

Os não heterossexuais como minorias sexuais merecedoras de especial proteção jurídica

Vulnerabilidade social x Aspecto material do princípio da igualdade

Recebido em 10|09|2009| Aprovado em 21|10|2010

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

Sumário

Introdução. 1 Conceito Jurídico de Minorias. 2 Conceito de Grupos Vulneráveis. 3 O Conceito de Minoria da Suprema Corte dos EUA. 4 Minorias Sexuais. 4.1 As Minorias Sexuais como merecedoras de especial proteção do Estado. Conclusão.

Advogado; Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP; Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino/Bauru; autor do livro “Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos”.

Resumo

O presente trabalho visa apresentar a definição jurídico-constitucional de minorias e de grupos vulneráveis para demonstrar que as minorias sexuais se enquadram no conceito de minorias merecedoras de especial proteção jurídica devido à histórica estigmatização e discriminação social sofrida por elas (aspecto material do princípio da igualdade, ante a motivação lógico-racional existente no caso). Para tanto, demonstra-se o

conceito jurídico de minorias e de grupos vulneráveis para identificar os grupos que formam as minorias sexuais e demonstrar que é válida perante a igualdade jurídica a concessão de especial proteção estatal a elas.

Palavras-chave

Minorias. Grupos vulneráveis. Minorias sexuais. Isonomia.

Abstract

This paper aims to present the juridical-constitutional definition of minorities and vulnerable groups in order to demonstrate that the sexual minorities are under the concept of minorities that deserve special juridical protection considering the historical stigmatization and social discrimination they have suffered (material aspects of the equality principle, because of the logical and rational motivation that justifies it). In order to do so, we demonstrate the ju-

ridical concept of minorities and vulnerable groups so that one can identify the groups that form the sexual minorities and to demonstrate that it is valid before the juridical equality the concession of especial state protection to them.

Key words

Minorities. Vulnerable groups. Sexual minorities. Isonomy.

1 Conceito Jurídico de Minorias

Quando se fala em minorias, a noção que intuitivamente vem à mente é aquela segundo a qual se está a falar de um grupo de pessoas numericamente inferior a outro. Embora esse elemento numérico seja um ponto de partida fundamental à compreensão do conceito jurídico de minorias, ele é insuficiente quando ao que se visa é identificar os grupos que são merecedores de uma proteção especial do Estado, na medida em que, por proteção especial, entenda-se um tratamento diferenciado em relação ao restante da população. Nesse sentido, só são merecedoras dessa proteção diferenciada do Estado aquelas minorias que sejam socialmente estigmatizadas por causa da característica a elas atribuída de sorte a diferenciá-las do restante da população (da maioria). Afinal, há casos notórios na

história e na atualidade que demonstram que o simples fato de se pertencer a uma minoria não significa que se esteja em uma situação de discriminação jurídico-social. Como bem lembra Gabi Wucher¹, é o que ocorreu com o *apartheid*, situação na qual a minoria branca era a detentora do poder e acabava, com ele, segregando a maioria negra da população sul-africana². É também o que ocorreu até a queda do ditador Saddam Hussein, no Iraque, no que tange à minoria sunita em relação à maioria xiita: aquela, detentora do poder estatal, segregava a maioria xiita. Um último exemplo é o notório caso dos detentores das riquezas mundiais, na medida em que aproximadamente 10% da população mundial detém 90% da riqueza do planeta.

¹ WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

² WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

Nessa linha, Gabi Wucher anota que a doutrina identifica outros três critérios necessários à definição [jurídica] de uma minoria: a posição de não dominância, a nacionalidade e a solidariedade³. O elemento da não dominância no âmbito do Estado onde se vive significa a não detenção do poder estatal e/ou do poder de fato necessário à supremacia nas relações sociais. Mas a autora aponta igualmente a insuficiência deste segundo critério, pois ele é o que igualmente caracteriza os grupos vulneráveis, conceituados em tópico subsequente.

Um terceiro elemento indicado é o da nacionalidade, sob a presunção de que, para reivindicar direitos no Estado onde vivem, devem as pessoas ser cidadãs nele. Contudo, entendemos que a nacionalidade não pode ser óbice ao reconhecimento de um grupo como minoria. Com efeito, o conceito de minoria não tem nenhuma relação com a nacionalidade, em especial no tocante à sua identificação como grupo merecedor de especial proteção do Estado. Afinal, esta especial proteção supõe a implementação de medidas antidiscriminatórias e de ações afirmativas destinadas a garantir a ditos grupos estigmatizados a efetivação dos direitos fundamentais devidos a todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade (à exceção dos direitos políticos, relativos a cargos eletivos e inerentes ao conceito de cidadania, todos os demais direitos fundamentais são passíveis de fruição pelos estrangeiros). Assim, da mesma forma que não há de se negar os direitos fundamentais não relacionados ao exercício da

cidadania formal (eleição a cargos eletivos) aos estrangeiros e não cidadãos em geral, igualmente não há que se negar a especial proteção estatal destinada à efetivação dos direitos fundamentais a grupos minoritários pelo simples fato de eles não possuírem a nacionalidade daquele Estado.

Quarto elemento apontado é a solidariedade dos membros da minoria entre si, um critério subjetivo de manifestação de vontade de manutenção das características que os diferenciam da maioria⁴. Esse elemento deve, contudo, ser aceito com temperamentos. Afinal, se é certo que a pessoa pertencente a um grupo minoritário que não deseja manter-se como diferente da maioria pode visar a se integrar às normas sociais por esta impostas, não é menos certo que, em muitos casos, a pessoa é discriminada independentemente de seu desejo ou não desejo de ser diferente, ou seja, nos casos nos quais não há como a pessoa deixar de fazer parte do grupo estigmatizado (como é o caso de negros e asiáticos, que possuem características físicas que os tornam alvo de intolerância dos preconceituosos respectivos). A solidariedade, mais bem entendida como senso de pertencimento ao grupo minoritário e de manutenção da identidade minoritária, só deve ter relevância para fins de recebimento de benefícios oriundos de ações afirmativas destinadas à promoção dessa minoria no seio da sociedade. Todavia, para fins de proteção estatal relativa à não discriminação, isso deve independer da pessoa se entender ou não como pertencente à

³ WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, pp. 46-49.

⁴ WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

minoria, cabendo ao Estado coibir a discriminação contra qualquer pessoa, independentemente de ela se entender ou não como pertencente ao grupo minoritário, pois a intolerância social é direcionada à pessoa com a característica-alvo do preconceito social de uma forma ou de outra, entenda-se ela ou não como pertencente ao grupo minoritário (por exemplo, não é porque um negro não se identifica com a cultura negra que ele deixará de ser discriminado por pessoas racistas⁵, tendo em vista que a discriminação por cor de pele é fenotípica, dependente da mera cor de pele da pessoa e não do seu senso de pertencimento à cultura negra; o mesmo fato ocorre com a discriminação por orientação sexual: a pessoa que sente atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo será discriminada por homofóbicos, entenda-se ela ou não como *homossexual*⁶ – basta que o homofóbico saiba que a pessoa mantém relações sexuais com pessoas do mesmo sexo que ele a discriminará, entenda-se esta ou não como homossexual).

Esses quatro elementos remontam basicamente à definição original de Francesco Capotorti, segundo o qual minoria é

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em uma posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais do Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas que di-

ferem daquelas do restante da população e demonstram, ainda que implicitamente, um senso de solidariedade, direcionada à preservação de sua cultura, de suas tradições, de sua religião ou de sua linguagem⁷.

Anote-se apenas que Gabi Wucher afirma que Capotorti retificou parcialmente seu conceito para dele excluir a necessidade de nacionalidade, aduzindo que membros das minorias não precisam ser cidadãos do Estado onde vivem para poder pleitear por direitos desta ordem estatal⁸. De qualquer forma, nota-se que Capotorti incluiu em seu conceito de minorias apenas os grupos étnicos, religiosos ou linguísticos, rol este que não pode ser tido como taxativo, na medida em que existem outros grupos (como homossexuais e transexuais) que se enquadram no conceito jurídico-geral de minorias extraível do próprio trecho transcrito, segundo o qual minoria merecedora de especial proteção jurídica é o grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em uma posição não dominante, cujos membros possuem características que diferem daquelas da maioria e que são discriminadas socialmente por conta de sua diferença em relação à maioria, tenham ou não um senso de pertencimento/solidariedade direcionado à preservação de sua identidade minoritária (senso este que só deve ter relevância para fins de ações afirmativas e não para medidas

⁵ Lembre-se, apenas, que o conceito legal de racismo no ordenamento jurídico brasileiro abrange, atualmente, não apenas a discriminação por cor de pele, mas também a discriminação por etnia, religião ou procedência nacional, a teor do disposto no artigo 1º da Lei n.º 7.716/1989.

⁶ Afinal, incredivelmente, há pessoas que, mesmo sentindo atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo, não se identificam como gays ou homossexuais. Se isto é defensável quanto ao termo gay (porque, como a tradução desta palavra é “alegre/feliz”, há quem defenda que isto significaria que gays seriam uma espécie do gênero “homossexuais”, donde a palavra gay supostamente implicaria toda uma cultura que nem todos os homossexuais adotariam), não o é com relação ao termo homossexual, porque a homossexualidade supõe apenas a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo, independentemente de a pessoa se identificar ou não como homossexual.

⁷ Vide CAPOTORTI apud WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção internacional em prol da democracia*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, 44-45 – tradução nossa.

⁸ WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção internacional em prol da democracia*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

anti discriminatórias). Esse é o conceito jurídico de minoria adotado no presente trabalho, na medida em que os elementos nele constantes justificam uma proteção especial do Estado e na medida em que a referida proteção é necessária para que eles não sofram discriminações sociais do restante da população e/ou se integrem adequadamente nela, como forma de superar a histórica discriminação social sofrida.

