IGUAIS, MAS SEPARADOS. OS HOMOSSEXUAIS E AS FORÇAS ARMADAS

SEPARATE BUT EQUAL. THE HOMOSEXUALS AND ARMED FORCES

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA *

Recebido para publicação em maio de 2011.

RESUMO: O presente artigo analisa a homossexualidade nas Forças Armadas sob a ótica dos direitos civis e das garantias individuais. Analisa, igualmente, o conceito de coesão – social e da missão – a fim de inferir as repercussões de soldados homossexuais no corpo da tropa. Para tanto, a jurisprudência das Cortes Internacionais, bem assim avaliações de Direito Comparado, serão objeto de reflexão do presente texto. A guisa de conclusão propugna-se que a cultura militar não mais pode ignorar a existência de cidadãos marcados por formas de pertencimento e de adstrição de identidades legítimas, revestidas de fundamentalidade e, por isso mesmo, clausuladas como pétreas pela Constituição Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Homossexualidade; Forças Armadas; militares; coesão social; coesão da missão; direitos civis e individuais; "não pergunte, não diga".

ABSTRACT: This article examines homosexuality in the military context from the perspective of civil rights. It also analyses the concept of cohesion – its social and task aspects – in order to infer the effects of homosexual soldiers on the Armed Forces. To this end, the jurisprudence of international courts, as well as assessments of Comparative Law, will be the subject of consideration of this text. In conclusion, it is advocated that the military culture can no longer ignore the existence of citizens marked by forms of belonging and constraints of legitimate identities inasmuch as they are dully founded and therefore enshrined in the Brazilian Constitution.

KEY WORDS: Homosexuality; Armed Forces; the military; social cohesion; task cohesion; civil and individual rights; "don't ask, don't tell."

A homossexualidade nas Forças Armadas suscita discussões relevantes que alcançam os direitos civis e as garantias individuais. Tema polêmico, muitos Estados concebem-na como incompatível com a profissão das Armas, alijando o cidadão das fileiras do Exército, Marinha e Aeronáutica por quebra de decoro da classe e da dignidade castrense. Punida criminalmente em alguns países, a questão é tratada de forma estigmatizante e restritiva, sob a égide de uma ordem jurídica carente de neutralidade.

Isto porque, afastar alguém das fileiras das Forças Armadas em virtude de sua orientação sexual é promover o discurso do ódio, quando é dever do Estado coibi-lo.

Tal postura resulta no agravamento de uma pretensa superposição natural e social entre os indivíduos, oriunda de injustificado preconceito.

Diversas são as formas de manifestação do preconceito coletivo consoante lição de Norberto Bobbio; ele se define como a discriminação de um grupo perante outros que, na maioria das vezes, constitui uma minoria. Sua exteriorização dá-se de maneiras diversas. Há o

preconceito racial, o religioso, o cultural, o social, o de gênero, dentre outros.[1] Os efeitos são nefastos, pois além dos sujeitos sociais estigmatizados serem afastados da fruição de determinados direitos, a marginalização dá azo ao isolamento físico, obstaculizando sua completa integração na comunidade.[2]

A principal consequência do preconceito de grupo é a discriminação. A etimologia do vocábulo remonta à campanha racial do nazi-fascismo frente aos judeus, ciganos, homossexuais e minorias étnicas. A discriminação é mais forte do que a mera constatação da diferença por ser utilizada de maneira pejorativa e fundamentar-se em critérios moral e juridicamente ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade entre os homens, ideias que ensejaram o surgimento e a manutenção da escravidão e do holocausto.

"Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus (...)".[3] Nessa hipótese, viola-se diretamente a dignidade humana, vez negar-se fidedigno direito sob a alegação do grupo ou pessoa não serem merecedores; pior, por não se lhes reconhecerem, sequer, dita subjetividade. A discriminação começa quando os homens não se limitam apenas a constatar a diferença, mas a acrescer valores que afirmem sua superioridade em relação ao outro. Neste sentido, indaga Bobbio: "Inferior em relação a que? Para dizer que um ser é superior a outros deve haver algum critério de valor. De onde deriva esse critério?"[4] Nessa perspectiva, sob qual paradigma se funda o paradoxo da primazia da heterossexualidade em relação às demais formas de orientação sexual humana a ensejar sua superiorização? Por que militares homossexuais são soldados menos valorosos e sua presença na tropa representaria risco de indisciplina?

Ora, a tríade liberal fundada nos ideais da **liberdade, igualdade e fraternidade,** rendeu ensejo às novas inspirações como **liberdade, diversidade e tolerância,** ideais que informam as virtudes cívicas neste início de século. O princípio da fraternidade, pilar do liberalismo clássico, é concebido não como prática pastoral, mas como quintessência do Humanismo, por excluir o confinamento do indivíduo e despertar nas relações humanas a sensibilidade de **todos** para

* Doutora em Direito Constitucional. Ministra do Superior Tribunal Militar. Professora Universitária.
[1] Nestes termos, o sexismo exterioriza-se em relação às mulheres, o anti-semitismo perante os judeus e a homofobia em face dos homossexuais, o racial frente os grupos étnicos, etc.
[2] *In:* **Elogio à serenidade e outros escritos morais.** São Paulo: Unesp, 2002, p. 114.
[3] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 110-111.
[4] **Elogio à serenidade e outros escritos** morais. *Op. cit, p.115.*

com cada um. De igual modo, a tolerância sobreleva-se como atitude de respeito, pois onde reina a tolerância, a diferença não mais é estranha ou ameaçadora.

Indiscutivelmente, toda a forma de hegemonia, incluindo a do padrão heteronormativo, vem sendo paulatinamente desconstruída para dar espaço às identidades coletivas e seus modos de ser e de viver, numa fusão de horizontes que une, fragmentando. A modernidade e a contemporaneidade argumentam tanto com o direito das minorias, quanto com o direito à liberdade de desenvolvimento da personalidade humana, buscando a interação entre o eu e a sociedade, num diálogo permanente. Está-se diante de um imperativo axiológico que não se rende ao banalismo do politicamente correto, ao contrário, normatiza conquistas civilizatórias que manejam diretamente com os princípios supremos da Democracia.

Neste contexto, manifestações que incitam à discriminação em relação a determinados segmentos, na maior parte, as minorias, devem ser coibidas pelo aparelho estatal, em especial pela Magistratura, a quem cabe salvaguardar a dignidade e a preservação da diferença em prol do bem comum. O Poder Judiciário é, portanto, o guardião da racionalidade como critério.

Foucault em obra clássica, **Vigiar e Punir** descreve as metamorfoses que ocorreram nos últimos séculos nas formas de castigo e dominação das pessoas, abordando um processo que vai do controle e disciplinarização em espaços fechados até a atualidade, ao comportamento e as ações em espaços abertos. Ao discorrer sobre as artimanhas da liberdade, afirma que "onde há poder, há resistência, e as resistências ao poder, muitas vezes, têm força irresistível." A liberdade, por sua condição ontológica, é insubmissa: diz sempre não às forças que procuram controlá-la. E o faz em condições fora do terror e do constrangimento, o faz por meio de um afrontamento contínuo. O que está em jogo é a questão das identidades, do sentimento de pertencimento, afinal, é impossível ao indivíduo renunciar às características que compõe a sua personalidade. As lutas de resistência em torno do estatuto da individuação almejam o encontro do "eu" no mundo.

Tal como colocado, o preconceito e a discriminação provocam a dissolução do sujeito em seu sentido individual e coletivo e aniquilam as mais caras conquistas civilizatórias.

A leitura que os pensadores psicanalíticos como Lacan e Freud fazem da identidade, é que ela se forma ao longo do tempo, por processos inconscientes. Ela permanece incompleta, sempre sendo construída, e surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de nós como indivíduos, mas de uma falha de inteireza que "é preenchida" a partir de nosso exterior, pelas formas como imaginamos sermos vistos pelos outros. Psicanaliticamente, nós continuamos buscando a "identidade" e construindo biografias. Platão sugeriu, em um de seus

diálogos, a ideia do "cuidado do si", mas como cuidar de si e "tornar-te o que tu és" sem subordinar a diferença à identidade? Sem espaços de liberdade que permitam a construção do Homem enquanto Pessoa?

