



## **HOMOSSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS**

Salette Maria da SILVA<sup>1</sup>

### **Resumo:**

Neste artigo a investigação se detém em discutir aspectos das questões que envolvem Homossexualidade e Direitos Humanos, traçando a trajetória de luta dos homossexuais por se verem (re)conhecidos enquanto sujeitos de direitos, numa perspectiva de construção jurídico-política da militância e *advocacy* em novos direitos.

**Palavras chave:** homossexualidade –direito- homofobia – direitos humanos

### **Homossexualidade: um problema jurídico?**

O espectro da homossexualidade ronda a sociedade humana.

A sociedade, por seu turno, é regulada, organizada por normas jurídicas. O Direito, portanto, está para a sociedade como instrumento de composição de conflitos, exerce a tarefa de harmonizar as relações entre os indivíduos, membros desta sociedade. Ao fim de tudo, o Direito pretende ensejar a máxima realização dos valores humanos, com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério, para tanto, é o do justo, do equitativo, consoante convicções prevalentes em determinado tempo e lugar.

No atual estágio da sociedade humana, a busca pela efetivação dos princípios de igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana ainda ocupam páginas de Tratados, de Convenções e Textos Constitucionais. Objetivam todas as sociedades, através dos Estados nos quais se converteram, contemplar, por meio do Direito, todas as situações humanas, protegendo as relações, evitando desigualdades, dignificando os seres.

Tudo, portanto, no mundo social, diz respeito ao Direito. Cabe, então a pergunta: exceto a homossexualidade?

O jurista Fábio Konder Comparato, falando aos juízes na comemoração dos dez anos da Associação Juizes para a Democracia, da qual resultou a obra *Direitos Humanos, Visões Contemporâneas* (2001:15), afirmou estar convencido de que *'o primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza'*.

João Baptista Herkenhoff, em saudação aos calouros do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Vitória-ES, transcrita na *Revista Signus* (2001:56), asseverou, citando Dinamarco, que *"o Direito deve ser instrumento de felicidade; não pode estar dissociado da vida, do cotidiano, (...) deve ser instrumento de humanização, de crescimento da pessoa humana."*

Carnelutti, em seu *A Arte do Direito*, traduzido por Ricardo Dama (2001:14) esclareceu: *"O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar a sua estabilidade."*

---

<sup>1</sup>Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri-URCA/Crato-CE

Para estes juristas, portanto, nada que é humano pode ser estranho ao Direito. Deste modo, de certo, responderiam positivamente à questão acima colocada.

Contrariando, todavia, as humanísticas afirmações dos referidos mestres - com a qual inteiramente concordam uma expressiva quantidade de operadores do direito no Brasil - exsurge a realidade fática, quotidiana, onde a homossexualidade sobrevive e se manifesta no *underground* da história, no submundo social, no subterrâneo da existência, à margem das estruturas e das idéias políticas, jurídicas e culturais que compõem os chamados estados de direito e as (re)conhecidas democracias modernas.

O Relatório Azul da Assembléia Legislativa gaúcha (1994/7), traduziu, em apertada síntese, um pouco das intempéries e vicissitudes comuns à "existência gay". Em geral, constituem inquestionáveis atentados à dignidade da pessoa humana, dada a vileza dos atos e o caráter do discrimen. Com os seguintes dizeres foram catalogadas as manchetes:

*Porteiros impedem o ingresso de homossexuais; homossexuais são demitidos; concurso à carreira diplomática inclui questões sobre preferência homo ou heterossexual; comandos caça viado (sic) e lésbicas germinam em todo o Brasil; site na internet ensina como matar gays; homossexuais são internados pela família; a vítima homossexual tem tal condição omitida pela família quando do registro policial; os operadores da mídia irresponsavelmente veiculam o preconceito e a homofobia;(…) sapatona, puto, boiola, veado, bicha, maricas são comumente utilizados como adjetivos pejorativos no intuito expresso de desprezo, indistintamente de classe social; procedimentos discriminatórios de peritos e auxiliares da Justiça erguem barreiras à apuração e punição dos crimes contra homossexuais; militares gays são afastados; a polícia extorque homossexuais sob pena de tornar pública sua condição.<sup>2</sup>*

Os acontecimentos reais, acima expostos, reforçam a indagação formulada, apresentando um rápido panorama da questão e dando a idéia de que a homossexualidade afeta a vida dos homens em suas relações interpessoais, tem implicações sociais e, consoante se registra, a sua não aceitação pode acarretar violações de direitos humanos fundamentais, sendo, portanto, tema merecedor de estudo pela doutrina jurídica, haja vista ser realidade social que, independente de vontades e valores, se apresenta, se manifesta.