2 Conceito de Grupos Vulneráveis.

Há quem não dê importância à diferença entre minorias e grupos vulneráveis devido ao fato de tanto aquelas quanto estes sofrerem discriminação e serem vítimas de intolerância⁹, o que nos faz presumir que esse elemento comum, para esse posicionamento, seria algo a tornar a diferença inócua. Contudo, entendemos que não se pode equiparar tais conceitos, pois, apesar de ser verdade que, na prática, tanto as minorias quanto os grupos vulneráveis são alvo de intolerância social e de discriminações fáticas e/ou jurídicas, trata-se de grupos conceitualmente distintos, com características próprias, que justificam a consideração da diferenciação conceitual. Nesse sentido, como bem diz Gabi Wucher, o conceito jurídico de

grupos vulneráveis é mais abrangente que o de minorias, visto que, apesar de estes poderem ser formados por minorias, não precisam eles necessariamente ser formados por grupos numericamente minoritários para serem vulneráveis. Os mesmos exemplos citados quando tratamos das minorias servem para comprovar a afirmação: a maioria negra da África do Sul na época do *apartheid* era juridicamente vulnerável em relação à minoria branca, detentora do poder; da mesma forma, a maioria xiita do Iraque era juridicamente vulnerável em relação à minoria sunita da época do ditador Saddam Hussein¹⁰.

Assim, grupos vulneráveis são aqueles que sofrem discriminação social do restante da sociedade sem deter o poder jurídico necessário para alterar essa situação por conta própria¹¹. Trata-se do elemento da não dominância explicitado anteriormente. Isso justifica a afirmação anterior no sentido de que o elemento da não-dominância não é suficiente para conceituar juridicamente as minorias, pois “o elemento da não dominância per se é o que igualmente caracteriza os chamados ‘grupos vulneráveis’¹². Portanto, percebe-se que os grupos vulneráveis constituem um gênero do qual o conceito jurídico de minorias constitui espécie, pois toda mi-

⁹ cf. v.g SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. 1 ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 12.

¹⁰ WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

¹¹ Grupos vulneráveis sempre serão merecedores de proteção jurídica especial naquele aspecto que os torna vulneráveis em relação ao restante da população. Afinal, é a vulnerabilidade social que justifica a especial proteção jurídica em relação a determinado grupo, seja ele minoritário ou não.

¹² WUCHER, Gabi. **Minorias**. Proteção internacional em prol da democracia. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000 p. 47. Também J. Edward Kellough parece seguir esse entendimento ao afirmar que “Esforços para garantir a igualdade de oportunidade são elaborados para prevenir e superar discriminações intencionais ou não intencionais contra minorias, mulheres e outros grupos que têm sido historicamente vitimados” (KELLOUGH, J. Edward. *Understanding affirmative actions. Politics, discrimination and the search for justice*. 1ª ed. Washington: Georgetown University Press, 2006, p. 10 – tradução nossa), pois o autor diferenciou minorias de mulheres (que não compõem um grupo minoritário), assim como se referiu a outros grupos-alvo de histórica vitimização, igualmente sem equiparar estes necessariamente às minorias.

noria jurídica é um grupo vulnerável, mas nem todo grupo vulnerável constitui uma minoria jurídica.

3 O Conceito de Minoria da Suprema Corte dos EUA

A Suprema Corte Estadunidense, pela evolução jurisprudencial em seu sistema do *common law*, criou a categoria das chamadas classificações suspeitas quando da aplicação da isonomia local, denominada de doutrina da igual proteção¹³. Isso se deu em razão da Suprema Corte ter constatado que determinados grupos sociais são alvo de histórica discriminação social e, por isso (ou mesmo independentemente disso), não teriam uma oportunidade de representação política e participação social igualitária em relação à população em geral, razão pela qual seriam merecedoras de uma especial proteção jurídica. Nas palavras de Eduardo Appio:

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de diversos precedentes¹⁴, busca identificar as minorias a partir da consideração de que determinadas classes de pessoas não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social¹⁵.

Explique-se melhor: como regra, a Suprema Corte Estadunidense exige que haja um motivo racional que justifique a medida legislativa tomada e o objetivo pretendido. Nesse caso, há forte presunção de constitucionalidade em favor do ato praticado, bastando que aquele que o realizou prove a racional adequação relativa ao objetivo pretendido (ou seja, que o meio utilizado destina-se a obter o fim pretendido e que a discriminação perpetrada seja pautada por motivos racionais), cabendo ao autor da demanda o ônus da prova acerca do impacto desproporcional da legislação relativa ao grupo do qual faz parte e, ainda, que se trata de um impacto

¹³ Em inglês: Equal Protection Doctrine (tradução nossa).

¹⁴ Dentre os precedentes citados por Eduardo Appio acerca da Doutrina da Igual Proteção ao longo de sua obra (APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 207-244), citemos os seguintes: no caso *Graham v. Richardson*, a Suprema Corte identificou os estrangeiros como uma minoria identificável que está sujeita a um processo discriminatório e, por isso, as leis que a discriminam devem ser alvo de um exame rigoroso; no caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* (1976), identificou-se a idade como merecedora de um exame especial, embora não o escrutínio mais elevado, pois, apesar dos idosos não serem uma minoria, têm sido sujeitos a um tratamento histórico degradante ou discriminatório – o mesmo processo ocorrendo em relação aos filhos ilegítimos, nos casos *Mathews versus. Lucas* (1976) e *Lalli versus. Lalli* (1978), e em relação às mulheres, no caso *Frontiero versus. Richardson* (1973).

¹⁵ APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 200.

intencional, produzido com propósito ou formato discriminatório¹⁶ (que, todavia, não precisa ser demonstrado quando a literalidade normativa deixa explícito o propósito discriminatório, dita demonstração só precisa ser feita quando a lei é aparentemente neutra em relação aos cidadãos por ela atingidos). É o conhecido *teste de relação racional*¹⁷. A nosso ver ele equivale ao aspecto material da isonomia constitucional brasileira, que exige uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido¹⁸. Todavia, outros dois critérios existem na aplicação da igualdade estadunidense. Nesse sentido, criou a Suprema Corte daquele país uma forte presunção de inconstitucionalidade para discriminações efetuadas contra determinados grupos,

historicamente estigmatizados pela sociedade estadunidense em razão de características de sua identidade, não sendo esses grupos devidamente representados no Parlamento daquele país (como os negros e os estrangeiros). Assim, a simples racionalidade do *teste da relação racional* passou a não ser suficiente neste caso: além dessa correlação racional, deve o Estado demonstrar que ela (discriminação) é imprescindível ao alcance de um objeto primordial do Estado¹⁹, tarefa essa extremamente árdua e que a história comprovou ser quase impossível de se concretizar. É o controle de constitucionalidade conhecido por escrutínio estrito/extremamente rigoroso²⁰, originando as classificações suspeitas²¹. Por fim, a Suprema Corte Estadunidense entendeu que outras espécies de discriminações (como aquelas

¹⁶ Como relata **Eduardo Appio**, a necessidade da comprovação do propósito discriminatório foi afirmada pela Suprema Corte no julgamento do caso **Washington v. Davis** (1976), no qual se afirmou que somente quando os propósitos do ato impugnado são discriminatórios é que a prática será considerada inconstitucional, não bastando o “mero” impacto discriminatório sofrido pelo grupo por conta da lei em questão – no caso, cidadãos negros questionaram a constitucionalidade de um teste para ingresso na polícia que, muito embora não contivesse uma discriminação direta, gerava resultados discriminatórios por conta da raça, ante o número proporcionalmente bem maior de candidatos negros reprovados (cf. APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 212-214). Assim, nesse importante precedente, “a Suprema Corte fixou o entendimento de que a apuração da intenção discriminatória do legislador pode envolver a discussão de todas as circunstâncias, inclusive o resultado que afeta as minorias, não obstante esse resultado não possa, de forma isolada, servir de fundamento para a invalidação da lei ou ato” (APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 213). Esse entendimento configurou uma mudança na jurisprudência da Suprema Corte, pois no julgamento do caso **Griggs v. Duke Power Company** (1971) afirmou-se que “práticas, procedimentos ou testes aparentemente neutros e até neutros quanto à sua intenção não podem ser mantidos se eles acabam por ‘congelar’ o status quo de prévias práticas discriminatórias” (KELLOUGH, J. Edward. **Understanding affirmative actions. Politics, discrimination and the search for justice**. 1. ed. Washington: Georgetown University Press, 2006, p. 46 – tradução nossa), o que consagrou a **teoria do impacto desproporcional**, segundo a qual práticas empregatícias que aparentam ser não discriminatórias, e que são não discriminatórias em sua intenção podem, ainda assim, violar os direitos civis se elas têm o efeito de desproporcionalmente excluir pretendentes ou empregados por força de raça, etnia ou sexo. Nesse caso, o ônus da prova ficava inicialmente com os empregados para demonstrarem um caso *prima facie* de discriminação, que pode se dar por estatísticas que mostrem uma substancialmente menor proporção de seleção de membros de um grupo particular em comparação àquele de maior representatividade na organização; mas, feita tal demonstração, o dito ônus da prova passava ao empregador para este defender as práticas que produziram dita disparidade estatística, demonstrando que ditas práticas decorreriam de uma necessidade daquele negócio (“business necessity”), o que, mesmo assim seria, rechaçado se os empregados demonstrassem que existiriam outras práticas menos discriminatórias que igualmente atendessem a referida necessidade negocial (cf. KELLOUGH, J. Edward. **Understanding affirmative actions. Politics, discrimination and the search for justice**. 1. ed. Washington: Georgetown University Press, 2006, pp. 47-48).

¹⁷ Em inglês: rational relationship test (tradução nossa).

¹⁸ (cf., v.g., VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho, 2008a, pp. 116-125, e MELLO, 2003, pp. 23-42).

¹⁹ Em inglês, compelling state interest (tradução nossa).

²⁰ Em inglês, strict scrutiny (tradução nossa).

²¹ Em inglês, suspect classifications (tradução nossa).

contra mulheres, ou melhor, pautadas pelo sexo biológico da pessoa) precisavam de um controle de constitucionalidade mais rigoroso que o teste da relação racional, mas não tão rigoroso quanto o escrutínio estrito, donde, nestes casos, o Estado deve provar a adequação racional da discriminação, e que estabelecendo ela visa à consecução de um importante objetivo estatal²², dando assim origem às classificações semissuspeitas²³. Este último critério de aplicação da isonomia estadunidense é o denominado escrutínio intermediário^{24 25}.