Winnicott enfatiza que "quando se fala de um homem, fala-se dele justamente com a soma de suas experiências culturais. O todo forma uma unidade". A todo ser humano deve se assegurar o direito a uma vida digna de ser vivida. Ao Estado e às suas leis, compete sustentá-lo de modo a fiançar-lhe a garantia de estar inserido em um lugar de pertencimento, resguardando, acima de tudo, a sua credulidade no Contrato Social.[5]

Segundo Maria Vitória Mamede Maia,

> (...) a constituição do ser humano passa por fatores básicos, quais sejam; fidedignidade, ritmo, confiança e credulidade, fatores esses denominados de ciclo benigno. Explicando melhor, podemos afirmar que o ser humano se distingue do animal não somente pelo atributo da racionalidade, mas e principalmente, por poder, diante de um ambiente facilitador, se desenvolver como um ser psíquico. Para que não tornamo-nos seres embrutecidos e reativos temos de ter vivido uma constância ambiental de cuidados que acaba por ficar marcada sensivelmente como credulidade e segurança.
> O que é ser crédulo? O que é sentir-se seguro? Longe de qualquer menção religiosa, ser crédulo significa acreditar, sendo essa crença um sentimento vital para que o Homem possa ser um sujeito afetado pelo outro, possa pensar-se em segurança, possa pensar-se no lugar do outro e não somente reagir às situações a partir de um egocentrismo exagerado. O senso de crença é o principal do nosso desenvolvimento, seguido pelo de segurança. Se o perdemos, poderemos passar a reagir ao invés de agir operatoriamente no mundo. Porém o sentimento de fidedignidade a traduzir-se na idéia de que o ambiente nos sustenta, nos acolhe e protege; o sentimento de continuidade, que advém do ritmo dos cuidados que temos ao longo de nossa vida e o sentimento de confiança, a saber: o mundo não me persegue, não me ignora, não me discrimina, ao contrário, considera-me digno, considera-me nos meus movimentos de inclusão, dependem, principalmente, do fato de que as leis, primeiro as da família, depois as da escola e por último, as do próprio Estado, sirvam a todos indiscriminadamente.[6]

A credulidade do *homo sapiens* advém, portanto, da confiança no aparato normativo estatal; diante da dúvida opera-se a dissolução do indivíduo enquanto ser coletivo. Se o pacto não abarca a todos indistintamente, está-se diante da exceção, mais grave, da anomia, que implica na ruptura da lei social, da lei edípica, da lei do Pai, representado em instância última

[5] Winnicott, D.W. **Conversando com os pais**. São Paulo: Martins Fontes, 1975, p. 137-152.
[6] *In:* **Rios Sem Discursos. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade.** São Paulo: Vetor, 2007, p. 48 *et seq.*

pelo próprio Estado, na expressão de Hélio Pelegrino.[7] A descontinuidade do senso de segurança, já que a norma fundante da sociedade não mais representa algo constante e sim algo composto de interpretações várias, descortina o colapso do contrato entre os indivíduos.

Boaventura Souza Santos sintetiza de maneira especialmente oportuna a exigência de cumprimento dos princípios fundamentais dos direitos humanos em sua pluralidade e diversidade: "temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza."[8] Em última análise, os direitos humanos representam o "direito a ter direitos humanos"[9], e constroem-se com base na concepção apriorística de que o Homem, antes mesmo de possuir capacidade e condições adequadas para exercê-los, os detêm de forma inalienável e universal.

A questão não é opor a igualdade à diferença, mas à desigualdade, e rechaçar a instituição de um **apartheid** social que obstrui a interação entre pessoas pertencentes a universos distintos. Pressuposto para a construção de uma sociedade pluralista, o diálogo com o outro possibilita a concórdia nos confrontos entre os diferentes grupos sociais e culturais. Assim, inadmissível a hierarquização entre humanos ou o seu confinamento em guetos. O cidadão homossexual não pode ser "eliminado", mesmo no âmbito simbólico, ao ver rechaçado seu direito cívico de integrar as Forças Armadas. Outrossim, não pode o Direito ser convertido em instrumento de opções segregadoras.

A exclusão ou a obstrução ao ingresso de homossexuais nos contingentes do Exército, Marinha e Aeronáutica não tem apenas o condão de estigmatizá-los do convívio social, desafia o próprio conceito de cidadania ao impedir a permanência de homens e mulheres em Instituições destinadas à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, em razão de sua orientação sexual. Usurpação odiosa, inadmissível nos Estados Democráticos, tem o condão de negar ao homossexual seu *status civitatis* por destituir-lhe a possibilidade de participar e servir-se das instituições estatais, erigindo-o à condição de cidadão de segunda categoria. Na historiografia pátria equivale à subtração do direito ao sufrágio das mulheres que perdurou durante todo o Império e a República Velha e, até mesmo, a escravatura, quando os negros, inferiorizados e considerados como *res,* não eram sujeitos de direitos em função da sua raça.

[7] Pellegrino, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. *In:* Py, Luiz Alberto et alli. **Grupo sobre Grupo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, 206 p, p. 195-205.
[8] *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. *In:* **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48 (1997), p. 11-32.
[9] A expressão pertence a Norberto Bobbio.

O foco é a dignidade do Homem concebida como princípio, valor e norma, cerne das garantias fundamentais e meio pelo qual são asseguradas as múltiplas dimensões da vida. Qualidade intrínseca do indivíduo, ela transcende a normatividade, porque dignidade é acima de tudo valor, valor da pessoa humana.

Diante desta tripla dimensão – normativa, principiológica e valorativa - sustenta a doutrina germânica que "a norma consagradora da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade."[10]

Sobre o tema, impossível não exaltar Paulo Bonavides quando discorre acerca da dignidade: "sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados."[11]

Bidart Campos ao versar sobre a universalidade dos Direitos Humanos, remete-os a uma trindade obrigacional para a efetividade de sua prestação; *vg*: a omissão de condutas violadoras ou impeditivas do direito que titulariza o sujeito ativo, o cumprimento de prestação positiva de dar e, o cumprimento de prestação positiva de fazer em favor da implementação do direito de seu detentor. Na espécie vertente, inescusável ao Poder Público, como *facultas exigendi,* garantir tratamento igualitário aos hetero e homossexuais, livrando este último grupo de preconceitos segregacionistas. Trata-se de dever irrenunciável de proteção, oponível aos particulares ou aos agentes estatais em hipóteses de vulneração.[12]

Conforme adverte Jellinek, em obra clássica,

> (...) chamado a desenvolver determinadas tarefas, o Estado aparece igualmente limitado na sua capacidade de agir, por efeito do dever moral que lhe incumbe de reconhecer a personalidade dos súbditos; e a isso fica juridicamente obrigado por força do seu próprio ordenamento (...). A relação entre o Estado e cada pessoa faz-se, assim, de tal sorte que um e outro surgem como duas grandezas que se implicam reciprocamente. Com o

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª ed, p. 73.
A crítica de T. Geddert-Steinacher à Alexy consiste, precisamente, no fato de que para o primeiro, Alexy acabou embasando sua tese em decisões que não representam a tendência dominante no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, além de argumentar não ser a dignidade uma norma de direito fundamental, mas, sim, principio.
[11] *In:* **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003, 2ª ed, p. 233.
[12] BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 11-13.

> desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do **status** passivo e com isso o campo de autoridade do Estado. A história política moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e da limitação do poder.[13]

Desta forma, a *majestas* é um poder limitado pela positividade vigente que estabelece a prática de ações negativas e afirmativas a vincularem a atuação estatal. Neste universo, a expansão da personalidade há de desenvolver-se à margem do *imperium*, mediante a livre iniciativa do indivíduo.

E não poderia ser diferente. A história do constitucionalismo é a história da emancipação do homem. Inadmissível, nestes termos, retrocessos que privem o cidadão de garantias personalíssimas. Está-se a lidar com direitos à identidade, enfeixados no rol dos direitos de existência, que demandam a intervenção protetiva do Estado, razão pela qual, resta-lhe vedado comportar-se como um *voyer,* espreitando através da fechadura da porta a vida privada e a intimidade dos súditos com vistas a desencadear o aparelho repressivo e punir minorias historicamente vitimizadas. Tal postura, ao invés de extirpar estereótipos negativos falaciosos, afirma-os, levando os grupos desprivilegiados - bem como a rede social na qual se inserem - a assimilá-los, em desprezo manifesto por si mesmos e rancor contra seus algozes.

O papel propedêutico do Judiciário consiste, precisamente, em afirmar o reconhecimento público pleno do respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de raça, sexo, credo, orientação sexual ou procedência étnica. Conforme acentua Bobbio: "o problema fundamental em relação aos direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los."[14]

O direito fundamental da personalidade, donde decorre o asseguramento de identidades coletivas, concorrem com o direito a liberdades subjetivas iguais e o direito humano único e original, provindo segundo Jorge Miranda, do "simples facto de nascer e de viver (...), condição essencial ao seu ser e devir (...) têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito (...)" mas "modos de ser físicos e morais da pessoa, manifestações da personalidade humana (...) defesa da própria dignidade."[15]

Direito Natural, devido ao homem em razão de sua humanidade, adquiriu consagração formal nas Cartas Políticas de matriz ocidental depois de séculos de absolutismo e totalitarismo.

---

[13] JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Bs.As: Albatros, 1954, p. 313 *et seq.*
[14] BOBBIO, Norberto. *In:* **A Era dos Direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992, p. 25.
[15] *In*: **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais.** Coimbra Editora, 2008, Tomo IV, 4ª ed. p. 66-67.

Sob esta dimensão, mesurar a dignidade sob o enfoque da orientação sexual oblitera a liberdade e aniquila a autonomia pessoal num momento em que se discute a juridicização do multiculturalismo como resposta do Direito à diversidade e à diferença nas sociedades pluralistas igualitárias. A política do reconhecimento verte-se como ponto fulcral no liberalismo de John Rawls, na teoria da diversidade de Jürgen Habermas, no democratismo de Charles Taylor, todos convergindo em favor da conjugação isonômica da cidadania.