Esta temática, no entanto, enfrenta multiplicadas e sérias controvérsias. As posições refratárias à inserção da homossexualidade na pauta jurídica nacional, assumida por considerável parcela de políticos e juristas, se faz sentir em diversos momentos e lugares.

---

<sup>2</sup> Citações extraídas de relatos constantes dos Relatórios Azuis ( Publicação da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do RS) de 1994 a 1997.

Um exemplo sintomático disto aconteceu por ocasião do I Colóquio de Direitos Humanos de São Paulo<sup>3</sup>, destinado a militantes e estudiosos de direitos humanos da África lusófona, América Latina e Timor Leste.

Neste evento, a ausência da questão dos homossexuais na programação em pauta, onde se discutia violações a direitos de todas as minorias sociais, causou polêmica no meio acadêmico e entre militantes presentes.

O fato é que muitos entendiam ser a homossexualidade um problema menor. Para outros, até inexistente, prevalecendo o argumento de que os homossexuais, se continuarem 'ocultos', poderão evitar, *per si*, toda e qualquer forma de discriminação e de violência, o que, no entanto, segundo sustentaram, é impossível para, negros, deficientes e mulheres.

Ou seja, na opinião de muitos a invisibilidade pode solucionar, pelo menos em parte, o problema da discriminação homossexual. Todavia, na concepção de Beto de Jesus<sup>4</sup>, este argumento não passa de explícita homofobia:

*A indiferença com relação à discriminação de que são vítima os homossexualidade, até mesmo a não inclusão de suas reivindicações na pauta de um evento desta envergadura, atesta a homofobia, decorrente da ignorância, presente na mente de muitos defensores dos direitos humanos que, em sua maioria, acreditam ser a homossexualidade uma perversão, ou até mesmo uma safadeza, razão porque não vão perder seu precioso tempo e seu arsenal(sic) teórico na defesa de nossas questões.*  
(informação oral)

Portanto, vê-se que é uma questão absolutamente humana. Trata-se de tema assaz intrigante, de problema que se agiganta e desafia as mais variadas áreas do conhecimento. É situação que exige de todos os estudiosos, mormente dos que produzem a ciência jurídica, posições claras, objetivas, fundadas em argumentos científicos sólidos, desprovidos de preconceitos e voltados para a efetivação dos preceitos que privilegiam a idéia da dignidade humana.

No entanto, a despeito dos argumentos expostos, o tema, ou melhor, o problema da homossexualidade desperta pouco e raro interesse entre os estudiosos da Ciência Jurídica. Esta afirmativa se faz comprovar pela escassa literatura sobre o assunto e pela pouca familiaridade com o tratamento do tema entre os assim chamados 'operadores do direito'.

Este desconforto e, até mesmo este silêncio sobre a questão em comento, que grassa na seara jurídica, pode ter como causa variadas razões; todavia, com irrefutável certeza, a principal delas é mesmo a homofobia - esta intolerância, este ódio, esta aversão ao homossexual; forjada por uma postura histórica e culturalmente construída, tão presente em nossa sociedade e em nossa mente que, apesar da surpresa, acomete, inclusive (e por que não?), os próprios homossexuais.

---

3 Evento realizado pelo Consórcio Universitário de Direitos Humanos, constituído por representantes da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Universidade de São Paulo- USP e da Fundação Ford, ocorrido em maio de 2001.

<sup>4</sup> Ativista gay, organizador da Parada do Orgulho Gay em São Paulo, presente no citado evento.

Inobstante o que se disse acima, reitere-se, não é possível admitir que a homossexualidade, e toda a carga de problemas dela decorrentes, seja uma questão estranha ao Direito, especialmente à Ciência Jurídica, dada a sua natureza, dado o objeto a que ela se dedica, qual seja, as ações, as relações humanas.

Considerando, então, o brocardo jurídico *ubi societas ibi jus* - onde está a sociedade ali está o direito- , e em sendo o homossexual um ser social, participe de relações em sociedade, não é preciso maior esforço para concluir que a questão da homossexualidade, particularmente a discriminação dela decorrente, constitui matéria de interesse jurídico, porquanto nada que cause mal ao ser humano, que viole seus direitos, que fira sua dignidade pode ser imune ao Direito.