De forma mais analítica, Robert Wintemute aponta que se extraem das decisões da Suprema Corte e dos comentários doutrinários os seguintes elementos definidores das classificações suspeitas: (i) o grupo ter sofrido um intencional tratamento desigual ao longo da história; (ii) o grupo ter sido estigmatizado como inferior; (iii) o grupo ser alvo de difundido preconceito e hostilidade; (iv) as presunções estereotípicas sobre as habilidades dos grupos discriminados, resultantes do tratamento desigual por estes sofrido; (v) o fato de o

grupo constituir-se como uma “minorias discreta e isolada” cuja participação política tenha sido seriamente restringida em virtude do preconceito discriminatório; (vi) a base da classificação ser uma característica pessoal imutável de tais indivíduos; e (vii) a irrelevância dessa característica para atuar perante a sociedade. Contudo, aponta o autor que a Suprema Corte nunca definiu claramente quais desses critérios seriam necessários para identificar as classificações suspeitas, tendo apenas se referido a diferentes combinações destes sem, todavia, nunca ter definido uma teoria coerente que explicasse o seu propósito e a sua relativa importância, donde não resta claro se todos esses critérios são essenciais ou se são suficientes algumas de suas combinações. Assim, o autor entende que é possível separar esses requisitos em três grupos: (a) ausência de poder político²⁶; (b) imutabilidade ou grande dificuldade de mudança da característica (sendo assim inexigível essa mudança, pois, se possível for, ela somente o será mediante um processo dificultoso e traumático²⁷); e (c) irrelevância dessa característica para o convívio social²⁸.

²² Em inglês, important state interest (tradução nossa).

²³ Em inglês, semi suspect classifications (tradução nossa).

²⁴ Em inglês, intermediate scrutiny (tradução nossa).

²⁵ Para um estudo mais aprofundado acerca do conteúdo jurídico da Equal Protection Doctrine estadunidense, vide APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 195-263 e RIOS, 2002, pp. 64-91.

²⁶ Aponta o autor que esse critério deriva da famosa nota de rodapé na qual o Justice Stone, no caso **Caroline Products**, 304, US 144 at 152, n. 4 (1938), afirmou que o preconceito contra minorias discretas e isoladas (discrete and insular – tradução nossa) pode colocar em dúvida os processos políticos nos quais ordinariamente se confia para proteger as minorias, apontando ainda que não fica claro, contudo, se o elemento central desta formulação é a existência de preconceito contra a minoria, a sua caracterização como “discreta e isolada” ou a consequente inabilidade da minoria influenciar o processo político (cf. WINTEMUTE, Robert. **Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Constitution and the Canadian Charter**, 2a. edição, Oxford: Clarendon Paperbacks, 1995, p. 65).

²⁷ O autor cita o voto do Juiz Norris, no caso **Watkins v. US Army**, no qual o magistrado afirmou que a imutabilidade para propósitos da doutrina da igual proteção significa “imutabilidade efetiva” (“effectively immutable” – tradução nossa), na qual a mudança “envolveria grande dificuldade”, mediante um processo dificultoso e traumático – no caso da orientação sexual, por ele considerada [corretamente] imutável, apesar da extensa terapia, neurocirurgia ou tratamentos de choque (cf. WINTEMUTE, Robert. **Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Constitution and the Canadian Charter**, 2. ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1995, 67) [cumprindo ressaltar, contudo, que a história comprovou que esses tratamentos nunca alteram a orientação sexual da pessoa, chegando a, no máximo, fazê-la esconder sua real orientação sexual, com a exteriorização daquela desejada por aqueles que realizaram esses nefastos “tratamentos”].

²⁸ WINTEMUTE, Robert. **Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Constitution and the Canadian Charter**. 2. ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1995, p. 62-64

Assim, da análise da jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense, percebe-se que ela não protege as minorias por conta apenas de seu aspecto minoritário, mas por conta de sua vulnerabilidade social, ensejadora de discriminações diversas. Ou seja, a Suprema Corte protege grupos vulneráveis, mesmo que não minoritários (como negros, idosos e mulheres). Mas não são apenas os *grupos vulneráveis* os protegidos pela jurisprudência da Suprema Corte. Com efeito, em julgamentos recentes acerca de leis concessivas de *quotas para negros* nas universidades, a Suprema Corte tem aplicado o escrutínio estrito na análise dessas leis, partindo de uma forte presunção de inconstitucionalidade de leis que forneçam quotas apenas por conta da cor da pele da pessoa. A princípio, definiu-se que as quotas para negros seriam válidas desde que a cor de pele não fosse o único ou principal aspecto da legislação, mas apenas um dentre os diversos existentes²⁹. Contudo, em julgado relativamente recente (de 28/06/2007 – caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*), por 5x4, a atual composição (conservadora) da Suprema Corte parece ter entendido que a cor de pele (“raça”) da pessoa não pode ser considerada de forma alguma, “sob o argumento de que a integração racial

não pode ser considerada um interesse irresistível do Estado de modo a superar o escrutínio estrito”, o que causa uma reviravolta da jurisprudência daquela Corte, na medida em que “Até então, a diversidade buscada nas universidades e escolas públicas poderia se dar com a adoção de diversos critérios, entre os quais a própria raça dos interessados nas vagas (critério não exclusivo)”³⁰. Percebe-se, assim, que a Suprema Corte não protege *grupos* propriamente ditos, pois sua jurisprudência mais recente parece examinar com rigor determinadas classificações que considera suspeitas, independentemente de a lei discriminar grupos estigmatizados ou grupos dominantes.

4 As Minorias Sexuais

Ainda não há literatura consolidada acerca do significado preciso da expressão minorias sexuais, razão pela qual se afigura indispensável a delimitação do que aqui se entende por tal categoria. Entende-se aqui que as minorias sexuais são formadas por pessoas discriminadas devido a sua orientação sexual, sua identidade de gênero ou simplesmente por seu gênero dissonante do socialmente esperado para pessoas de seu sexo biológico. Até hoje, as minorias sexuais sempre foram

²⁹ No caso *Adarand Constructors Inc. v. Peña* (1995), a Suprema Corte decidiu que todos os casos envolvendo ações afirmativas destinadas a remediar discriminações do passado devem se sujeitar ao escrutínio estrito. Pode se comprovar que tal decisão é pautada por um liberalismo clássico pelo voto do conservador Justice Scalia, para quem “não existem credores e devedores sob a Constituição, a qual foca nos indivíduos e não nos grupos” (SCALIA apud APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 234).

³⁰ APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 235-236

formadas por homossexuais³¹, bissexuais³², transexuais³³, travestis³⁴ e intersexuais³⁵, ou seja, aqueles cuja orientação sexual não seja a heterossexual (homossexuais e bissexuais) e aqueles cuja identidade de gênero não coincida com o gênero so-

cialmente atribuído ao seu sexo biológico (transexuais, travestis e intersexuais). Isso porque estes são os grupos de pessoas que são discriminadas unicamente por conta de sua sexualidade³⁶ ou sua identidade de gênero, em virtude do heterosse-

³¹ **Homossexuais** são as pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo, independentemente de se considerarem ou não como pertencentes à comunidade homossexual ou mesmo como homossexuais, por ser a orientação sexual um conceito que toma como parâmetro apenas o sexo pelo qual a pessoa sente atração erótico-afetiva (pelos mesmos motivos, **heterossexuais** são as pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas do sexo diverso). Ao contrário do transexual, o homossexual não sofre dissociação entre seu sexo (biológico) e seu gênero – é um homem (sexo masculino) que se entende como homem e, independentemente disso, sente atração erótico-afetiva por outros homens.

³² Pelos mesmos motivos expostos na nota anterior, bissexuais são as pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas de ambos os sexos.

³³ **Transexual** é um termo que passou por uma evolução conceitual. Isso porque, tradicionalmente, sempre se definiu o transexual como a pessoa que sofre uma dissociação entre seu **sexo físico** e seu **sexo psíquico**, dissociação esta definida tecnicamente como disforia de gênero (na expressão que se popularizou sobre o tema, ele tem a certeza de que “nasceu no corpo errado”), tendo assim uma ojeriza a seu órgão sexual biológico e, por isso, deseja realizar uma cirurgia de “mudança de sexo” (atualmente designada de cirurgia de transgenitalização), além de não desejar que as pessoas em geral saibam que se trata de um transexual, mas de uma pessoa de sexo biológico que coincide com seu sexo psíquico. Contudo, atualmente existem alguns transexuais que, apesar de possuírem essa disforia de gênero, não desejam realizar a cirurgia por uma série de fatores (medo da cirurgia, ausência de condições financeiras e temor de não ter prazer sexual com o novo órgão sexual construído cirurgicamente, por exemplo). Por outro lado, há transexuais que não sofrem de ojeriza por seu órgão sexual, apenas não sentindo prazer sexual genuíno com seu uso durante a relação sexual. Assim, entende-se aqui que o transexual é a pessoa que possui uma dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, geralmente não sente prazer na utilização de seu órgão sexual e que não deseja que as pessoas em geral saibam de sua condição transexual após a adequação de sua aparência a seu sexo psíquico.

³⁴ Em razão da evolução conceitual sofrida pelo termo transexual, a diferença deste para travesti tornou-se sutil, porém ela existe. Isso porque, ao contrário do transexual, o travesti não sente ojeriza de seu órgão genital, inclusive utilizando-o prazerosamente durante suas relações sexuais. Por essa razão, não sente necessidade de esconder seu sexo biológico. Assim, entende-se aqui que travesti é a pessoa que, apesar de possuir uma dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, sente prazer na utilização de seu órgão sexual e não se importa que sua condição de travesti seja conhecida, embora socialmente também prefira ser tratada como pessoa relativa à aparência que coincide com a de seu sexo psíquico.