Para além, a Lei Fundamental, compreendida como projeto histórico a ser cumprido pelos cidadãos a cada geração, articula-se com experiências coletivas de integridade ferida. Condenar a homossexualidade na contemporaneidade é retroceder no tempo à Inglaterra Vitoriana do século XIX que encarcerou, pela mesma razão, Oscar Wilde nas masmorras. Equivale a endossar teorias superadas, como a esposada por Arthur de Gobineau, autor do **Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas**[16], publicado entre 1853 e 1855, que divide a humanidade em três grandes complexos raciais – o branco, o amarelo e o negro – e sustenta depender, o progresso histórico, da ação direta das raças brancas, em particular da família ariana, razão pela qual a miscigenação conduziria à degeneração, com impactos desastrosos sobre as civilizações e Impérios. Ressalte-se ter a noção gobineauniana de pureza racial inspirado, já no século XX, os proponentes das leis antimiscigenação nos Estados Unidos e na Alemanha nazista.[17]

Fato é que, a luta pelo reconhecimento vem sendo protagonizada desde o início da década passada mediante o alargamento das tendências uniformizadoras e homogeneizadoras do liberalismo, em favor de um ideal de autenticidade concebido não como mera cortesia do Estado, mas como um dever. A suplantação da privação de direitos de grupos estigmatizados, como bem pontuou Habermas, tem por objetivo exorcizar a fragmentação da sociedade e possibilitar àqueles que se viram privados de *chances iguais de vida no meio social*, a universalização socioestatal dos direitos de cidadania. Daí, imperioso reconhecê-las no contexto de uma cultura majoritária, tal como o tem feito a Sociedade Mundial.

Efetivamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos noticia o atendimento aos anseios de uma ordem contemporânea aberta, diversa e plural. No dizer de Leyza Ferreira Domingues, a utopia "criada desde a Declaração Universal dos Direitos

[16] *In:* **Essai sur l'inégalité des races humaines.** Tome premier. Digitalização: Google Books. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1853, p. 198.
[17] No campo da criminologia, o italiano Cesare Lombroso, formularia a falaciosa teoria do *uomo deliquente*, asseverando que a tendência ao crime não é só inata e herdada, como pode ser decifrada pela investigação de características anatômicas dos indivíduos, resultantes dos defeitos evolutivos em alguns humanos. *Apud:* GOULD, Stephen Jay. **The Mismeasure of Man**. Nova York-Londres: Penguin Books, 1966, p. 153.

Humanos, transforma-se em (...) esperança de um novo começo histórico com a transformação futura das condições existenciais dos seres humanos."[18]

A inserção dos homossexuais nas fileiras das Forças Armadas suscita, outrossim, diferentes discussões que perpassam da biologia à política.

Aqueles que se posicionam contrariamente à inclusão apresentam argumentos tais como; a interferência na eficácia da Força, o aumento potencial de possibilidades de assédio sexual por homossexuais, a elevação do risco de contágio pelo HIV / AIDS, e, principalmente, a diminuição da coesão das tropas, o que ocasionaria uma queda de eficácia. Já os favoráveis, sustentam a invalidade de tais argumentos fundados, tão somente, em preconceitos.

Inicialmente cabe definir o conceito de coesão, principal alegação para a exclusão dos homossexuais da profissão das Armas para, *a posteriori*, trazer à baila as significativas alterações descritas ou medidas ao longo do tempo pelos cientistas sociais e comportamentais, bem como, pelos investigadores militares.

Define-a John H. Jones como: "a argamassa que une os membros de uma unidade ou organização de modo a manter as suas vontades, o comprometimento de uns com os outros, a unidade e a missão."[19]

Consigne-se não deixar claro a doutrina científica ser a coesão uma construção unitária. Sua dimensão abarca a coesão social e a coesão da missão.

A coesão social refere-se à natureza e à qualidade dos vínculos afetivos de amizade, simpatia e proximidade entre os membros do grupo. O grupo apresenta alta coesão social na medida em que seus componentes preferem usufruir o tempo social em conjunto, desfrutando a companhia um do outro.[20]

A coesão da missão centra-se no compromisso compartilhado entre os colegas de farda cujo desiderato é alcançar um objetivo que requer o esforço coletivo. A coesão da missão mostra-se elevada quando os integrantes que partilham a mesma meta encontram-se motivados para, coordenando esforços conjuntos, atingi-la.[21]

---

[18] *In:* **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural.** Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009, p. 110.

[19] JOHNS, John H. *et al.* **Cohesion in the U.S Military:Defense Management Study Group on Military Cohesion**.Washington: National Defense University Press. 1984. p. 4.

[20] BARNES II, John L. **Don´t Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice**. Tese de Mestrado. Monterey:California. Naval Posgraduate School. 2004. p. 14.

[21] *Id*. p. 14.

Recentes avaliações sobre a relação coesão-desempenho apontam para a existência de uma fraca relação positiva entre ambos, destacando os elevados níveis de coordenação, a comunicação e o monitoramento como fatores decisivos para a melhor atuação em conjunto. Tais análises revelam, também, que é a coesão de missão a relacionada ao sucesso e não a social.

Estudos realizados por Edward Shils e Morris Janowitz,[22] em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, analisaram o comportamento do soldado alemão no conflito, concluindo que a solidariedade com os camaradas, e não a crença na causa, foi a motivação para a continuidade da luta, a despeito do indicativo da derrota. Samuel Stouffer[23] chegou à idêntica conclusão avaliando os soldados americanos. Ocorre que, posteriormente reavaliados pela Ciência Social, ditas análises revelaram premissas inexatas. No caso dos soldados alemães, por exemplo, verificou-se que a taxa média de baixas no final da guerra era de 98%, razão pela qual havia reposições de homens continuamente, o que impediria um conhecimento mais aprofundado entre os novos camaradas. Porém, as unidades continuaram combatendo com a mesma determinação. Logo, foi a coesão da missão que propiciou o prolongamento da luta por bom tempo.

Robert MacCoun,[24] em artigo datado de 1993 e intitulado **Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence,** ao sopesar a coesão e o desempenho de militares e civis concluiu ser a coesão social que impulsiona, muitas vezes, o fraco desempenho do grupo. Ressaltou que, quando a coesão social é muito elevada, as consequências podem ser deletérias devido ao excesso de socialização ocasionando, inclusive, a insubordinação e o motim.

MacCoun pontuou que o impacto da inclusão de gays nas Forças Armadas, efetivamente, far-se-ia sentir na coesão social da tropa. Segundo ele, a presença de homossexuais reconhecidos poderia reduzir a coesão social em algumas unidades, contudo, se lhe afigura improvável o mesmo efeito sobre a coesão da missão. Sua pesquisa indica não ser necessário nutrir simpatia por alguém para se trabalhar com ele; ainda, na condição de membros de um grupo prevalece o compartilhamento de compromissos e objetivos comuns. Na hipótese de redução da coesão social, provavelmente ela acarretará um grau de ostracismo ao homossexual; nunca, o colapso total da unidade. Ademais, as resistências homofóbicas de

[22] *Ibid.* p. 16.
[23] *Ibid*. p. 16.
[24] MacCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence. In:* **Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment**. Califórnia: RAND. 1993. p. 518.

recusa à cooperação poderão ser desencorajadas diante do trabalho em equipe, de uma liderança eficaz, de normas, ordens e regulamentos militares, das opções disciplinares, das ameaças externas e do enfrentamento dos desafios. Dito de outra forma, vários fatores contribuem para a promoção da coesão e do incremento do desempenho, mesmo em face de hostilidades em relação aos homossexuais. A pesquisa sugere que os líderes exercem papel importante na promoção e na manutenção da coesão da unidade, tal fator associado à normatividade legal e disciplinar eleva a probabilidade do trabalho cooperativo. Por último, as ameaças externas reforçam tanto a coesão social, quanto a da missão, vez que os membros do grupo se vêm todos ameaçados, fazendo-se necessária a ação coletiva para eliminar o perigo.