A propósito, merecem registro as palavras de Breno Moreira Mussi, desembargador em exercício no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, citado por Rodrigo Pereira (2001:143), apresenta a seguinte posição:

*Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria. É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.*

A homossexualidade, portanto, como uma forma de manifestação da sexualidade humana, merece ser conhecida, pesquisada e amparada pelo mundo do direito, a fim de que os homossexuais, assim como os demais cidadãos que apresentam orientação sexual distinta da maioria, possam gozar dos direitos fundamentais tão amplamente debatidos e defendidos em fóruns nacionais e internacionais sobre Direitos Humanos.

Destarte, por ser o Direito, no dizer de Hanna Arendt, citada por Rodrigo Pereira (2001:13) *uma sofisticada técnica de controle das pulsões*, por constituir um dos elementos do controle social, por se destinar à prescrição do que seja humanamente digno ou indigno, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo, impõe-se afirmar que a homossexualidade constitui, sim, um problema jurídico, e da maior relevância, posto que faz parte da natureza humana, e, sobretudo, porque existe, porque é fato e "*porque aquilo que existe de fato, pelo direito não pode ser negado.*"

## **Homossexualidade e Direitos Humanos**

*"Sem os homossexuais, os direitos não são humanos."*(Movimento Gay)

No campo dos Direitos Humanos, o reconhecimento do direito à orientação sexual tem encontrado alguns obstáculos. Posições divergentes são registradas nos mais variados fóruns de debate no mundo. Tendo a doutrina, acerca

desta questão, segundo afirma Carlucci (2001:28) defendido os seguintes e diferentes pontos de vista:

*A posição que nega tal reconhecimento argumenta que é muito difícil, porque os direitos declarados humanos somente adquirem tal caráter quando a sociedade em seu conjunto os aceita, os admite e os respeita, o que depende de um longo período para sua evolução.*

*O direito à orientação sexual é, segundo afirmam, um direito novo, e, portanto, não assumido ou defendido pela maioria. Dizem, ainda, que este é um direito menor, e que o mundo deve, primeiro, resolver os grandes problemas, econômicos, raciais, por exemplo.*

É importante notar que, apesar desta corrente afirmar ser este um direito novo, a orientação sexual se insere no rol dos direitos de liberdade, havidos pela doutrina internacional sobre direitos humanos, como direito de primeira geração, ou seja, direitos reivindicados nos primórdios da luta por reconhecimento de prerrogativas oponíveis ao Estado.

Uma segunda posição, assumida, inclusive, por alguns juristas americanos, é a de que a orientação sexual é a chave das relações da existência humana, uma questão central para o desenvolvimento da personalidade do homem. Logo, deve ser reconhecida como direito fundamental.

Afirmam que se a orientação sexual não é um problema de escolha, mas que está vinculada às profundas raízes da sexualidade humana, não há razão para ser considerada crime e tampouco deve ser ignorada pelos estudiosos dos direitos humanos.

Esta posição encontra defensores em todo o mundo, apesar de minoritária. Sua concepção é a de que a orientação sexual merece respaldo legal, já que nos Estados cujas Constituições se pretendem democráticas, emerge, como corolário, o princípio da igualdade, vetor que deve guiar a direção das condutas dos entes particulares, bem como do próprio Estado, no sentido do bem comum de todos os membros desta sociedade.

A posição da Corte Européia de Direito Humanos é a de se reconhecer que qualquer proibição legal, no tocante à expressão da orientação sexual, mormente as relações de pessoas do mesmo sexo que prestam consentimento válido, é contrária ao direito fundamental à vida privada, constitui uma intromissão desnecessária do Estado na vida dos indivíduos.

Todavia, em parecer mais recente esta mesma Comissão considerou que alguns direitos derivados do direito de orientação sexual são verdadeiros direitos humanos (como a intimidade), mas outros não são, como o direito de celebrar matrimônio, por exemplo.

Esta concepção é curiosa, pois os direitos sexuais, que compreendem um conjunto de prerrogativas a serem vivenciadas tanto íntima como publicamente, têm sido reivindicados, cada vez mais, como direitos humanos.

O XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong em agosto de 2000 fez menção aos direitos sexuais. Do mesmo modo, no mesmo local e data, a Assembléia Geral da WAS - World Association for Sexology - considerou-os

como parte da própria personalidade humana, afirmando que os mesmos devem ser respeitados e garantidos como verdadeiros direitos inerentes à pessoa, e sem os quais inexiste vivência plena.

A própria Declaração dos Direitos Sexuais, catalogados na mencionada Assembléia, afirma que a sexualidade é parte integrante da personalidade de todo ser humano e que o desenvolvimento total, pleno dos seres, depende da satisfação de necessidades humanas básicas, tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor.

No texto desta declaração também se afirma que a sexualidade *é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais*. E que o total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social.

Neste documento, questões como saúde sexual, integridade, autonomia, privacidade, direito ao prazer, à informação, à educação e à associação, também são referidas como direitos fundamentais; concluindo-se que, para a promoção e realização dos mesmos, impõe-se que os Estados, mediante seus órgãos e funções, reconheçam tais prerrogativas como direitos especiais, como direitos sexuais.

É certo que estes "direitos", acima relacionados, existentes ainda no campo das reivindicações, enumerados por profissionais da área de saúde, bem como por militantes de Direitos Humanos de todos os países do globo, reunidos, conforme se disse, através de Associação Mundial de Sexologia, encontram-se, de alguma forma, subjacentes às postulações de igualdade, liberdade e dignidade humana presentes na quase totalidade de Textos Constitucionais. Portanto, o que interessa é o reconhecimento expresso destas prerrogativas, a fim de que possam, por fim, serem exigidos formalmente do Estado, como nuances das liberdades sexuais.

No Brasil, a compreensão e a defesa dos referidos direitos ainda é bastante incipiente, posto que aqui a própria aceitação da idéia de direitos sexuais constitui um embaraço até mesmo para o diálogo com defensores dos direitos humanos.

Não obstante o que aqui se argumenta, é mister esclarecer que os direitos sexuais acima arrolados são direitos extensivos a pessoas de quaisquer orientação sexual, não constituindo, pois, uma questão de interesse unicamente do ser homossexual.

Por conta disto, a crítica que o Movimento Homossexual faz aos defensores dos Direitos Humanos no Brasil assume tons de denúncia, haja vista a freqüente omissão, quando não o flagrante combate pôr parte dos militantes humanistas à causa homossexual.

Com relação a isto, em texto redigido para Seminário Acadêmico, Luiz Mott, respondendo a pergunta sobre 'pôr que os homossexuais são os mais odiados dentre todas as minorias?', vocifera:

*Mais grave do que o preconceito encontrado entre líderes religiosos e acadêmicos, é a homofonia observada entre as lideranças das instituições voltadas à defesa dos direitos humanos. Hélio Bicudo, D. Alísio Lorschaider, Rabino Henry Sobel, por exemplo, grandes defensores dos direitos humanos, várias vezes divulgaram na mídia opiniões discriminatórias contra os homossexuais, opondo-se radicalmente ao reconhecimento legal da união civil entre pessoas do mesmo sexo.*

Estas posições descritas pelo antropólogo gay refletem o perfil do movimento pelos Direitos Humanos no Brasil. Em que pese o indiscutível progresso neste campo, principalmente as conquistas observadas na defesa das causas feministas, infantis e de portadores de limitações físicas e mentais; no terreno da sexualidade, mais particularmente no trato com a questão da homossexualidade, a atuação de muitos grupos tem se dado, quando muito, no sentido de prestar 'solidariedade', e, na maioria das vezes, à longa distância.

Por estas e outras razões é que o movimento em defesa da livre orientação sexual entende que a menção genérica da igualdade jurídica, contida em todas as Constituições, e que tem sido útil para a iniciativa do presente debate, é, não obstante importante, insuficiente para a defesa de seus direitos.

### **Homossexual – este sujeito (de direitos?)**

O Direito brasileiro, segundo Dagnese (2000:28), no que concerne à questão da homossexualidade, fez referências ao que então se chamava 'sodomia', pela primeira vez nas Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446.

Tais ordenações tinham como fonte o Direito Romano (da Idade Média) e o Direito Canônico, bem como o Livro das Leis e Posturas que regulamentavam as leis dos territórios dominados por Portugal. Segundo estas ordenações *a sodomia era o pecado de todos mais torpe, mais sujo e desonesto*, devendo ser punido com a pena capital.