³⁵ O **intersexual** é a pessoa portadora de um distúrbio biológico. Na lição de Gerard Ramsey, com base na definição do *Dorland's Medical Dictionary (Dicionário Médico Dorland, de 1988)*, o intersexo “refere-se a ‘um indivíduo que apresenta mistura, em vários graus, de características de cada sexo, incluindo a forma física, órgãos reprodutivos e comportamento sexual’” (RAMSEY, Gerard. *Transexuais: perguntas e respostas*. Tradução: Rafael Azize, 1a. Edição. São Paulo: Edições GLS, 1998, p. 43). O intersexual normalmente sofre uma cirurgia após o nascimento, que o médico coloca ao arbítrio dos pais, para que seu corpo fique condizente com um dos dois sexos (masculino ou feminino). Por vezes, quando adulto (ou mesmo adolescente), o intersexual percebe que há algo errado com seu corpo, entendendo-se como pertencente ao sexo oposto àquele que lhe foi determinado pela cirurgia antes mencionada. Assim, ao menos no caso citado, entende-se que o intersexual sofre uma discriminação de gênero, por agir em conformidade com o gênero oposto àquele que é esperado de seu sexo aparente (aquele resultado da cirurgia que sofreu quando recém-nascido).

³⁶ Não há que se confundir os termos sexo, gênero e sexualidade. Com efeito, atualmente, a palavra sexo é usada em dois sentidos diferentes. Um se refere ao gênero e define como a pessoa é, ao ser considerada do sexo masculino ou feminino. O outro sentido se refere à parte física da relação sexual. Já a sexualidade transcende os limites do ato sexual e inclui sentimentos, fantasias, desejos, sensações e interpretações. (D'ELLAS, Movimento. **Direitos humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D'ÉLLAS, 2005, p. 13) [o significado do termo gênero será explicitado adiante, no corpo do texto]

Ou seja, a sexualidade é uma “dimensão fundamental da experiência humana, [que] pode ser compreendida à luz de diferentes perspectivas. A sexualidade tem uma faceta biológica, mas não se reduz a ela. Aspectos psicológicos, sociais e culturais fundamentam a vivência humana da sexualidade; razão pela qual a sexualidade não é sinônimo de coito, sendo uma disposição a experimentar a si mesmo e ao outro segundo o registro do prazer e da criação. Sexualidade é disposição que motiva o contato e a intimidade e se expressa na forma de sentir, de ser, de se relacionar. Sexualidade, portanto, refere-se a uma importante dimensão da experiência humana que está diretamente relacionada ao laço social” (Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, 2008, p. 50). No mesmo sentido, afirma Richard Dunphy que, embora até a década de 1970 fosse comum entender-se a sexualidade como mera prática de atos sexuais, nas décadas de 1980 e 1990 tornou-se ponto comum ir além para se entender a sexualidade “em um significado mais amplo, abrangendo desejos eróticos, práticas e identidades, conforme ensinam Stevi Jackson e Sue Scott (1996: 2)”; definição esta que “tem o mérito de permitir que nos concentremos nos sentimentos sexuais e nos relacionamentos, não apenas nos atos sexuais; e nas várias maneiras pelas quais nós somos ou não definidos como sexuais por nós mesmos e pelos outros” (DUNPHY, Richard. *Sexual politics. An Introduction*. 1. ed. Edinburg: Edinburg University Press, 2000, p. 41).

xismo social³⁷.

Passa-se agora a definir o que se entende pelos elementos centrais desta definição, devido ao desconhecimento de muitos acerca do conteúdo das expressões orientação sexual, gênero e identidade de gênero, assim como pela inacreditável controvérsia existente acerca do que significaria orientação sexual.

A orientação sexual refere-se ao sexo que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, definido como os seres humanos em homossexuais, heterossexuais ou bissexuais³⁸. Assim, a expressão orientação sexual significa o sexo biológico ao qual o sentimento erótico-afetivo da pessoa está direcionado. Trata-se da atração erótico-

afetiva que se sente por pessoas do mesmo sexo (homossexualidade³⁹), pessoas de sexo diverso (heterossexualidade⁴⁰) ou de ambos os sexos (bissexualidade⁴¹). Portanto, atualmente a homossexualidade caracteriza-se pelo amor romântico que se sente por pessoas do mesmo sexo, a heterossexualidade pelo amor romântico que se sente por pessoas de sexo diverso e a bissexualidade pelo amor romântico que se sente por pessoas de ambos os sexos⁴². O que distingue homo, hetero e bissexualidade é o objeto de desejo erótico-afetivo: no primeiro caso, pessoas do mesmo sexo; no segundo, pessoas de sexo diverso; e, no terceiro, pessoas de ambos os sexos.

³⁷ **Heterossexismo** é a ideologia que prega a heterossexualidade como a única sexualidade aceitável no meio social (o que parte de um preconceito social que afronta o princípio do pluralismo jurídico), donde sociedade heterossexista é a sociedade que prega o heterossexismo. “Por meio do heterossexismo, se verifica a promoção incessante, pelas instituições ou pelos indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação da homossexualidade. Assim, é desvalorizada e considerada inferior toda forma de sexualidade que venha a se distinguir da conduta heterossexual, que a ideologia sexósta dominante impõe como modelo único e compulsório” (Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, 2008, p. 50).

³⁸ A **orientação sexual** “É a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra. A orientação sexual existe num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade” (D’ELLAS, Movimento. **Direitos humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D’ELLAS, 2005, pp. 13-14).

³⁹ A **homossexualidade** caracteriza-se pela atração erótico-afetiva que se sente por pessoas do mesmo sexo; “é a atração afetiva e sexual por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma que a heterossexualidade (atração por uma pessoa do sexo oposto) não tem explicação, a homossexualidade também não tem. Depende da orientação sexual de cada pessoa” (D’ELLAS, 2005, p. 14).

⁴⁰ A heterossexualidade já foi definida na nota anterior.

⁴¹ A **bissexualidade** é a atração erótico-afetiva que se sente por pessoas de ambos os sexos, donde bissexuais são “pessoas que se relacionam sexual e/ou afetivamente com qualquer dos sexos” (D’ELLAS, Movimento. **Direitos humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D’ELLAS, 2005, p. 16).

⁴² A expressão **amor romântico** não constitui redundância, mas necessária diferenciação de o amor fraterno, que se sente por familiares e amigos íntimos. Ainda que seja evidente que quando se fala em homoafetividade ou heteroafetividade está-se referindo ao amor romântico, não é incomum ouvir-se em resposta à afirmação de que homossexuais amam pessoas do mesmo sexo, que amor sente-se inclusive por familiares, em referência ao amor fraterno, como se fosse impossível amar romanticamente pessoas do mesmo sexo (este autor já ouviu isto diversas vezes). Portanto, para evitar mal-entendidos (embora um mínimo de bom senso na interpretação já afastasse essa possibilidade), refere-se a amor romântico neste artigo àquele que existe nas uniões amorosas e sexuais entre duas pessoas – que evidentemente não se limita a paixão ou a desejo carnal, seja entre heteros ou gays, mas no desejo de construção de uma vida em comum, como se casados (civilmente) fossem. Ademais, fica expresso que sempre que se referir meramente a amor neste artigo (sem nenhuma adjetivação), estar-se-á se referindo ao citado amor romântico. Cite-se, por fim, que, ainda que se propague que o amor romântico seja uma invenção do século XIX, fato é que as uniões amorosas entre duas pessoas são, atualmente, pautadas por ele, razão pela qual, ao menos no atual contexto histórico, é correta a definição apresentada. De qualquer forma, uma definição que se acredita inalterável por futuras mudanças de paradigmas no que tange ao amor é a definição técnica apresentada (atração erótico-afetiva).

É de se refutar aqui o argumento por vezes utilizado por diversos opositores da criminalização da discriminação por orientação sexual no sentido de que a expressão orientação sexual abarcaria também a pedofilia/pederastia⁴³, ou seja, o desejo sexual por menores de idade. Trata-se de argumento que desafia a inteligência e beira a má-fé, normalmente esgrimido por religiosos fundamentalistas que condenam *a priori* a homossexualidade e buscam, a todo instante, argumentos para tentar justificar seu preconceito homofóbico. Com efeito, a pedofilia é uma prática sexual específica que independe da orientação sexual (classificada pela OMS como uma perversão sexual). A expressão orientação sexual envolve o sexo biológico que constitui o objeto do sentimento erótico-afetivo das pessoas, independentemente da idade, ao passo que a pedofilia é uma prática sexual específica que independe da orientação sexual (pode ser praticada por homo, hétero ou bissexuais), entre um adulto e um(a) menor de idade, prática esta moralmente condenada ao longo dos últimos séculos (embora largamente difundida no passado, a partir da puberdade das pessoas). Logo, prática sexual não se confunde com orientação sexual. Um mínimo de bom-senso leva a tal conclusão.

Aponte-se, ainda, que a orientação sexu-

al independe de “opção” da pessoa, pois a realidade empírica já demonstrou que um ato de vontade é incapaz de alterar a orientação sexual, sendo assim tecnicamente incorreta a expressão “opção sexual”. Ainda que a ciência médica não saiba definir o que forma a sexualidade, aduzindo se tratar de fatores bio-psico-sociais, ponto pacífico na seara científica é aquele segundo o qual a pessoa não escolhe ser homo, hétero ou bissexual, simplesmente descobrindo-se de uma forma ou de outra. O que pode ocorrer é a pessoa reprimir sua verdadeira orientação sexual (normalmente, homossexuais e bissexuais) para exteriorizar uma outra (a heterossexual) por conta do preconceito social que sofre em razão sua verdadeira orientação sexual⁴⁴. Neste caso não temos uma “mudança” de orientação sexual, mas mera repressão da verdadeira orientação sexual da pessoa, donde se pode concluir que “opção” há apenas na exteriorização ou não de sua orientação sexual, não na sua definição.

Por fim, orientação sexual não é passível de “ensino”, de aprendizado nem nada do gênero, como a interpretação literal do termo “orientação” faz algumas pessoas pensarem. Isso resta igualmente comprovado pelas inúmeras pesquisas psico-sociais que já demonstraram que a criação de um menor por um casal homoafetivo

⁴³ A **pederastia** é a pedofilia entre seres do sexo masculino, donde se pode concluir que pedofilia é o gênero do qual a pederastia é uma espécie.

⁴⁴ Ou seja, “Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar ou não os nossos sentimentos, os psicólogos não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato de vontade” (D’ELLAS, Movimento. **Direitos humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D’ELLAS, 2005, p. 14).

não aumenta a possibilidade de ele “se tornar” homossexual⁴⁵ – mesmo porque a orientação sexual não se escolhe nem se ensina: apenas se descobre.