Indiscutivelmente o soldado moderno não é mais um mero aplicador da violência, seu papel transmutou-se diante do novo conceito de guerra, por isso a necessidade de modificação do conceito de coesão. A cultura militar não mais pode ignorar a existência de segmentos diferenciados marcados por formas de pertencimento e de adstrição de identidade legítimas e revestidas de caráter de fundamentalidade. Os homossexuais não minam a disciplina, a coesão e o moral da tropa. Vítimas do preconceito, não se lhes pode negar a capacidade de serem bons soldados e de trabalharem eficiente e eficazmente em conjunto.[25]

[25] A propósito, pondera Maria Celina D´Araujo:
"(...) No que toca às relações de gênero, acompanhando o que já se verifica em vários países do hemisfério Norte, leis de pederastia e sodomia passam a ser questionadas, a união civil entre homossexuais entra na agenda política e as constituições começam a afirmar a igualdade de direitos entre os sexos. A incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas só pode ser devidamente considerada quando as sociedades estabelecem para si que, liberdade de escolha e direitos iguais para todos, são parte inviolável da soberania individual, ou seja, quando os princípios de igualdade e democracia se tornarem a gramática da política. (...)
Vários países já adotaram a incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas. Essa incorporação corresponde, na pós-modernidade, ao processo de democratização das sociedades e à expansão dos direitos de igualdade entre etnias, crenças, sexos e gêneros. As Forças Armadas não são instituições isoladas da sociedade e estão intrinsecamente conectadas ao processo social e ao projeto que cada sociedade estabelece para si em termos de defesa e de construção de direitos de cidadania e de soberania. A partir disso, pode-se sustentar que tal incorporação é fato importante na definição das relações civis-militares. Isto porque, em princípio, se um país estabelece o alinhamento das Forças Armadas ao poder civil democrático, as Forças Armadas devem expressar o perfil da sociedade à qual servem e obedecem.
Estas mudanças não significam, no entanto, transformações substantivas nos critérios de ação interna e de organização da instituição militar. Os princípios que tradicionalmente regem as Forças Armadas são basicamente os da disciplina e da hierarquia. E, ao que tudo indica, assim continuará sendo na pós-modernidade.
(...) pesquisas igualmente rigorosas para aferir o impacto da incorporação de mulheres, gays e lésbicas já vêm sendo desenvolvidas na Europa e nos Estados Unidos. Os resultados são surpreendentes e em geral mostram que a integração tem se dado sem qualquer aspecto negativo para o conjunto das Forças Armadas, não interfere em assuntos de defesa e ameniza o assédio sexual a mulheres e homens. (...)
O homossexual frequentemente é associado a uma ameaça à tranqüilidade da tropa, dos cadetes e dos conscritos, pois não seria capaz de controlar impulsos, nem de respeitar padrões morais condizentes com a profissão. De toda forma, o tema está em debate no Brasil e em vários países da América Latina, no âmbito de uma discussão maior sobre direitos civis e sobre banimento de leis que condenam opções sexuais. No Brasil, em 2002, o Executivo encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional sobre direitos humanos em que se propõe a alterar o artigo 235 do Código Penal Militar de 1969 que prevê punições para práticas libidinosas, homossexuais ou não, em dependências militares. A proposta é abolir as palavras "pederastia" e "homossexuais", dos regimentos de disciplina militar. *In:* **Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas Brasileiras.** Painel: **Women in the Armed Forces I**. **Research and Education in Defense and Security Studies** Chile: 2003.

Ao encontro desta realidade, diversos Estados promoveram a plena integração dos homossexuais às Forças Armadas.[26] Na Holanda, desde 1974 a homossexualidade não exclui militares do serviço ativo. De uma estimativa de 12 mil soldados, 10 % (dez por cento) consistem em cidadãos homossexuais[27]. Na Dinamarca, inexiste o *discrimem* a contar do ano de 1981, tendo sido definitivamente assentado: "a definição da orientação sexual é um direito do indivíduo e não um problema."[28] A Noruega pune o ato de discriminar ou perseguir **gays** e lésbicas com multa ou prisão até dois anos. A Suíça não os inibe, proíbe, tão somente, que militares homossexuais de acordo com os regulamentos formem determinados tipos de grupos ou associações.[29]

Em um projeto dirigido por Aaron Belkin, o Centro Americano para Estudos de Minorias Sexuais nas Forças Armadas (**Center for the Study of Sexual Minorities in the Military - CSSMM**) procedeu a análise detalhada em quatro países que extinguiram a vedação de ingresso e permanência dos homossexuais nas Forças Armadas*:* Austrália, Canadá, Reino Unido e Israel.[30] Aferiram as investigações que, no Canadá, os tribunais federais forçaram os militares a revogarem suas proibições em outubro de 1992, estabelecendo que tais discriminações violavam a Carta de Direitos e Liberdades[31]. Em 1998, foram, inclusive, aprovados recursos para mudança de sexo de recrutas com base na legislação que defere a todos os cidadãos canadenses atendimento universal em questões de saúde.[32]

Seguindo o exemplo, a Austrália adota políticas públicas em favor dos homossexuais a contar de novembro de 1992, durante o governo liberal do Primeiro Ministro Paul Keating, em atendimento às convenções sobre direitos humanos internalizadas no seu ordenamento jurídico.[33]

Nesses Estados foram desenvolvidos cursos com o fito de minimizar a estigmatização das minorias, sejam homossexuais, mulheres, negros ou quaisquer outro segmento.

---

[26] KONIGSBERG, Eric. *Gays in arms: can gays in the military work? In countries around the world, they already do*. *In:* **http://www. questia.com/reader/printpaginator/3268**. Acesso em: 08 abr. 2009.
[27] *Id.*
[28] *Ibid.*
[29] *Ibid.*
[30] BELKIN, Aaron. **Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** *In:* http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5002538926. Acesso em: 2007.
[31] *Id.* Ver também: BELKIN, Aaron; MCNICHOL, Jason. **Effects of the 1992 Lifting of Restrictions on Gays and Lesbian Service in the Canadian Forces: Appraising the evidence**. Center for the Study of Sexual Minorities in the Military, 2000.
[32] D´ARAUJO, Maria Celina. *Op. cit*.
[33] BELKIN, Aaron. **Don´t Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** *Op. cit*. BELKIN, Aaron; MCNICHOL, Jason. **The Effects of Including Gay and Lesbian Soldiers in the Australian Defence Forces: Appraising the evidence**.*Op. cit.* p. 11-12.

Críticas então sugiram, sugerindo que ditos países não poderiam ser caracterizados como exemplos legítimos de Forças Armadas em operação. Todavia, não se pôde afirmar o mesmo de Israel, que vive em constante conflito e admite, sem restrições, homossexuais em seus quadros bélicos desde 1993.[34]

Trilhando o caminho da igualação, em 27 de setembro de 1999, após condenação da Corte Européia de Direitos Humanos, o Reino Unido revogou proibições que impediam a entrada e permanência dos homossexuais nas Forças Armadas,[35] substituindo-as por uma política de reconhecimento.[36]

Aaron Belkin na pesquisa mencionada e onde foram entrevistados 104 especialistas de numerosos países favoráveis e contrários às medidas integrativas, demonstrou que a inserção de homossexuais nas Forças Armadas não ameaça a coesão, a disciplina ou a eficiência da tropa, além de não afetar as taxas de recrutamento ou retenção nem, tampouco, gerar o aumento de infecções pelo vírus HIV na corporação,[37] corroborando análises neste sentido.

Certo é que, apesar da ansiedade acerca das possíveis consequências que poderiam advir, a alteração das políticas de banimento nos países que a adotaram, não gerou impacto algum. Mesmo os militares mais refratários que ameaçaram abandonar a Força na hipótese de os homossexuais serem aceitos, não cumpriram sua palavra.

Assim, no ano de 2003, 24 nações já permitiam abertamente que homossexuais prestassem serviço militar e, pouquíssimos membros da OTAN, os excluíam.[38]

À guisa de informação, na Bélgica, desde a década de 80, **gays** e lésbicas integram a carreira militar, sendo o homossexualismo considerado uma questão da vida privada[39]. Em 1984, a Espanha revogou dispositivo do Código de Justiça Militar que incriminava o comportamento homossexual[40], não havendo hoje qualquer restrição[41]. Na República Tcheca, igualmente, inexiste vedação[42]. Na França, os homossexuais são aceitos desde 1985[43]. Em

[34] KONIGSBERG, Eric. **Gays in Arms: Can Gays in the Military Work? In countries around the world, they already do.** Disponível em: <http://www. questia.com/reader/printpaginator/3268>. Acesso em: 08 abr. 2009; e BELKIN, Aaron. **Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** *Op. cit.*
[35] **Policy on Homosexuality. Homosexuality and the Armed Force – Background Information***.* Minister of Defence. Grã-Bretanha. Disponível em: <http://www.proud2serve.net/military/modpolicy.htm>. Acesso em: 2007.
[36] D´ARAUJO, Maria Celina. *Op. cit*. p. 96
[37] BELKIN, Aaron. **Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** Op. cit.
[38] BARNES II, Johnny L. **Don't Ask, Don't Tell: A costly and wasteful choice**. Naval Postgraduate School, Monterey, California, 2004. p. 24.
[39] *Id.* p. 24.
[40] *Ibid*.
[41] BARNES II, Johnny L. *Op. cit.* p. 24.
[42] D´ARAUJO, Maria Celina. *Op. cit*.
[43] *Id*.

todas as situações descritas, não há registros demonstrativos[44] de que essas Nações observaram declínio no desempenho de seus militares.

No segundo semestre do ano 2000, os membros da União Européia adotaram a Recomendação nº 1474, da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, baseada na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, segundo a qual a discriminação em face da orientação sexual deve ser proibida por constituir-se em uma das mais odiosas formas de segregação[45].

Num giro de continentes, em 2009, a Suprema Corte de Nova Déli, na Índia, julgou inconstitucional uma lei de 148 anos que criminalizava atos homossexuais consensuais, punindo-os com até 10 anos de prisão, por entender que tal norma fere direitos fundamentais estabelecidos na Constituição[46].