As Ordenações Filipinas, vigentes em nosso solo até 1830, assinala Roger Raupp Rios (2001:37), eram indiscutivelmente implacáveis:

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

*1. E esta lei queremos, que também se estenda e haja lugar nas mulheres, que umas com as outras cometem pecado contra a natureza, e da maneira que temos dito nos homens.*

*2. Outrossim qualquer homem ou mulher, que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimaria, seja queimado e feito em pó. Porém por tal condenação não ficarão seus filhos, nem descendentes neste caso inabilitados, nem infames, nem lhes fará prejuízo algum acerca da sucessão, nem a outros, que por Direito seus bens devam herdar.”*

Na atualidade, inobstante não oficial, consoante constata a Anistia Internacional e o Movimento Homossexual Brasileiro, a morte continua sendo a pena máxima aplicada àqueles que vivem a livre expressão de sua sexualidade.

Embora sendo signatário da quase totalidade de Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos, e declare expressamente em sua Lei Maior, via princípio da legalidade, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei,” o Brasil ostenta o título de campeão mundial em assassinatos de homossexuais.

Ademais, quando não são mortos, são espancados, discriminados, ridicularizados, segregados e excluídos de ações dos poderes públicos, em particular do legislativo.

Se a ‘sodomia’ não é mais considerada crime em solo brasileiro, por outro lado, a sua livre expressão, tampouco, encontra-se a salvo de proibições. A partir de sua descriminalização, ocorrida ainda na Constituição do Império (o que constituiu um avanço sem igual em todo o mundo, já que os países hoje ditos desenvolvidos, somente em data recente reformularam seus textos legais), outras formas (agora tácitas), de repressão foram criadas, passando a ser enquadradas em novos tipos penais.

Expressões como ‘ofensa à moral e aos bons costumes’, presentes nas leis vigentes em 1839 serviram como meios sub-reptícios para sua condenação.

Mais tarde, no Código Penal republicano (1890) outras figuras foram cunhadas objetivando evitar manifestações homoeróticas. Eram elas: o ‘crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias e ultraje ao pudor’, tendo sido, consoante assinala Dagnese, eventualmente aplicadas aos homossexuais, somando-se a isto a punição para quem se travestisse com roupas impróprias para seu sexo e ao público tentasse enganar.

Seguiu-se a estas normas o Código Penal de 1932, pouco expressivo sobre esta questão. Revogando este, surge o Código de 1940, ainda hoje em vigor, no qual ainda se encontra a figura do crime de ultraje ao pudor, quando o ato obsceno é praticado de forma pública ou o objeto de obscenidade for exposto publicamente.

Durante toda a segunda metade do século XX diversas mudanças foram registradas, mormente em termos de consciência de ‘direitos sexuais’. Algumas manifestações foram desencadeadas em todo o mundo e também no Brasil, das quais, algumas merecem considerações.

Ao longo de seus 500 anos o Brasil registrou diversas batalhas contra a discriminação homossexual. Atos de resistência, quer individual, quer coletiva, pontilharam os anais da história não-oficial deste país.

Assim como os negros, as mulheres e outras minorias discriminadas, *os homossexuais sempre pugnaram por direitos expressamente inscritos nos textos legais (Mott)*. E, mesmo reconhecendo que viver anonimamente, às escondidas, em muitos casos e momentos é menos perigoso, alguns acontecimentos, em face de sua repercussão, mostraram que a homossexualidade nunca se rendeu às leis da Coroa Portuguesa e, tampouco, sucumbiu ante a opressão do regime militar, ou de outros momentos sombrios da história deste país.

Sustenta o professor e antropólogo Luiz Mott (1999) que homens e mulheres homossexuais ajudaram a construir esta Pátria e que muitos deles vieram dos países europeus, degredados em razão de suas feições efeminadas ou masculinizadas.

Estevão Redondo (1547) e Isabel Antônia (1580) foram os primeiros homossexuais portugueses a serem remetidos para cá, tendo sido o primeiro levado para o solo pernambucano e a segunda, para o território da Bahia. Um padre

português, em 1591, chamado Frutuoso Álvares, foi o primeiro homossexual a ser inquirido pela Inquisição, no solo baiano.

Segundo o Grupo Gay da Bahia, organização não governamental de defesa dos direitos homossexuais, Felipa de Souza, é apontada pelas pesquisas subscritas pelo acima mencionado professor como a primeira lésbica a ser chicoteada, publicamente, pela Inquisição no Brasil, em 1592.

