva e promocional.

Destaco o princípio da igualdade entre homens e mulheres no âmbito geral, especificamente endossado pela família: a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho, ações afirmativas na necessidade de conferir proteção especial à mulher no mercado de trabalho – art. 7º, inciso XX –; planejamento familiar e o dever do Estado em coibir a violência no âmbito familiar.

No âmbito eleitoral, a lei das cotas permitiu que as mulheres tivessem sua representação no Legislativo ampliada de 6% para 11%, distante dos 50% desejáveis, mas esse percentual duplicou.

Esses movimentos têm – como marca a Agenda Internacional, ou seja, a Convenção da ONU; a de Viena, em 1993; a Conferência do Cairo, em 1994 – permitido ao movimento de mulheres buscar, no cenário nacional, os avanços obtidos no cenário internacional.

É necessário frisar que ainda não incorporamos na nossa prática, especialmente na área jurídica, esses tantos avanços, quer dizer, ainda há uma ótica sexista com relação à mulher.

A título de exemplo, menciono uma decisão proferida por unanimidade pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, cuja ementa leio: “Ação de anulação de casamento. Defloramento da mulher ignorado pelo marido. Erro es-

sencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Procedência. Unanimidade, 1998.”

O grande desafio é, justamente, implementar avanços emancipatórios da Constituição e dos parâmetros internacionais na nossa prática.

A nossa cultura jurídica, discriminatória em relação à mulher, ainda é fortemente privatista e não-publicista e tem pouca vocação para o Direito Internacional, o que tem dificultado a incorporação desses avanços no âmbito interno.

Cito uma importantíssima decisão histórica, de 1991, quando o Superior Tribunal de Justiça rompeu com a tese da legítima defesa da honra e afirmou que não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não exista essa honra conjugal; ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges e, portanto, o adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com o art. 25 do Código Penal.

Apesar dessa decisão, é importante lembrar que esse argumento tem voltado à tona; portanto, a ótica igualitária deve prevalecer; é fundamental potencializar esses avanços no dia-a-dia e romper com uma doutrina jurídica que despreza, esvazia as inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em dupla moral, que atribui pesos e avaliações distintas, no campo moral, a

atitudes praticadas por homens e por mulheres.

Precisa-se adotar como referência a normatividade de 1988, e não a pré-1988, como ocorre em um número significativo de casos. Assim, clamo, uma vez mais, por urgência em consolidar esse avanço e consagrar uma ótica democrática, igualitária e emancipatória em relação aos gêneros.

Os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, amplamente debatido na Campanha de Arnaud Claden, em 1998. Não há como falar em direitos humanos sem que, pelo menos, metade da população mundial tenha o pleno exercício desses direitos.

Fecho minha participação neste Seminário Internacional sobre as Minorias e o Direito, com a seguinte citação: “Não duvidemos jamais que um pequeno grupo de cidadãos e cidadãs atento e comprometido possa mudar o mundo; na verdade, essa é a única coisa que sempre o mudou.”

FLÁVIA PIOVESAN: Procuradora do Estado de São Paulo e Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo-SP