Sintetizando a problemática, a Associação Internacional de Lésbicas, **Gays**, Bissexuais, Trans e Intersexo, ILGA, constatou na terceira edição do seu relatório sobre a homofobia do Estado, que, em todo o mundo, oitenta países ainda consideram a homossexualidade ilegal. Destes, "72 países e 3 entidades (a República Turca de Chipre do Norte, a Faixa de Gaza e as Ilhas Cook) punem as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo com a prisão, enquanto 5 países (Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão, Iêmen e partes da Nigéria e da Somália) punem a homossexualidade com a pena de morte"[47].

Em defesa das liberdades civis, a Alta Comissária das Nações para os Direitos Humanos, Navanethem Pillay, em discurso proferido em dezembro de 2008, por ocasião da assinatura da

[44] BELKIN, Aaron. **Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity***? Op. cit.*
[45] http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta00/EREC1474.htm. Acesso em: 2007.
[46] http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=1&FileID=1267&ZoneID=3&FileCategory=1. Acesso em: 20/10/2009.
[47] Dentre alguns outros Estados que não admitem homossexuais assumidos nas suas Forças Armadas podem ser nomeados, além do Brasil, USA, Egito, Uganda, México, Belize, Panamá, Honduras, Cuba, Venezuela, Kuwait, Líbano, Oman, Quatar, Arábia Saudita, Síria, Emirados Árabes, Afeganistão, Irã, Paquistão, Siri Lanka, Corea do Norte e do Sul, Turquia.
A Co-Secretária Geral da citada Associação define homofobia como:
"(...) o medo de, a aversão a, ou a discriminação contra a homossexualidade ou os homossexuais. É o ódio, a hostilidade ou a desaprovação das pessoas homossexuais. Aterradora e perigosa, e eventualmente, mortal, ela transforma a vida de lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans ou intersexo em um tormento, frequentemente levando-os a um profundo sentimento de insegurança, mesmo em seu ambiente familiar. A homofobia é ainda mais estarrecedora e perigosa – e, mais uma vez, letal, quando encontradas no próprio texto legal. Quando a discriminação e o ódio estão legitimados nos textos que sancionam o pacto social personificado por um Estado, o homossexual sabe que não há aonde buscar socorro. A idéia de um Estado que tolera, sanciona e encoraja essas práticas, particularmente quando esse mesmo Estado proclama que respeita os princípios da Declaração dos Direitos Humanos, é inaceitável". *In:* http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=5&FileCategory=32&ZoneID=28&FileID=1257. Acesso em: 20/10/2009.

Declaração das Nações Unidas contra a criminalização da homossexualidade firmada por 66 países dos cinco continentes, asseverou*:*

> (...) há aqueles que argumentam que pelo fato da orientação sexual e a identidade de gênero não serem mencionadas de modo explicito em nenhuma das convenções e acordos, que não haveria qualquer proteção legal para a iniciativa. Minha resposta é que essa posição é legalmente indefensável, o que é confirmado pela evolução na jurisprudência. O princípio da universalidade não admite exceção. Os direitos humanos dizem respeito a todas as pessoas[48].

Nos Estados Unidos da América, chegaram a ser desperdiçados 40 milhões de dólares[49] em custos anuais com treinamento devido à exclusão de uma média de mil soldados homossexuais, homens ou mulheres[50]. De 1950 a 2004, as várias políticas proibindo homossexuais geraram um custo aproximado de 2 bilhões de dólares somente com as substituições dos soldados[51]. Não obstante, verificou-se que, nos períodos de guerra, quando um maior quantitativo de soldados fazia-se necessário, as dispensas caiam[52]. Constatava-se, portanto, um desrespeitoso aumento em tempos de paz da exclusão de cidadãos das Forças Armadas em virtude de orientação sexual que, em tempos de guerra, sofrem menos constrangimentos.

A política norte-americana do **don't ask, don't tell***,* adotada no início da década de noventa (1993), a qual adicionou-se, posteriormente, o **don't pursue, don't harass,** foi muito questionada nas cortes de apelação estaduais, e em muitos casos, deu-se razão aos requerentes. Consoante Geoffrey W. Bateman, trata-se de uma política de custos elevados, que dissipa recursos, promove um ambiente de trabalho hostil, investigações desnecessárias e força muitos militares qualificados a deixar a caserna[53].

Revogada a lei que a instituiu, em 2010, pelo Congresso norte-americano numa expressiva votação, baniu-se, definitivamente, a proibição de pessoas declaradamente

[48] *Ibid*.
[49] BARNES II, Johnny L. *Op. cit.* p. 44.
[50] KONIGSBERG, Eric. *Op. cit.*
[51] BARNES II, Johnny L. *Op. cit.* p. 52.
[52] *Id.*
[53] BATEMAN, Geoffrey W. **The UCMJ Defenition of Sodomy**. *In:* http://www.gaymilitary.ucsb.edu. Acesso em 2007.
A supressão da política do "não pergunte, não conte" contava com o apoio, não apenas, do Presidente Barack Obama, mas dos dois principais nomes da Defesa americana; o Almirante Mike Mullen, Chefe do Estado-Maior Conjunto e Robert Gates, Secretário da Defesa. Sua eliminação foi ao encontro de práticas já adotadas pelos órgãos de segurança nacional e defesa interna que aceitavam os homossexuais a exemplo da CIA, do FBI, da NSA - **National Security Advisor** - do Serviço Secreto e dos departamentos de polícia e de bombeiros americanos. Ao longo da revisão, nos seus estertores, Gates anunciou à mídia que as Forças Armadas aplicariam tal política de "*uma forma mais razoável*", referindo-se à possibilidade de o Pentágono não desengajar militares cuja orientação sexual fosse revelada por terceiros.
À época, declarou Robert Gates à imprensa: "*Não deixo de ficar perturbado pelo fato de termos uma política que força homens e mulheres jovens a mentir sobre o que são para defender os cidadãos." In:* **O Globo,** 17 de janeiro de 2010.

homossexuais integrarem as fileiras das Forças Armadas. Pela primeira vez na história dos Estados Unidos, gays e lésbicas serão aceitos para servir no Exército, Marinha e Aeronáutica, e declarar sua orientação sexual. Trata-se de um momento histórico, que marcou relevante vitória do Presidente Barack Obama, que concretizou uma promessa de campanha.

Finalmente reconheceu a América este ultraje à dignidade dos militares homossexuais, a mesma América que durante a Segunda Guerra Mundial não admitiu a integração racial nas unidades das Forças Armadas instituindo batalhões e esquadrões aéreos apartados, formados apenas por afrodescendentes, e, nos navios, aceitava os negros somente na condição de serviçais, não de combatentes. "*Separados, mas iguais*".[54]

Com relação aos países da América Latina, há uma tendência à descriminalização das condutas homossexuais dentro das Forças Armadas, conforme enfatizou a Professora Maria Celina D´Araujo:

> Na Colômbia, desde 1999, por sentença judicial da Corte Constitucional, homossexuais – gays e lésbicas – não podem ser expulsos das Forças Armadas. De acordo com a Corte, o homossexualismo não pode ser considerado conduta reprovável em qualquer esfera da vida humana. (...)
> No Peru, o assunto está sendo debatido publicamente por associações de defesa dos direitos de gays e homossexuais e outras organizações de gênero, a mais importante delas o **Movimiento Homosexual de Lima**

[54]A expressão **equal but separate,** foi cunhada em uma famosa decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1896, no Caso **Plessy vs. Ferguson**. Naquela oportunidade, a Corte, com apenas um voto contrário, decidiu que a reserva de acomodações "*separadas, mas iguais*" para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da isonomia.
Os fatos que deram origem ao processo judicial, pelo menos em sua versão mais conhecida, foram os seguintes: Homer Plessy, autor da ação, comprou uma passagem de trem na primeira classe. Quando já estava no vagão, a polícia foi chamada, pois aquela área era privativa de pessoas brancas. Plessy negou-se a sair do vagão e, por isso, foi preso e condenado por violar a lei estadual que autorizava a reserva de assentos exclusivos para brancos em transportes coletivos. Instada a pronunciar-se, a Suprema Corte confirmou a punição. Os juízes analisaram a constitucionalidade da lei segregacionista sob a ótica da razoabilidade. Entenderam que a segregação seria razoável, por se constituir uma tradição adotar tal tipo de discriminação. Para os eles, ferir costumes já arraigados na sociedade seria danoso para a paz social e a ordem pública. Argumentaram que os negros não estavam impedidos de utilizarem o meio de transporte ferroviário, mas apenas deveriam sentar-se longe dos brancos. Na parte final do voto condutor, consignou-se que "*se uma raça é socialmente inferior a outra, a Constituição não pode colocá-los no mesmo plano.*"
O único juiz da Suprema Corte a divergir foi Jonh Harlan que, além de ter afirmado que a Constituição é cega quanto a cor dos indivíduos - **color-blind** - foi profético ao assinalar no seu voto: "*Na minha opinião, o julgamento que hoje se concluiu se mostrará, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada neste tribunal no Caso Dred Scott. A presente decisão não apenas estimulará a discriminação e a agressão contra os negros como também permitirá que, por meio de normas estatais, sejam neutralizadas as benefícas conquistas aprovadas com as recentes mudanças constitucionais*".
Efetivamente, a segregação racial nos EUA perdurou por mais de meio século. Somente em 1954, tal entendimento foi alterado no Caso **Brown vs. Board of Education**, considerado o mais importante julgamento em favor dos direitos fundamentais da história da Suprema Corte norte-americana.
Na espécie, não se pode deixar de fazer uma analogia entre o tratamento conferido aos afrodescendentes com o tratamento dado aos homossexuais. A lógica é a mesma, "iguais, mas separados".