Um índio, denominado Tibira Tupinambá é morto, sentenciado pelos frades capuchinhos, em razão da prática da sodomia. Isto em 1613. É a primeira pessoa a quem a Inquisição aplicou a pena capital neste país.

Malgrado as atrocidades descritas, muitos anos depois, em 1959 é editado o primeiro jornal “gay” no Brasil, o Snob, na cidade do Rio de Janeiro.

Informa João Silvério Trevisan (1986), no que é confirmado pelos grupos organizados em defesa dos direitos dos homossexuais, que o movimento homossexual brasileiro teve início “no período de trevas” da vida nacional, quando é fundado, em fins da década de setenta, o primeiro grupo gay do Brasil, o Somos, em São Paulo, cuja primeira aparição pública acontece na USP, em fevereiro de 1979.

A atuação do mencionado grupo era marcada pela bandeira da democracia, da liberdade de expressão, da visibilidade gay. Forjou-se como precursor dos demais grupos e, a princípio, aglomerava militantes gays de diferentes e assumidas posições de esquerda.

Sobre esta questão merece destaque a pesquisa de Napoleão Dagnese (2000:30), dando notícia de que:

*A homossexualidade eclodiria no Brasil da década de 70, quando ocorreu o denominado boom gay, iniciado com a exposição de telas do artista Darcy Penteado -que posteriormente integraria o conselho editorial do jornal Lâmpião (primeiro periódico gay não pornográfico brasileiro). Artistas de renome nacional, como Maria Betânia, Gal Costa, Ney Matogrosso, Leci Brandão e, na década de 80, Cazuza, Marina Lima, Simone e Renato Russo, este já nos anos 90, vieram a público assumindo sua condição. A revista Isto é publica edição de capa com foto de duas mãos masculinas, a respeito das relações homossexuais, seguida das revistas Time, Veja e Época.*

Todavia, a questão da construção do sujeito jurídico não envolve apenas uma posição política. Exige uma batalha jus-política sem igual. A propósito disto, é oportuno rever o magistério de Bobbio (1992:15):

*O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoa (sobretudo as*

*que detêm o poder direito ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.(grifou-se)*

O problema da homossexualidade no Brasil, do ponto de vista jurídico, está exatamente neste patamar. O homossexual é e não é sujeito de direitos no ordenamento jurídico nacional. É reconhecido como pessoa, pode se socorrer do princípio jurídico da igualdade, pode pleitear direitos junto aos Poderes Públicos, mormente no Judiciário; todavia, dependendo do intérprete, da 'cabeça' do juiz, da unidade da federação onde esteja inserido, terá ou não seu direito reconhecido, poderá ou não ser discriminado, será ou não considerado cidadão.

Tudo isto, no entanto, ocorre em face de um ordenamento jurídico que nada diz acerca da homossexualidade, esta forma de orientação sexual praticada por mais de 16 milhões de pessoas no Brasil.

Deixa-se o princípio da igualdade jurídica como preceito geral para deslinde de contendas, em face do qual todos fazem um discurso favorável e, no entanto, na prática, concorrem todos, com seus atos e palavras, para sua eterna inaplicabilidade.

Neste sentido, em que pese serem concordes todos os juristas nacionais na compreensão da supremacia dos princípios sobre as regras, a realidade fática demonstra, em sobejados exemplos, que a garantia de que necessitam as minorias discriminadas não é de ordem abstrata, genérica, mas de caráter específico, objetivo, concreto.

Não fosse desta maneira, todos os Tribunais Superiores atualmente no Brasil estariam reconhecendo, sem grandes e traumáticas discussões, os direitos denegados nos juízos monocráticos. Mais que isto: o Congresso Nacional e o Executivo Federal, ambos obrigados pela Carta Superior, independentemente das concepções religiosas e filosóficas dos seus membros cardeais, assumiriam a iniciativa para a concretização dos direitos suplicados pelos homossexuais.