O termo gênero significa o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu sexo biológico⁴⁶. Ou seja, a partir da presunção de que determina-

das atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (*essencialismo*), criaram-se os conceitos de *masculinidade* e *feminilidade* para designar as atitudes que se espera/exige de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade) – basicamente, como forma de se estabelecer o predomínio dos homens sobre as mulheres⁴⁷ com a atribuição de

⁴⁵ Vide, em inglês, o estudo nominado, em tradução nossa, de “**A Ausência de Diferenças entre Pais Gays/Lésbicas e Heterossexuais: Uma Retrospectiva da Literatura**”. O estudo foi localizado, em inglês, na internet, no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ibiblio.org/gaylaw/issue6/mcneill.htm>>. Acesso em 30/04/2008. e traz os seguintes estudos: (i) sobre casais homoafetivos formados por lésbicas: Strong & Schinfeld – 1984, Harris & Turner – 1986, Shavelson, Biaggio, Cross, & Lehman – 1980, Pagelow – 1980, Kweskin & Cook – 1982, Green, Mandel, Hotvedt, Gray, & Smith – 1986, Peters & Cantrell – 1991, Patterson – 1995a, McNeill, Rienzi, & Kposowa – 1998; (ii) sobre casais homoafetivos formados por gays: Miller – 1979, Mallen – 1983, Skeen & Robinson – 1984, Bigner & Jacobsen – 1989a, Bigner & Jacobsen – 1989b, Bigner & Jacobsen – 1992, Crosbie-Burnett & Helmbrecht – 1993, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995; (iii) sobre desenvolvimento de crianças de pais homossexuais e heterossexuais: Weeks, Derdeyn, & Langman – 1975, Miller – 1979, Kirkpatrick, Smith, & Roy – 1981, Hoeffer – 1981, Miller, Jacobsen, & Bigner – 1982, Golombok, Spencer, & Rutter – 1983, Harris & Turner – 1986, Pennington – 1987, Bozett – 1988, Huggins – 1989, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995, Flaks, Ficher, Masterpasqua, & Joseph – 1995, Patterson – 1995c, Tasker & Golombok – 1995, Patterson & Mason, Chan, Raboy, & Patterson. Todos eles concluíram pela ausência de diferenças nas pessoas criadas por casais homoafetivos em relação àquelas criadas por casais heteroafetivos por conta unicamente do fato de terem sido criadas por um casal homoafetivo.

⁴⁶ Segundo Geraldo Tadeu Moreira Monteiro. “As relações de gêneros definem-se, em primeiro lugar, por oposição ao conceito de relações entre os sexos. Os estudos feministas da década de sessenta impuseram uma distinção curial entre sexo e gênero, que os estudos sociológicos incorporaram amplamente”, donde “Enquanto o primeiro tem uma acepção nitidamente biológica – o sexo é uma condição prescrita biologicamente ao indivíduo, o segundo preconiza uma visão cultural e psicossocial da condição sexual – o gênero é uma identidade socialmente construída à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau (Millett, 1969)” razão pela qual “o gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente” (MONTEIRO, 2003, p. 17). Nesse sentido, segundo Richard Dunphy, a distinção entre sexo e gênero foi popularizada por Ann Oakley, para quem “‘sexo’ é uma palavra que se refere às diferenças biológicas entre homens e mulheres, a visível diferença de genitália e as respectivas diferenças de funções procriativas. ‘Gênero’, contudo, é uma questão de cultura: refere-se à classificação social entre ‘masculino’ e ‘feminino’ (Oakley, 1972: 16)” (OACKLEY apud DUNPHY, Richard. **Sexual politics. An Introduction**. 1. ed. Edinburg: Edinburg University Press, 2000, p. 37). Essa é a definição tradicional que aqui se julga correta, pois contrariamente às críticas segundo as quais o sexo biológico seria tão passível de compreensão pelas engenharias sociais, cabe concordar novamente com Richard Dunphy quando este afirma que há duas razões para não se ignorar essa diferença: a primeira é aquela segundo a qual “nem o fato de o nosso entendimento do corpo mudar e evoluir nem o fato de não haverem simplesmente ‘duas a-históricas e fixas biologies masculina e feminina’, torna morta a distinção sexo/gênero”, pois “há importantes diferenças biológicas entre homens e mulheres as quais seria tolo ignorar”, na medida em que, “Como aponta Wilmott, ‘enquanto há uma sobreposição biológica, homens e mulheres são ontologicamente distintos por suas respectivas capacidades reprodutivas (embora homens e mulheres não sejam fundamentalmente tipos de pessoas qualitativamente distintas)’, não fazendo sentido ignorar esse fato uma vez que “um menino de treze anos não vai começar a menstruar apenas porque lhe é dito repetidamente que ele é uma garota”; já a segunda razão, talvez até mais importante embora complementar à primeira, é aquela segundo a qual “foram as diferentes capacidades reprodutivas que foram compreendidas pelas sociedades patriarcais e foi a elas que foram dadas interpretações desigualitárias” (DUNPHY, Richard. **Sexual politics. An Introduction**. 1. ed. Edinburg: Edinburg University Press, 2000, pp. 40-41 – tradução livre). Quanto ao último trecho, que aqui se considerou como de difícil tradução (embora de clara ideia), segue o trecho original: “it is the differences in reproductive capacities which have been seized upon in patriarchal societies and given inequalitarian interpretations”.

⁴⁷ Nesse sentido, vale ratificar a doutrina de Geraldo Tadeu Moreira Monteiro no sentido de que “as relações de gênero participam de relações de poder [...] [ou seja, de] uma estrutura social que ‘desequilibra’ as instituições em favor de determinados grupos sociais, facultando-lhes o acesso privilegiado a bens e recursos comuns” por um “‘poder de gênero’, isto é, o poder de um sexo sobre o outro”, que “engendra-se no âmbito das estruturas sociais de dominação”, donde “As estruturas de dominação, que consistem em sistemas ordenados de interações sociais, são condição [sic] das práticas reais de poder e, naquilo que nos interessa, estabelecem uma relação direta com as hierarquias de gênero (Connell, 1987)”, o que significa que “em termos gerais, a ideologia sexista dominante estabelece uma relação constitutiva entre masculinidade, autoridade, domínio tecnológico e violência, que é suficiente para ‘mostrar’ à mulher o ‘seu lugar’ na sociedade” (MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: O processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar, 2003, p. 19).

características de autonomia, liderança, racionalidade, agressividade, competitividade, objetividade e não-expressão das emoções ao *masculino*⁴⁸ e características de hiper-sensibilidade emocional, passividade, subjetividade e criação/educação dos filhos ao feminino⁴⁹. Em suma, o masculino define-se em negação ao feminino (pois, segundo as normas de gênero que perduram até hoje, masculino e feminino seriam categorias antagônicas, diametralmente opostas entre si). Como se vê, nesse campo, têm-se presentes as ideologias de gênero, “que nos ensinam o comportamento adequado esperado e recompensado pelos outros, moldam nossas personalidades para conformá-las às nor-

mas sociais e reprimem ou punem comportamentos a elas não-conformes” que nos são transmitidas desde o nosso nascimento⁵⁰. Embora não seja o escopo deste trabalho realizar as profundas digressões sociológicas inerentes a este tema já amplamente explorado pelos estudos sociológicos (principalmente feministas), cabe lembrar que a literatura já demonstrou que os conceitos de masculinidade e feminilidade são relativos (construtivismo), variáveis conforme cada sociedade e dependentes dos valores a elas inerentes⁵¹, donde resta refutada qualquer cientificidade de argumentos que visa dizer que determinadas atitudes éticas/morais das pessoas sejam inerentes a seu sexo bioló-

⁴⁸ Quanto ao último exemplo, tem-se a ideia-norma social segundo a qual que “homens não choram”, influenciada por normas de gênero.

⁴⁹ Trata-se de um rol meramente exemplificativo. Quanto ao tema das emoções, mesmo o amor romântico não escapa das normas de gênero. Com efeito, segundo o relato de Richard Dunphy, o argumento central de Stevi Jackson é o de que o amor é uma experiência de aprendizado segundo os gêneros – meninos e meninas aprendem diferentes *scripts*. Homens não são encorajados a desenvolver competências relativas a localizarem-se dentro de discursos de emoções – é pelo idioma da fanfarra sexual e da conquista, não da linguagem do romance, que a masculinidade é afirmada. Encorajados a localizar o núcleo central de suas identidades no mundo ‘externo’, homens geralmente aprendem a expressar sentimentos de amor ou amizade através de ‘fazer coisas’ [sic – “doing things”] e em atividades compartilhadas ao invés de revelações íntimas [de seus sentimentos]. Mulheres, ao contrário, são socializadas na definição de si mesmas em termos de relacionamentos e, através do penetrante idioma da ficção romântica, são encorajadas a abraçar não apenas revelações [íntimas], mas a noção de sacrifício-próprio em nome do “amor”.

⁵⁰ cf. DUNPHY, Richard. **Sexual politics. An Introduction**. 1. ed. Edinburg: Edinburg University Press, 20002000, p. 80 – tradução nossa.

⁵¹ Assim, gênero é o conjunto de normas, valores, costumes e práticas pelas quais a diferença entre homens e mulheres é culturalmente significada e hierarquizada. Envolve todas as formas de construção social das diferenças entre masculinidade e feminilidade, conferindo sentido e inteligibilidade social às diferenças anatômicas, comportamentais e estéticas. Contemporaneamente se compreende que não há linearidade na determinação do sexo sobre o gênero e sobre o desejo, sendo o gênero uma construção individual, social e cultural que sustenta a apresentação social da masculinidade e/ou da feminilidade por um indivíduo (Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, p. 50).

gico⁵².

A identidade de gênero constitui-se no entendimento que a pessoa tem relativamente ao gênero do qual faz parte⁵³. Transexual é a pessoa na qual há dissociação entre o seu sexo biológico e a sua identidade de gênero (ou seja, entre seu sexo físico e seu sexo psíquico) – para usar uma expressão já consagrada neste campo, é a pessoa tem a convicção de que nasceu no corpo errado⁵⁴. É o caso do homem que se entende como mulher e da mulher que se entende como homem. Daí se percebe

a clara distinção entre homossexuais e transexuais: enquanto os segundos não se identificam com seu sexo biológico, os primeiros identificam-se com ele e, apesar disso, possuem sentimento erótico-afetivo direcionado a pessoas do mesmo sexo.