> **(MHOL**). O tema chegou ao Ministério da Defesa cujo ministro, Aurélio Loret de Mola (...) reconheceu, no início de 2003, que a orientação sexual não pode ser motivo de discriminação ou de punição. Os debates sobre reforma constitucional no Peru incluem, portanto, a demanda para abolir qualquer discriminação derivada de orientação sexual.
> Na Bolívia o tema também entrou na agenda política. Em ato inédito, no início de 2003, a Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados recebeu representantes **da Rede Nacional de Comunidades Gays, Lésbicas, Bisexuales, Transgêneros, Travestis, y Transexuales de Bolívia** que ali foram demandar uma reforma na Constituição de forma a que a orientação sexual não seja objeto de punição ou de restrições de qualquer tipo. (...)
> Também no Chile o assunto vem sendo examinado desde 1998 de forma a abolir do Código Penal os artigos que tratam como crime a prática da homossexualidade.
> O assunto tende a ganhar relevância na medida em que se verifica a velocidade com que vem sendo examinado e reconsiderado mundo afora. (...) Ao mesmo tempo implica reconhecer que essas mudanças devem alterar comportamentos e condutas dentro das Forças Armadas, que como toda a instituição sólida e secular, responde lentamente à mudança. [55]

Neste curso, em 27 de fevereiro de 2009, a Argentina revogou o tipo penal incriminador de militares que praticassem atos homossexuais[56]. Por seu turno, o governo Uruguaio,[57] em maio de 2009, modificou a legislação e permitiu o ingresso de homossexuais nas Forças Armadas, por meio de decreto assinado pelo Presidente Tabarez Vázquez.[58]

---

[55]"(...) Os homossexuais, por sua vez, são vistos, em geral, como portadores de um desvio de comportamento que ameaça o bom funcionamento técnico e moral da corporação militar ou das instituições como um todo.
(...) sobre os Estados Unidos há que mencionar a mais importante pesquisa feita com os militares nos últimos anos. Referimo-nos ao minucioso trabalho sobre as relações civis-militares nesse país cujos resultados encontram-se na já clássica coletânea **Soldiers and civilians: the civil-military gap and American national security**, organizada por Petter Feaver e Richard Kohn (2001). Verifica-se que ali, principalmente entre militares da reserva e da ativa, ainda existe a noção de que os assuntos militares são prioritariamente masculinos. Nesse livro Miller e Williams (2001:363) lembram que as resistências à presença de mulheres e homossexuais nas Forças Armadas, especialmente em funções de combate, derivam de três argumentos: existe um hiato entre civis e militares no que toca à definição de políticas para as Forças Armadas; tal hiato leva os civis a apoiarem políticas para as Forças Armadas que são consideradas pelos militares como inadequadas ou até mesmo perniciosas para a instituição; que a adoção das políticas demandadas por civis levaria a uma perda de coesão militar e a uma conseqüente queda em sua capacidade de combate. São fortes, portanto, as opiniões que referendam a idéia de que a 'feminilização dos exércitos' levaria ao declínio do poder americano assim como são fortes os argumentos que sustentam não se poder usar as Forças Armadas como laboratório para experimentos de integração social ou de implementação de direitos civis demandados pela sociedade. (...)
Enquanto é suposto que o homem heterossexual pode conter ou domesticar seus impulsos em relação à mulher, o homossexual seria portador de um comportamento erótico intempestivo. (...)
O raciocínio muitas vezes é o de que o homossexual tem que ser identificado para ser evitado. Por tudo isso, a posição dos líderes militares é bastante reticente quanto à possibilidade de os homossexuais se adaptarem à vida da caserna. A orientação seria para expulsá-los sempre que manifestassem tal comportamento." In: D´ARAUJO, Maria Celina. Op. cit.

[56]GUIMARÃES, Thiago. **Argentina extingue Justiça Militar e libera soldado gay**. *In:* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2802200914.htm. Acesso em: 27/10/2009.

[57] Conforme noticiou o jornal Gazeta do Sul, com informações da Folha Online. *In:* http://www.gazetadosul.com.br/default.php?arquivo=_ultimas.php&intIdUltimaNoticia=78529. Acesso em: 27/10/2009.

[58] *Uruguai legaliza adopção por homossexuais*. *In:* http://www.esquerda.net/index.php?option=com_content&task=view&id=13410&Itemid=26. Acesso em: 27/10/2009.

Algo deveras elucidativo foi o plano de atuação adotado pelo Mercado Comum do Sul, comprometendo-se à realização de estudos, campanhas e encontros atinentes aos direitos humanos da diversidade sexual e acolhendo propostas da *Rede de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais – LGBT* do *MERCOSUL*.

As autoridades do bloco regional concederam sólido respaldo à promoção de garantias às minorias sexuais aprovando propostas oferecidas por organismos representativos da diversidade sexual da Argentina, Chile e Uruguai, com destaque especial para o Movimento de Integração e Liberação Homossexual (Movilh). Indo além, durante os debates instaurados na XVI Reunião de Altas Autoridades Competentes em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados – RAADDHH, protagonizada na cidade de Montevidéu, em setembro de 2009, o Grupo de Trabalho sobre *Discriminação por Orientação Sexual* inclinou-se nitidamente pelo estímulo às campanhas cujo objeto se circunscrevesse às minorias sexuais.

Importa registrar que o aludido grupo não se limitou a questões de índole elementar; compromissou-se em elaborar relatórios periódicos que retratassem a realidade de segmentos sexuais minoritários nas adjacências do Cone Sul, com vistas a alçar o tema às instâncias da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington D.C.

Inobstante os avanços no campo internacional, em especial no que se refere à proteção dos direitos humanos e ao processo de democratização, persistem padrões e conceitos preconceituosos, tais como a proposição de que o homossexual teria maiores dificuldades em controlar impulsos libidinosos.

Neste aspecto, avaliações realizadas sobre os efeitos da integração de homossexuais nas Forças Armadas australianas[59] reportaram que menos de 5% das reclamações relativas a incidentes envolvendo assédio sexual ou outras formas de comportamentos sexuais impróprios referiam-se às questões de orientação sexual. Das reclamações formais recebidas de março de 1997 a agosto de 2000, tão-somente 2,43% envolviam homossexualismo, e das chamadas telefônicas atendidas pelo serviço de aconselhamento anônimo, de setembro de 1998 a agosto de 2000, apenas 1,52% referiam-se a indivíduos homossexuais. De acordo com Chris Sidoti, ex-integrante da Comissão Australiana sobre Direitos Humanos, os casos de

[59] BELKIN, Aaron. **Don´t Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** *Op. cit*. BELKIN, Aaron & MCNICHOL, Jason. **The Effects of Including Gay and Lesbian Soldiers in the Australian Defence Forces: Appraising the evidence**.*Op. cit*. p.22.

assédio e de discriminação envolvendo homossexuais tendem a ocorrer quando estes sofrem abusos de heterossexuais, e não, o contrário[60].

No Canadá, nenhum dos 905 casos de assédio sexual ocorridos nos três anos seguintes à extinção da proibição foram relativos a investidas de homossexuais[61]. E de 544 casos de desvio de conduta sexual, somente 22 envolveram indivíduos com tal orientação.[62]

Na realidade, o problema da homossexualidade nas Forças Armadas não se centra no homossexual, mas nos heterossexuais que o estigmatizam. Neste contexto, o que seria mais razoável e justo: banir o indivíduo ou lutar contra o preconceito? A primeira providência, sem dúvida, seria o caminho mais fácil a se perfilhar, mas não sob a ótica da legalidade, por afrontar os princípios constitucionais norteadores dos Ordenamentos Jurídicos brasileiro e internacional.

Sobre o tema, a Corte Europeia de Direitos Humanos instada a pronunciar-se, refutou velhas intolerâncias.