## **Conclusão**

*" O Direito é um dos mais importantes instrumentos da inclusão e exclusão das pessoas no laço social", sentenciou Cunha Pereira. (2002:105). Não se autoriza mais ao Direito viver à margem da sociedade, ignorando fatos que saltam à vista, que compõem o vasto, multifacético, complexo e rico tecido social.*

O problema da homossexualidade deve interessar ao Direito, como aliás, a todos os setores do conhecimento humano, principalmente ao Direito Constitucional. E sendo o Direito instrumento disciplinador de condutas, não pode, nem deve, tentar escondê-las, ocultá-las, omití-las. Serve para harmonizar a sociedade, para orientar e coordenar as ações do julgador, para limitar a função do administrador, e deve, para o legislador, ser ponto de honra, na hora de sua produção, não excluir nem desconhecer pessoas.

Ao longo dos anos, as sociedades sempre procuraram, segundo as idéias religiosas, filosóficas e políticas que as (in)formavam, colocar o selo da legitimidade ou da ilegitimidade nas condutas das pessoas, mormente em suas inclinações e práticas sexuais. Esta praxe da condenação, da segregação, da negação dos 'anormais', dos diferentes, sempre fez com que o direito posto se isentasse de

qualquer ação protetiva daqueles que, em determinada época, fugissem à órbita da regra. Onde e quando o direito se manifestou sobre a homossexualidade foi para de punir, proibir, penalizar.

O reconhecimento do louco, da mulher, do deficiente, do negro e de tantas outras minorias como sujeitos de direito é coisa recente na história da Humanidade. Constitui vitória resultante de diversas e delongadas lutas. Todavia, a idéia de se tutelar os direitos de homossexuais continua sendo quase que totalmente rechaçada em todos os quadrantes da Terra. Excetuando-se uns poucos e isolados países onde se ver inscrito em suas Constituições a vedação à discriminação por conta da orientação sexual, no mais, a homossexualidade continua sendo uma chaga, um mal que merece ser corrigido, ou até mesmo extirpado.

O Brasil, além de se somar aos demais Estados onde inexistente ação positiva contra a discriminação de gays e lésbicas, carrega o rótulo de campeão em assassinatos de homossexuais. Por esta razão, o adolescente movimento gay brasileiro, em sua grande maioria, não se opõe a procurar os órgãos públicos e apresentar estratégias para o combate à homofobia, visando o cumprimento dos preceitos constitucionais, mormente aqueles que se referem ao bem estar de todos os cidadãos.

Esta questão nos remete à invocação dos princípios fundamentais da nossa República, dentre os quais emergem o da dignidade da pessoa humana e da construção de uma pátria para todos, sem discriminação de qualquer natureza.

Destarte, a confirmação (segundo as informações colhidas, ao longo da pesquisa, sobressaindo-se dados do próprio governo) da hipótese anteriormente levantada de que os poderes públicos no Brasil, em que pesem ações paliativas isoladas, continuam omissos, silentes, homofóbicos em relação ao combate à discriminação por orientação sexual.

Nada é ou está de tudo encerrado. Todavia, resta provado que, não obstante a importância de se defender a eficácia e aplicabilidade do princípio isonômico, consoante se tem dito e feito até aqui, impõe-se ao Estado que se manifeste na órbita legislativa, de cunho federal, donde, como consequência deste ato, se possa argüir o efeito *erga omnes* da vedação de discrimine, de forma expressa e explícita a respeito da orientação sexual. E, a partir daí, se possa vincular todos os demais atos dos poderes públicos (sejam do executivo, sejam do judiciário), tudo em obediência ao princípio do respeito à dignidade humana e em favor de um harmônico convívio social.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

CÂMARA, Édson de Arruda. "Pretensos direitos dos homossexuais e as falácias de um projeto de lei absurdíssimo, ex ignorantia ou ex lascivia" Informativo Consulex. Brasília, vol. 10, n. 42, p. 1056-1058, out. 1996.

CARLUCCI, Aída Kelmelmajer de. **Derecho y Homossexualismo en Derecho**

- Comparado.** In *Homossexualidade - discussões jurídicas e psicológicas*. IDEF. Curitiba: Juruá, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos - visões contemporâneas**. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: uma idéia, muitas vozes**. São Paulo: Ed. Santuário, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Recepção aos alunos iniciantes**. In: Signum, Revista do Centro de Ensino Superior de Vitória, n. 2, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-americano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmaf, 2001..
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias. "**Os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa**", *Correio Brasiliense*, Brasília, 06 de dez. 1999, Caderno Direito e Justiça.
- SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Trad. Rubem Machado. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1986.
- VARELA, Luiz Salem et ali. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000.