Feitas as delimitações conceituais necessárias, passa-se agora ao objeto central deste artigo, a saber: a demonstração do direito das minorias sexuais a uma especial proteção jurídica do Estado.

⁵² Para maiores digressões sobre o tema, vide a excelente obra de João Silvério Trevisan acerca da crise da masculinidade. Segundo o autor (TREVISAN, João Silvério. **Seis balas num buraco só: a crise do masculino**. 1. ed. Rio de Janeiro Editora Record, 1998, pp. 39-42):

“Assim como existem muitos homens cordatos, as mulheres não são necessariamente e sempre delicadas, por natureza. Entre os índios brasileiros, por exemplo, os traços físicos distintivos dos dois gêneros são muito menos claros do que em nossa cultura urbana: para os nossos olhos, uma índia nhambiquara parece ‘menos’ feminina e um guerreiro kraô pode ser ‘menos’ masculino. A força masculina e a delicadeza feminina são, portanto, atributos que foram construídos de um modo ou de outro, a partir de algum momento, na história da cultura patriarcal. Ou seja, o masculino e o feminino não podem ser tomados como realidades objetivas e imutáveis.”

[...]

“A virilidade, segundo Badinter, não é um dom. Ao contrário, deve ser ‘fabricada’ de acordo com um referencial: o ‘verdadeiro homem’ – uma figura ilusória e utópica que o macho precisa alcançar através de deveres e provações, para mostrar que também é um. Em outras palavras, o varão é ‘uma espécie de artefato e, como tal, corre sempre o risco de apresentar defeito’. Isso torna a virilidade uma carga pesada, desde muito cedo. O macho dominante tem que estar sempre pronto a comprovar sua força. [...] Tais ritos iniciáticos masculinos presentes em dezenas de culturas arcaicas indicam que, diferentemente das mulheres, para ‘ser homem’ é preciso tornar-se homem. Em outras palavras, ‘o caminho para a masculinidade precisa ser conquistado’, ao mesmo tempo em que permanece sempre possível o risco de perdê-la – nas palavras do psicanalista Paulo Roberto Ceccarelli”

[...]

“Curiosamente, entre as meninas de ontem e de hoje, a ‘passagem’ para a feminilidade é marcada naturalmente pela primeira menstruação, sem necessidade de provas. Nas culturas antigas, o rito de iniciação feminina, quando existia, encontrava-se basicamente ligado à fertilidade. Segundo Paulo Roberto Ceccarelli, se a feminilidade tem ligação direta com a procriação, a masculinidade ‘está construída num espaço social e político’. Assim, enquanto o feminino tem uma identidade mais configurada, graças à sua relação com a natureza, o masculino depende de circunstâncias social e culturalmente mutáveis, o que o torna fragilizado e permanentemente ameaçado. De algum modo, seu desenvolvimento deve ser provocado, sob o risco de não despertá-lo, e precisa ser protegido através de proibições rigorosas, sobretudo para resguardá-lo do ‘contágio’ do feminino [...]. Em resumo, segundo Ceccarelli, a masculinidade não é uma ‘aquisição definitiva’; antes ‘resulta de um trabalho constante’, de modo que a posse do pênis não constitui, por si mesma, nenhuma garantia palpável de virilidade. Na busca da masculinidade, o homem tem sempre presente ‘o fantasma de estar privado dela’” (grifos nossos).

⁵³ Segundo os **Princípios de Yogyakarta**, em definição ratificada pelo Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, 2008, p. 51:

Compreendemos [como] a identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

⁵⁴ “Sendo o fator psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se como sexo oposto, embora dotado de genitália externa e interna de um único sexo” (D’ELLAS, Movimento. **Direitos Humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D’ELLAS, 2005, p. 16). Destaque-se apenas que a Organização Mundial de Saúde ainda considera a dissociação entre sexo físico e sexo psíquico uma patologia (qualificando-a como uma disforia de gênero), donde a ciência médica ainda se utiliza do termo transexualismo (o sufixo “ismo”, na ciência médica, significa “doença”,

4.1 As Minorias Sexuais como mercedoras de especial proteção do Estado

Preliminarmente, reitere-se que aqui se entende que as minorias sexuais são formadas atualmente por homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, razão pela qual esses termos serão usados como sinônimos daquela expressão (minorias sexuais).

Que homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais constituem-se como grupos fortemente discriminados e estigmatizados ao longo da história no seio de nossa sociedade heterossexista é algo notório e inegável por quem tenha um mínimo de conhecimento da história humana em relação a tais grupos. Com

efeito, a partir da Idade Média, com a chegada da Igreja Católica Apostólica Romana ao poder político fático no mundo ocidental, a perseguição a todos aqueles que tinham uma conduta sexual não-heterossexual passou a ser institucionalizada, nos Estados de então, com a criminalização do ato sexual com pessoas do mesmo sexo, com severas (e desumanas) punições a tais pessoas, como os trabalhos forçados sem remuneração e mesmo a fogueira, com a declaração de indignidade inclusive dos descendentes da pessoa queimada⁵⁵.

Até o final do século XX, a conduta homossexual era fortemente discriminada no mundo inteiro, sendo que somente

ao passo que o sufixo “dade” significa “modo de ser”). Contudo, o uso do sufixo “dade” é feito por autores que defendem (com razão, a nosso ver) a experiência transexual como uma questão de gênero e não uma doença, reivindicando, assim, a despatologização da condição transexual – é o caso, por exemplo, de Berenice Bento, para quem “a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero”, sendo os transgêneros pessoas que “ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência”. Isso porque, segundo a autora, enquanto o heterossexismo social afirma que “os gêneros inteligíveis obedecem à seguinte lógica: vagina-mulher-feminino versus pênis-homem-masculino”, de sorte a institucionalizar o entendimento de que a complementaridade natural seria a prova inquestionável de que a humanidade seria necessariamente heterossexual e que os gêneros só teriam sentido quando relacionados às capacidades inerentes de cada corpo [ou seja, uma construção identitária que ligue necessariamente o sexo biológico do homem ao gênero masculino e o sexo biológico da mulher ao gênero feminino], por conta dessa presunção heterossexista, a transexualidade passa a representar um perigo para estas normas de gênero, “à medida que reivindica o gênero em discordância com o corpo-sexuado”. Assim, a patologização da transexualidade foi uma das formas encontradas pela ideologia heterossexista para continuar a defender a heterossexualidade como uma sexualidade admissível, pois se as ações empíricas não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir das suposições oriundas das normas de gênero heterossexistas, ocorre a desestabilização dessas normas de gênero, normas estas que se defendem geralmente pelo uso da violência física e/ou simbólica para manter essas práticas dissonantes às margens daquilo considerado por aquelas como humanamente normal, donde “o processo de naturalização das identidades e a patologização fazem parte desse processo de produção das margens, local habitado pelos seres abjetos, que ali devem permanecer” [por decisão arbitrária da ideologia dominante]. (cf. BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. 1. ed. São Paulo Editora Brasiliense, 2008, pp. 15, 18, 31-35). Recomenda-se a leitura integral da obra para se compreender com maiores pormenores todas as nuances do tema. Por outro lado, considerando que saúde é definida pela Organização Mundial de Saúde como o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social e não o mero estado de não patologia, consideramos que o transexual pode ser considerado como de saúde prejudicada não por ser detentor de uma patologia, mas por não ter um bem-estar psíquico e/ou social por conta da dissociação de seu sexo físico em relação a seu sexo psíquico, podendo a expressão disforia de gênero ser entendida nesse contexto.

⁵⁵ Este parágrafo é uma simplificação que não explica diversas nuances da parcial aceitação do ato sexual com pessoas do mesmo sexo anteriormente à Idade Média e mesmo à forma dessa perseguição. Para tanto, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho 2008, Capítulo 1 (que relata a evolução histórica do tratamento dispensado às pessoas não heterossexuais), capítulo este que sintetiza criticamente as obras de SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma justiça. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record. Tradução de Rubem Mauro Machado. Título Original: **Homosexuality: A History**. 1999 e de TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 2004.

a partir da década de 1970, com a luta do Movimento Homossexual nos EUA e em alguns outros países, a questão dos direitos dos homossexuais passou a ser encarada sob o prisma da cidadania, ou seja, como o direito a ter seus direitos de cidadãos⁵⁶ – direito ao respeito, à integridade física e psicológica, à privacidade, à intimidade etc. Mesmo hoje, época tida como mais liberal em relação a homossexuais, que começam (alguns) a assumir sua homossexualidade publicamente e a ganhar visibilidade, ainda persistem discriminações sociais contra os não heterossexuais, com assassinatos e agressões motivadas pelo ódio homofóbico, além da forte repressão de diversas pessoas a manifestações públicas de afeto que são amplamente toleradas quando praticadas por pessoas de sexos diversos – para citar apenas alguns exemplos ainda cotidianos.

Assim, percebe-se que homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais se enquadram em todos os critérios que a Suprema Corte Estadunidense entende como qualificadores de uma classificação suspeita para fins de discriminação jurídica, a saber: (i) sofrem um intencional tratamento desigual ao longo da história por parte da sociedade heterossexista; (ii) são estigmatizados por rótulos que os classificam como inferiores a heterossexuais; (iii) são alvo de difundido preconceito e hostilidade da sociedade heterossexista; (iv) são alvo de presun-

ções estereotipantes sobre suas habilidades, presunções estas resultantes do tratamento desigual sofrido; (v) constituem minorias discretas e isoladas cuja participação política encontra-se seriamente restringida em virtude do preconceito (basta ver que os projetos de lei existentes no Congresso Nacional sequer são votados, tal o ódio homofóbico que os parlamentares conservadores possuem contra a homossexualidade); (vi) a orientação sexual e a identidade de gênero são características pessoais imutáveis de tais indivíduos (ou, ainda que se entenda que fossem mutáveis, esta suposta mutabilidade demandaria um ajuste extremamente dificultoso e traumático, o que se enquadra neste conceito de relativa imutabilidade); e (vii) a irrelevância da orientação sexual e da identidade de gênero para a atuação/participação perante a sociedade.