Dois episódios destacam-se como paradigmáticos – o caso **Lustig-Prean & Beckett**, e o caso **Smith & Grady** – onde os requerentes, membros efetivos das Forças Armadas do Reino Unido, tornaram-se objetos de investigação em virtude da orientação sexual. As partes arguiram que as investigações e o consequente afastamento compulsório das Forças Armadas em decorrência do homossexualismo constituíam violação à vida privada, garantida pelo artigo 8º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, sem prejuízo da inegável afronta ao artigo 14 do mesmo diploma, vez terem sido alvos de discriminação.[63]

No caso **Smith & Grady**, argumentou-se que além da violação aos mencionados artigos 8º e 14 da Convenção houve, também, transgressão aos artigos 3º - que veda tratamentos desumanos e degradantes - e 10º - que assegura a liberdade de expressão.[64] A infração do

[60] BELKIN, Aaron & MCNICHOL, Jason. **The Effects of Including Gay and Lesbian Soldiers in the Australian Defence Forces: Appraising the evidence** .*Op. cit*.p 22.
[61] BELKIN, Aaron. *Don´t Ask,* **Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity***? Op. cit.* e BELKIN, Aaron & MCNICHOL, Jason. **Effects of the 1992 Lifting of Restrictions on gays and Lesbian Service in the Canadian Forces: Appraising the evidence**. *Op. cit*. p. 21.
[62] BELKIN, Aaron & MCNICHOL, Jason. **Effects of the 1992 Lifting of Restrictions on Gays and Lesbian Service in the Canadian Forces: Appraising the evidence**.*Op. cit.* p. 23.
[63] DALVI, Sameera. **Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent judgments against the United Kingdom and their impact on other signatories to the European Convention of Human Rights**. *In:* http://escholarship.org/uc/item/1qb9c6hh. Acesso em: nov. 2009.
[64] *Verbis:* ***Artigo 3° Proibição da tortura***
Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.
Artigo 10° Liberdade de expressão
1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou idéias sem que possa haver ingerência de quaisquer

artigo 3º cingiu-se ao tratamento discriminatório, alicerçado em rudes estereótipos e preconceitos, que negou e afrontou as individualidades e dignidade.[65] Quanto ao artigo 10º, os requerentes alegaram que a orientação sexual do indivíduo incorpora um sistema de crença ou visão de mundo essencial para a sua identidade, e que eles foram forçados a levar o que classificaram de "vida dupla", em face da política adotada pelo Ministério da Defesa inglês.[66]

O argumento central defendido pelo Reino Unido, em ambos os casos, foi revestir o serviço militar de um contexto especial, visto depender a coesão da corporação da "proximidade física e das condições de vida partilhada, paralelamente às pressões externas configuradas pelo perigo grave e pela guerra."[67] Aduziu que atitudes arraigadas de hostilidade, suspeição ou de desconforto na tropa poderiam comprometer a eficácia operacional e o poder de combate.[68]

O Tribunal Europeu ponderou ter o aludido fundamento origem em habituais sentimentos de desaprovação e de agressividade em relação aos indivíduos de orientação homossexual, cem como aos desagrados com suas presenças nas unidades militares. Em resposta aos argumentos erigidos pelo governo britânico, asseverou a Corte de Justiça:

> Na medida em que representam uma predisposição por parte da maioria heterossexual contra uma minoria homossexual, estas atitudes negativas não podem (...) ser consideradas pela Corte como justificativa suficiente para as interferências nos direitos dos requerentes (...) ou para atitudes similares contra aqueles de diferente raça, origem ou cor.[69]

Constatou que a decretação de rigoroso código de conduta, tal qual o existente em relação ao assédio sexual e racial, seria uma saudável alternativa à política de afastamento de homossexuais, contemplando impacto menos gravoso à vida privada de **gays** e lésbicas membros das Forças Armadas.[70]

Tanto para o caso **Lustig-Prean & Beckett**, quanto para o **Smith & Grady,** a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a prerrogativa do Estado de impor restrições ao

autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

[65] **Smith & Grady**, 29 Eur. H. R. Rep. 119. p. 538.
[66] **Smith & Grady**, 29 Eur. H. R. Rep. 119. p. 539-540.
[67] **Lustig-Prean & Beckett**, 29 Eur. H. R. Rep. p. 574-575.
[68] **Lustig-Prean & Beckett**, 29 Eur. H. R. Rep. p. 574-575.
[69] **Smith & Grady,** 29 Eur. H. R. Rep. p. 533. Tradução livre.
[70] DALVI, Sameera. *Op. cit.*

direito à vida privada quando diante de ameaça real à eficácia operacional das Forças Armadas. O Tribunal entendeu que a corporação militar do Estado não pode funcionar adequadamente se os membros que a compõem estão a miná-la, contudo, faz-se necessário que a ameaça seja pautada em exemplos concretos.[71]

Na decisão **Smith & Grady**, declarou explicitamente que as investigações constituíam latente violação à vida privada das partes e pouco afetavam a eficácia operacional da entidade militar. Salientou que as investigações revelaram-se desnecessárias, vez que os recorrentes admitiram a homossexualidade, e que o Ministério da Defesa não logrou êxito em provar a prejudicialidade das partes à essência da corporação.[72] Leia-se trecho do voto no qual erigiu-se:

> (...) nem os inquéritos destinados à apurar a orientação sexual das partes, tampouco o afastamento da carreira militar em razão da política levada a cabo pelo Ministério da Defesa, foram aceitáveis quando observados sob a ótica do artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos.[73]

Urge aludir que em ambos os episódios mencionados a Corte vislumbrou violação ao artigo 8º.[74] Como resultado, o Reino Unido acolheu a decisão do Tribunal Europeu e implementou mecanismos para lidar com as questões sexuais nas Forças Armadas Britânicas.

Como consequência, o então Ministro da Defesa Geoffrey Hoon, anunciou que os Chefes do Estado Maior aceitaram alterar a política existente e desenvolver uma nova linha de atuação que delegasse a orientação sexual ao campo da vida privada.[75] Esta abertura foi estampada na Revista do Exército Britânico, **Soldier**, edição de julho de 2009, cuja matéria de capa versava sobre a celebração da diversidade após a inclusão de soldados **gays** na Força terrestre inglesa. Intitulada **Pride, not prejudice**, a matéria fez referência ao respeito e à tolerância dos militares heterossexuais para com os companheiros de farda homossexuais, considerados **equal partners**.[76]

---

[71] **Smith & Grady**, 29 Eur. H. R. Rep. p. 530; Lustig-Prean & Beckett, 29 Eur. H. R. Rep. p. 580-581.
[72] DALVI, Sameera. *Op. cit.*
[73] **Smith & Grady**, 29 Eur. H. R. Rep. p. 537.
[74] **Artigo 8.º**
"(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros."
[75] DALVI, Sameera. *Op. cit.*
[76] *Vide:* **Magazine of the British Army – SOLDIER**. July 2009, vol. 65/07, pp. 24-27.

Finalmente, no Brasil, a questão da discriminação é tratada pela Constituição Federal no preâmbulo da Lei Fundamental que assegura o estabelecimento de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; no art. 1º, III, que resguarda a dignidade da pessoa humana; no art. 3º que promove como objetivos da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; no art. 5º, *caput*, que estatui o princípio da isonomia, vetor interpretativo para refutar estigmatizações de qualquer natureza contra o indivíduo, bem como seu inciso X, que assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas; XLI, que prevê punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e XLII, que certifica ser a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, aplicável à matéria por analogia.

Apesar da Lei Maior não se referir, expressamente, à orientação sexual, exsurge do seu *espiritu* e de sua positividade, expressa vedação às manifestações de ódio e intolerância.

Ora, o conceito clássico de justiça consiste, precisamente, em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Consoante ilustra Bulos:

> Os homens nunca foram iguais e jamais o serão no plano terreno. A desigualdade é própria da condição humana. Por possuírem origem diversa, posição social peculiar é impossível afirmar-se que o homem é totalmente idêntico ao seu semelhante em direitos, obrigações, faculdades e ônus. Daí se buscar uma igualdade proporcional, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais.[77]

A dignidade humana, importante parâmetro constitucional de ponderação do Direito, valor supremo e cláusula nuclear de proteção, assegura ao indivíduo manifestar seus anseios, sentimentos, aspirações e afetos sem que seja tolhido física ou emocionalmente.

Sobre a sua importância escreve André Pires Gontijo:

> A dignidade humana, predominante nas constituições da sociedade ocidental, torna-se um valor ético fundamental, uma garantia de validade universal que afeta todo o sistema jurídico em seu conjunto. Ela não pode ser considerada um direito fundamental de caráter subjetivo, mas uma norma de cunho objetivo, sem qualquer limitação, em que se determina uma base para todo o sistema de valores, que serve como critério interpretativo de todos os direitos fundamentais.[78]

[77] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor.** Ed. Saraiva, São Paulo 2000, p. 78.

[78] *In:* **A Sociedade Aberta Universal. A (re)discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco**. Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a conclusão do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Área de Concentração: Direito das Relações Internacionais. Brasília, 2009, p. 195-196.

Pari passu, o princípio da igualdade se alevanta como inerente à Democracia. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho está-se diante *de* "uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indíviduo. Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional." Como princípio de interpretação, "(...) o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei."[79]

Mencione-se, por oportuno, ser o Brasil signatário de convenções e tratados internacionais que obliteram a discriminação, a exemplo da Declaração Universal de Direitos. [80] Explicite-se, bem assim, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que, igualmente, a coíbe.[81]

Ainda, aderiu o Estado Brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que encerra verdadeiros princípios de respeito aos direitos humanos essenciais.[82] Mais, o Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992, que internalizou na positividade

---

Para Alexandre de Moraes: *"A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na auto-determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*." *In*: **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2006 p. 60.

[79] *In*: **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 33ª ed. rev. e atual., p. 282.

[80] Dispõe o art. 2º da Declaração: "I - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie**, seja de raça, cor, **sexo,** língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição." (Grifo nosso)

De igual forma, outros artigos: Artigo VI - Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei."

"Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação."

"Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

[81] Preceitua seu intróito; *litteris:* "Os Estados Partes na presente Convenção, considerando que a Carta das Nações Unidas fundamenta-se em **princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos**, e que todos os Estados-Membros comprometeram-se a agir, separada ou conjuntamente, para alcançar um dos propósitos das Nações Unidas, que é o de promover e encorajar o **respeito universal e efetivo pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação** de raça, **sexo**, idioma ou religião;

(...) Considerando que todos os homens são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra todo incitamento à discriminação. (...)" (Grifo nosso)

[82] In verbis: "Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção **comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma**, por motivo de raça, cor, **sexo**, idioma, religião, opiniões

pátria o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos salvaguarda a integridade humana.[83]

Outros Pactos, Tratados e Convenções poderiam ser colacionados, despiciendo, contudo, sabido que desde o advento da EC 45/2004, os Atos Internacionais que versam sobre Direitos Humanos ocupam lugar especialíssimo na pirâmide hierárquico-jurídica, a teor do art. 5º, §2º da CF.

Acerca da matéria, pontua Cançado Trindade: "a especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente.[84]

---

políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."(Grifo nosso)
"Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. (...). 5**. A lei deve proibir toda propaganda a favor da** guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à **discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência**."(Grifo nosso)
"Artigo 17 - Proteção da família. 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da **não-discriminação** estabelecido nesta Convenção."(Grifo nosso)
"Artigo 24 - Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei."
"Artigo 27 - Suspensão de garantias. 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e **não encerrem discriminação alguma** fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social."(Grifo nosso).

[83] Veja-se: "Art. 2º - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no atual Pacto, **sem discriminação alguma por** motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação." (Grifo nosso)
"Art. 4º - 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes desse Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito internacional e **não acarretem discriminação alguma** apenas por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião ou origem social." (Grifo nosso)
"Art. 20 - 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência."
"Art. 24 - 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor.
"Art. 25 - Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas:
a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário
c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país."
"Art. 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação** alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, **sexo,** língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação."

Esposando semelhante entendimento, o Ministro Celso de Mello em sede do *Habeas Corpus* n. 87.585-TO e do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, opinou pelo caráter constitucional dos Tratados de Direitos Humanos internalizados pelo Brasil, endossando parte da doutrina que sustentava a tese deles ostentarem tal envergadura. Divergindo deste posicionamento, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado pela maioria plenária do Supremo Tribunal Federal, conferiu-lhes *status* de supralegalidade quando não aprovados por maioria de 3/5 em cada Casa Congressual. Em excerto de voto assentou:

> (...), parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de 'supralegalidade' aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de 'supralegalidade'.
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado ao ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.[85]

Desta forma, os estatutos internacionais desse jaez situam-se em posição intermediária, qualificando-se como diplomas impregnados de estrutura superior à das leis internas em geral.

Por derradeiro, nomeie-se como decisiva contribuição à modernidade democrática brasileira, o Programa Nacional de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB (**Gays,** Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais "Brasil sem

---

[84] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 234.

[85] Voto prolatado pelo Min. Gilmar Mendes, nos autos do HC nº 87.585-8/TO.
Relembre-se, outrossim, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que, por unanimidade, deu interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que possa impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Por outras palavras, reconheceu o Pretório Excelso a união estável para casais homossexuais.
A ADI 4277 protocolada inicialmente como ADPF 178, intentava a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como que os direitos e deveres dos companheiros nas uniões heterossexuais estáveis fossem estendidos às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Por sua vez, a ADPF 132, proposta pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava preceitos fundamentais da Carta Política como a igualdade, a liberdade, cujo consectário é a autonomia da vontade, e o princípio da dignidade da pessoa humana. Requereu, então, a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele estado.
O ministro Ayres Britto, relator das ações, argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. "*O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica*", pontuou, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide com o inciso IV do artigo 3º da CF. Sem dúvida, trata-se de significativo avanço em prol da edificação de um novo modelo institucional que contemple conceitos diversos de família para além do tradicional patriarcalismo.

Homofobia", aprovado pelo Governo Federal e em vigor desde 2004, por intermédio do qual se instituiu políticas públicas de combate à discriminação, à promoção da cidadania homossexual e à construção de uma cultura de paz e valorização da diversidade humana.

Em conclusão às articulações doutrinárias esposadas, cumpre mencionar a célebre declaração de Victor Hugo à Assembleia Nacional Francesa: "haverá sempre infelizes, mas é possível deixar de haver miseráveis". A responsabilização solidária pelo "outro como um dos nossos" aboli a discriminação, o sofrimento e a miséria ética, deferência mútua de uma comunidade que valoriza a tolerância e prestigia o patriotismo constitucional. A integração de homossexuais declarados às fileiras das Forças Armadas rompe a cisão ilegítima da desigualdade, sobreleva a alteridade e defende a integridade de grupos historicamente privados do compartilhamento social. O exemplo nos é dado por Maria Quitéria de Jesus, patrona do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro. Obrigada a trajar-se como homem para poder alistar-se no Regimento de Artilharia lutou com bravura e heroísmo pela independência do Brasil, no estado da Bahia. Ovacionada como heroína, o Governo Interino da Província concedeu-lhe o direito de portar espada que ela pôde, finalmente empunhar vestida de saiote.

Referências

BARNES II, John L. **Don´t Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice**. Tese de Mestrado. Monterey: California. Naval Posgraduate School.2004.

BATEMAN, Geoffrey W. **The UCMJ Definition of Sodomy**. *In:* http://www.gaymilitary.ucsb.edu. Acesso em 2007.

BELKIN, Aaron & MCNICHOL, Jason. **Effects of the 1992 Lifting of Restrictions on gays and Lesbian Service in the Canadian Forces: Appraising the Evidence**. Center for the Study of Sexual Minorities in the Military, 2000.

BELKIN, Aaron. **Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?** *In:* http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5002538926. Acesso em: 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

_____ **Elogio à Serenidade e Outros Escritos Morais.** São Paulo: Unesp, 2002.

BONAVIDES, PAULO. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003, 2ª ed.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

D´ARAUJO, Maria Celina. Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas brasileiras**.** Painel: **Women in the Armed Forces I**. *In:* **Research and Education in Defense and Security Studies** Chile: 2003.

DALVI, Sameera. **Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments Against the United Kingdom and Their Impact on Other Signatories to the European Convention of Human Rights**. *In:* http://escholarship.org/uc/item/1qb9c6hh. Acesso em: nov. 2009.

DE GOBINEAU, Arthur. **Essai sur l'inégalité des races humaines.** Tome premier. Digitalização: Google Books. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1853, p. 198.

DOMINGUES, Leyza Ferreira. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural.** Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 33.ed. rev. e atual.

GAZETA DO SUL. *In:* http://www.gazetadosul.com.br/default.php?arquivo=_ultimas.php&intIdUltimaNoticia=78529. Acesso em: 27/10/2009.

GONTIJO, André Pires. **A Sociedade Aberta Universal. A (re) discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco.** Dissertação apresentada como requisito obrigatório para conclusão do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Área de concentração: Direito das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

GOULD, Stephen Jay. **The Mismeasure of Man**. Nova York-Londres: Penguin Books, 1966.

GUIMARÃES, Thiago. **Argentina extingue Justiça Militar e libera soldado gay**. *In:* http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2802200914.htm. Acesso em: 27/10/2009.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Bs.As: Albatros, 1954.

JOHNS, John H. *et al.* **Cohesion in the U.S Military:Defense Management Study Group on Military Cohesion**.Washington: National Defense University Press. 1984.

KONIGSBERG, Eric. *Gays in arms: can gays in the military work? In countries around the world, they already do*. *In:* **http://www. questia.com/reader/printpaginator/3268**. Acesso em: 08 abr. 2009.

MACCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence.In:* **Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment**. California: RAND. 1993.

Magazine of the British Army – SOLDIER. July 2009, vol. 65/07.

MAIA, Maria Vitória Mamede. **Rios Sem Discursos. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade.** São Paulo: Vetor, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Minister of Defence: **Policy on Homosexuality. Homosexuality and the Armed Force – Background Information**. Grã-Bretanha. Disponível em: <http://www.proud2serve.net/military/modpolicy.htm>. Acesso em: 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Tomo IV, 4ª ed.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, 5ª ed.

PELLEGRINO, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. *In:* Py, Luiz Alberto et alli. **Grupo sobre Grupo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

SANTOS, Boaventura Souza, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. *In:* **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ªed.

Uruguai legaliza adopção por homossexuais. *In:* http://www.esquerda.net/index.php?option=com_content&task=view&id=13410&Itemid=26. Acesso em: 27/10/2009.

WINNICOTT, D.W. **Conversando com os pais**. São Paulo: Martins Fontes, 1975.