Portanto, fica claro que as minorias sexuais são minorias merecedoras de especial proteção jurídica, na medida em que são grupos vulneráveis perante a sociedade em geral, vulnerabilidade esta agravada pelo fato de serem efetivamente homossexuais, bissexuais e transexuais, grupos numericamente minoritários na sociedade, donde acabam sendo alvo de diversos totalitarismos por parte da maioria homofóbica da população. O termo totalitarismo não constitui exagero, na medida em que a sociedade heterossexista sistematicamente persegue as minorias sexuais,

⁵⁶ Consoante a notória definição de cidadania de Hannah Arendt, entendida como o *direito a ter direitos* (ARENDR apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>>. Acesso em 30/01/2009).

com a agravante de os parlamentares conservadores⁵⁷ fazerem tudo que está ao seu nefasto alcance para barrar projetos de lei que visem reconhecer algum direito às minorias sexuais.

Dessa forma, fica claro que as minorias sexuais são merecedoras de uma especial proteção do Estado por conta do aspecto material da isonomia, na medida em que este permite diferenciações jurídicas quando existente uma motivação lógico-racional que as justifique com base no cri-

tério diferenciador erigido⁵⁸. Com efeito, considerando que as minorias sexuais são fortemente perseguidas no meio social, mediante ofensas, agressões físicas/psicológicas e mesmo assassinatos, afigura-se plenamente lógico-racional que se realizem ações afirmativas destinadas a combater essa forte discriminação social existente contra elas, assim como a aprovação de leis que punam civil, administrativa e/ou criminalmente as pessoas que discriminem as minorias sexuais⁵⁹.

⁵⁷ Em geral, fundamentalistas religiosos eleitos para o fim específico de fazer valer os dogmas de suas religiões no Estado, em flagrante violação ao princípio do estado laico constante do art. 19, inc. I, da CF/88, na medida em que este veda relações de “dependência ou aliança” com religiões e instituições religiosas quaisquer, ao passo que fundamentações religiosas na aprovação/rejeição de projetos de lei implicam inequívoca aliança com a religião em questão. Para uma análise detida acerca do conteúdo jurídico do princípio do Estado Laico, definido como aquele que não se confunde com determinada religião, não adota uma religião oficial, permite a mais ampla liberdade de crença, descrença e religião, com igualdade de direitos entre as diversas crenças e descrenças e no qual fundamentações religiosas não podem influir nos rumos políticos e jurídicos da nação, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho 2008. Para uma análise da consequência prática de dita vedação de utilização de fundamentações religiosas para pautar decisões políticas e jurídicas – sobre a inconstitucionalidade de: (i) afixação de símbolos religiosos em órgãos públicos; (ii) custeio de despesas de instituições religiosas e chefes religiosos – com enfoque no caso do chefe da Igreja Católica; (iii) concordatas com o Vaticano; (iv) aceitação de cartas psicografadas como provas; e, por fim, (v) comentário crítico sobre a posição de outros autores, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho 2008c.

⁵⁸ cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho ,2008a, pp. 116-125 e MELLO, 2003, pp. 23-42.

⁵⁹ A criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero está sendo discutida no Congresso Nacional desde 2001. Com efeito, o PLC n.º 122/06 (Projeto de Lei da Câmara, por já aprovado na Câmara dos Deputados) visa criminalizar a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, incluindo-a no tipo penal de racismo. Lembre-se, nesse sentido, que o tipo penal de “racismo” engloba hoje a discriminação por cor de pele, origem nacional, etnia e religião, sendo que a esse rol pretende o citado projeto de lei incluir a orientação sexual e a identidade de gênero. Há ferrenhos opositores a essa inclusão, sob o fundamento de que a “liberdade de expressão” estaria afrontada, sendo que homossexuais estariam sendo alçados a uma “casta superior” da sociedade. Contudo, trata-se de equívocos gritantes. Em primeiro lugar, porque não é a “discriminação homofóbica” que estará sendo criminalizada, mas a discriminação “por orientação sexual”, donde heterossexuais discriminados também estarão sendo vítimas do novo crime (à exceção de um dispositivo, referente à discriminação no mercado de trabalho, especificamente voltado à discriminação homofóbica, o que mesmo assim se justifica pelo aspecto material da isonomia, pois heterossexuais não são demitidos nem discriminados no mercado de trabalho devido a sua orientação sexual, ao contrário de homossexuais). Segundo, ninguém tem o direito de ofender ninguém, pois a liberdade de expressão não garante o direito a ofensas e à difusão de mentiras. Criticar um homossexual por sua homossexualidade é algo tão ilógico quanto criticar um negro por sua cor de pele, visto que (como a cor de pele) a sexualidade não tem nenhuma relação com caráter, criminalidade, promiscuidade, pedofilia nem nada do gênero (associações que por vezes são arbitrariamente feitas à homossexualidade por homofóbicos pessoas que desconhecem o tema). Terceiro, a discriminação por orientação sexual sofrida por homossexuais é tão histórica e estigmatizante quanto a discriminação por cor de pele, origem nacional, etnia e religião; logo se a discriminação por esses critérios pode gerar o crime de racismo, não há nenhum óbice que a orientação sexual também o seja, ante o aspecto material da isonomia (explicitado no capítulo seguinte). Por fim, não há afronta à liberdade religiosa (de crença, culto etc) porque evidentemente não se punirá a afirmação da homossexualidade como pecado, pois há “livros sagrados” a determinadas religiões que isto afirmam em sua literalidade (embora, ao menos no caso da Bíblia, a interpretação histórico-crítica demonstre não haver nada pecaminoso na homossexualidade, como demonstram estudos específicos do tema – como o de HELMINIAK, Daniel. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Tradução de Eduardo Teixeira Nunes. 1. ed. São Paulo: GLS Edições, 1998). O que se criminalizará é a discriminação, a ofensa, a humilhação do homossexual. Afinal, uma coisa é um religioso dizer em seu templo de culto, em uma abordagem da homossexualidade, que “a homossexualidade é pecado”. Outra bem diferente é afirmar que o homossexual seria uma pessoa sem caráter, inerentemente promiscuo, incapaz de criar um menor de idade com amor e dedicação etc. No primeiro caso, tem-se a descrição de algo que está escrito em um livro religioso, em que a liberdade religiosa aliada à liberdade de expressão permite a divulgação; no segundo caso, têm-se afirmações não referendadas pela literalidade de nenhum livro religioso e sem nenhuma comprovação empírico-científica que fundamente, pautadas unicamente no subjetivismo (*vulgo achismo*) daquele que faz tais afirmações, de sorte a configurar um verdadeiro

Destaque-se que ações afirmativas não se confundem com quotas de qualquer espécie (em universidades, no mercado de trabalho etc). Ações afirmativas correspondem a gênero do qual as quotas configuram mera espécie. Ações afirmativas podem ser definidas como políticas públicas destinadas a combater determinada situação de preconceituosa discriminação fático-social tida pelo Governo como pernicioso à vida em sociedade, visando obter a real isonomia social (igualdade substancial/material)⁶⁰. Assim, podem abranger desde simples políticas de conscientização contra o preconceito so-

cial, políticas de concessão de incentivos àquelas pessoas que ajam em conformidade com a política pública afirmativa em questão, políticas de concessão de quotas em universidades ou no mercado de trabalho de sorte a garantir a diversidade social em tais ambientes etc. Consideramos inadequada a criação de um rol taxativo de espécies de ações afirmativas – somente a realidade empírico-social concreta poderá determinar quais são as políticas públicas afirmativas necessárias à garantia do pluralismo no meio social. Lembre-se, ainda, de que o que se combate por meio de punições estatais é a discriminação e

discurso de ódio puramente discriminatório. Assim, no primeiro caso, não ocorrerá a tipificação do crime mesmo com a aprovação do PLC 122/06, tipificação que ocorrerá no segundo caso. Afinal, a liberdade de expressão não abarca discursos de ódio, mesmo que praticados sob o escudo da liberdade religiosa (para fins históricos, cumpre lembrar que a Ku Klux Klan era uma organização terrorista que se dizia pautada na ideologia cristã, pregava negros como seres inferiores aos brancos, ou seja, defendiam e pregavam abertamente a inferioridade de negros, ofendiam-nos tachando-os de “animais” e outros impropérios do gênero. Pois bem: da mesma forma que a liberdade de expressão aliada à liberdade religiosa não protegia os discursos de ódio perpetrados pela Ku Klux Klan contra negros, elas igualmente não protegem discursos que menosprezam os não heterossexuais em relação aos heterossexuais, visto que tal menosprezo configura discurso de ódio ou, no mínimo, um discurso preconceituoso puramente discriminatório, visto que desprovido de comprovação empírico-científica e mesmo de argumentos lógico-rationais que os justifiquem. Por fim, quanto ao argumento relativo ao princípio da taxatividade penal, não há nada de “vago”/“indeterminado” no §5o do art. 20 que o PLC 122/06 visa acrescentar. Ora qualquer pessoa sabe o que significa “ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória”. Violência é a ofensa física ou psicológica. Constrangimento é o ato de compelir alguém a fazer algo que não queria. Intimidação é a imposição de medo em alguém para que faça algo de que não gostaria (análogo ao constrangimento). Vexame é a humilhação, o desrespeito que expõe a pessoa a abalos em sua honra. Logo, não há nenhuma afronta à taxatividade pelo citado dispositivo de *lege ferenda*. De qualquer forma, é curioso como os opositores do PLC 122/06 invocam a taxatividade criminal sem atentar para o atual Código Penal Brasileiro e para a atual Lei de Racismo (Lei 7.716/89): ora, sobre o Código Penal, o que é “motivo torpe” ou “motivo fútil” (art. 121, §2o, I e II), agravantes do crime de homicídio? O que é estado puerperal (art. 123), caracterizador do infanticídio? Quanto à “rixa” (art. 137), o que configura este tipo penal? O que é “ofender a dignidade e o decoro” (art. 140), conduta caracterizadora do crime de injúria? O Código Penal não o diz em nenhum destes casos; quem o faz é a doutrina especializada e a jurisprudência. Sobre a Lei de Racismo, o que é “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito”, conduta prevista no art. 20 da Lei de Racismo? A lei também não o diz: quem o faz é a doutrina especializada e a jurisprudência. Enfim, conceitos jurídicos indeterminados (aqueles não definidos pela lei) sempre foram consagrados como tipos penais, não bastando sua indeterminação legal para afrontar a taxatividade. Assim, sendo claro o conteúdo do conceito jurídico indeterminado (como é o caso de “ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória”), não há afronta nenhuma ao referido princípio da taxatividade penal.

⁶⁰ Segundo J. Edward Kellough, “A ação afirmativa, inclusive aqueles programas com metas e objetivos definidos(as), é concebida como uma parte de maiores tentativas de promover a igualdade de oportunidade”. Em outro trecho, afirma o autor que a ação afirmativa “visa suplementar anteriores tentativas de promover a igualdade de oportunidades requisitando, das organizações, agir de uma forma afirmativa para diminuir e superar os efeitos da discriminação direcionada contra grupos como minorias e mulheres sem esperar por reclamações individuais” (KELLOUGH, J. Edward. **Understanding affirmative actions. Politics, discrimination and the search for justice**. 1. ed. Washington: Georgetown University Press, 2006, pp. 9 e 10 – tradução nossa). Segundo Daniel Sarmento, políticas de ações afirmativas “são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social” (SARMENTO, Daniel. Livres e iguais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p. 154).

não o puro e simples preconceito. Com efeito, enquanto o preconceito é o arbitrário juízo mental negativo em relação a determinada pessoa (arbitrário porque desprovido de motivação lógico-racional que lhe fundamente), a discriminação é a materialização do preconceito por meio atitudes que causem a violação de direitos às pessoas discriminadas. Nesse sentido, em que pese a origem etimológica do termo homofobia designar apenas pavor/aversão contra homossexuais, esta palavra significa, atualmente, preconceito ou

discriminação contra homossexuais que, aliás, sempre esteve presente no pavor e/ou na aversão da origem etimológica. De qualquer forma, esse é o significado que se dá, no presente artigo, a homofobia: preconceito ou discriminação contra homossexuais⁶¹.

Ademais, é claro que as referidas as ações afirmativas e legislações punitivas de discriminações deverão passar ainda pelo crivo do princípio da proporcionalidade⁶² (além do crivo da isonomia material), ou seja, deverão ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito⁶³ para

⁶¹ Nesse sentido, afirma **Roger Rauup Rios** que:

Preconceito é o termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, em que estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior [abordagem psicológica] [...] o preconceito é 'definido como uma forma de relação intergrupal onde, no quadro específico das relações de poder entre grupos, desenvolvem-se e expressam-se atitudes negativas e depreciativas além de comportamentos hostis e discriminatórios em relação aos membros de um grupo por pertencerem a este grupo (Camino & Pereira, no prelo) [abordagem sociológica] [...] homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais [...] [sendo que] as idéias de 'aversão a homossexuais' e de 'heterossexismo' operam como pontos de convergência de algumas das controvérsias aludidas, possibilitando examinar o estado da arte destes estudos e uma análise da homofobia dentro do paradigma dos direitos humanos [...] o próprio termo [homofobia] foi cunhado a partir de elaborações psicológicas [...] [com o significado de aversão, sendo objeto de condenação do heterossexismo, entendido como] um sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito [...] [sendo que, nesse sentido.] A relação umbilical entre sexismo e homofobia é um elemento importantíssimo para perceber a homofobia como derivação do heterossexismo [...] [pois] A homofobia revela-se como contraface do sexismo e da superioridade masculina, na medida em que a homossexualidade põe em perigo a estabilidade do binarismo das identidades sexuais e de gênero, estruturadas pela polaridade masculino/feminino [...] [já] o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados [...] [donde] fica claro que a indivíduos e grupos distantes dos padrões heterossexistas é destinado um tratamento diverso daquele experimentado por homossexuais ajustados a tais parâmetros. Essa experiência, comumente designada pelo termo 'homofobia', implica discriminação, uma vez que envolve distinção, exclusão ou restrição, prejudicial ao reconhecimento, ao gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais [cabendo anotar que o autor vislumbra no termo discriminação uma carga inerentemente negativa, de diferenciação prejudicial e injusta [o que, a nosso ver, tem certa razão, mas não precisa ser entendido dessa forma, bastando que se adjective a discriminação de positiva/benéfica ou negativa/prejudicial] (RIOS, 2006, pp. 113-114, 118-120, 122, 128-129 e 131-134)

⁶² Não se desconhece a crítica segundo a qual a proporcionalidade não poderia ser um *princípio* porque ela não poderia ser ponderada com outros princípios, justamente por ser ela quem determina a ponderação. Contudo, além de não nos limitarmos a classificar princípios como meros mandamentos de otimização (já que, segundo pensamos, princípios são mandamentos nucleares do sistema, em questão que não cabe aqui desenvolver), cite-se aqui a correta colocação de **Luís Roberto Barroso** e **Ana Paula de Barcellos**, no sentido de que "O emprego do termo princípio, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação", razão pela qual "Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta" (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.a. Ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife, 2006, p. 361). É o caso do princípio instrumental da proporcionalidade.

⁶³ É notória e uníssona a doutrina que vê, no princípio da proporcionalidade, a existência dos três sub-princípios: da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em síntese, a adequação significa que a medida impugnada deve estar apta a atingir o fim por ela pretendido; a *necessidade* aponta que deve ser utilizado o meio menos gravoso para atingir

que tenham sua constitucionalidade reconhecida, o que demandará um estudo de cada lei efetivamente aprovada para ver se ela respeita os ditames do princípio da proporcionalidade. Contudo, isso não diminui a importância da conclusão aqui estabelecida no sentido de que ações estatais destinadas a combater a discriminação homofóbica e mesmo a dissipar o preconceito homofóbico são constitucionais e, inclusive, constitucionalmente obrigatórias por força do art. 3º, incs. I, III e IV, da CF/88, segundo o qual é dever do Estado construir uma sociedade justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais (como as hoje existentes entre heterossexuais e não heterossexuais) além de promover o bem-estar de todos (obviamente, também das minorias sexuais), sem discriminações arbitrárias de qualquer natureza.

Conclusão

Ante o exposto, fica claro que:

(i) as ações afirmativas são medidas estatais destinadas a promover a igualdade material mediante compensações aptas a ajudar na superação das desigualdades fáticas existentes, mediante discriminações positivas em prol dos integrantes dos grupos que se encontram em situação desfavorável em razão do histórico de

discriminação e/ou estigmatização social contra eles;

(ii) as minorias sexuais se enquadram em todos os critérios (assistemáticamente) utilizados pela Suprema Corte dos EUA para a definição das chamadas classificações suspeitas e, portanto, para a definição de minorias merecedoras de especial proteção jurídica;

(iii) as minorias sexuais são merecedoras de especial proteção jurídica do Estado, devido à histórica discriminação social por elas sofrida ao longo da história, o que justifica sua discriminação positiva por força do aspecto material da isonomia, cabendo a análise não do cabimento de políticas públicas que visem combater a discriminação social contra elas, mas apenas quanto à sua necessidade lógico-racional (isonomia material) e à proporcionalidade das ações afirmativas e legislações punitivas de condutas discriminatórias efetivamente criadas para combater a discriminação social existente contra as minorias sexuais – lembrando-se apenas que as minorias sexuais são formadas atualmente por homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais e que se trata de uma expressão que não abarca a prática sexual pedófila/pederasta.

aquele fim; por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* significa que o que se ganha com a restrição deve ser maior do que o que se perde com ela, o que se verifica por uma ponderação entre os direitos em conflito para apurar qual deles deverá ser sacrificado (na menor medida possível), por ser menos relevante, ou, se possível, qual a forma de compatibilização entre eles para evitar o conflito efetivo e acabar com a tensão existente (cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico**. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 05 julho, 2008a, p. 140). Nesse sentido, cite-se, exemplificativamente, as obras de BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 229; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 269-270 (que apresenta como sinônimos para adequação e necessidade, respectivamente, os termos conformidade e exigibilidade); MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. 3. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 50; e PEREIRA, 2006, pp. 324-358 (que nomina o sub-princípio da adequação como sub-princípio da idoneidade).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Direitos das minorias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife, 2006.

BENTO, Berenice. **O que é a transexualidade**. 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

D'ELLAS, Movimento. **Direitos humanos e contribuição à cidadania homossexual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Movimento D'ELLAS, 2005.

DUNPHY, Richard. **Sexual politics. An introduction**. 1. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

HELMINIAK, Daniel. **O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Tradução Eduardo Teixeira Nunes. 1. ed. São Paulo: GLS Edições, 1998. Título no original: *What the Bible really says about homosexuality*.

KELLOUGH, J. Edward. **Understanding affirmative action. Politics, discrimination and the search for justice**. 1. ed. Washington: Georgetown University Press, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>>. Acesso em 30/01/2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 11. Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, Maio-2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. 3. Tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar, 2003.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Julho/2007. In: <www.sxpolitics.org/mambo452/index.php?option=com_docman&task=doc_download&tgid=34>. Acesso 07/07/2008).

RAMSEY, Gerard. **Transexuais: perguntas e respostas**, Tradução: Rafael Azize, 1 ed., São Paulo: Edições GLS, 1998.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. 1.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

RIOS, Roger Raupp, **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. 1. ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica.1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. 2 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, Tradução de Rubem Mauro Machado. Título Original: *Homosexuality: A History*, 1999.

Texto-base da conferência nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. **Direitos humanos e políticas públicas**: o caminho para garantir a cidadania de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, 2008, Presidência da República: Secretaria Especial de Direitos Humanos.

TREVISAN, João Silvério. **Seis balas num buraco só**: A crise do masculino. 1 ed., Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 6 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos, 1 ed., São Paulo: Editora Método, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do estado laico. Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11457>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Laicidade estatal tomada a sério**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11463>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

WINTEMUTE, Robert. **Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Constitution and the Canadian Charter**, 2 ed., Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996.

WUCHER, Gabi. Minorias. **Proteção internacional em prol da democracia**. 1 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.