



## Roger Rios: Direitos civis, discriminação por sexo e homotransfobia

Conforme a Suprema Corte dos Estados Unidos (USSC), a proibição de discriminação por sexo abrange orientação sexual e identidade de gênero. Em um importante e expressivo conjunto de decisões [1], o tribunal de cúpula estadunidense não só reafirmou a força da igualdade e afastou discriminações contra homossexuais (como fizera ao decidir pelo direito ao casamento civil a pessoas do mesmo sexo [2]), mas também deixou claro que a proteção contra discriminações por sexo também alcança pessoas



A relevância desse julgamento é, por várias razões,

indisputável. A projeção global da USSC e o impacto de suas decisões na arena internacional e no Direito comparado são inegáveis; ao mesmo tempo, o decidido traz contribuições significativas para o debate brasileiro, não só no diálogo com precedentes do Supremo Tribunal Federal, mas em especial para engendrar medidas legislativas, executivas e judiciais mais justas e livres de homotransfobia em matéria de igualdade, de liberdade e de respeito à dignidade.

### ***Notas sobre a decisão da Suprema Corte dos EUA: discriminação por sexo e homotransfobia***

Ao examinar a proibição de discriminação por raça, religião, origem nacional e sexo nas relações de trabalho, a USSC decidiu que demitir alguém pelo simples fato de ser gay ou transgênero ofende a Lei de Direitos Civis, de 1964. Para chegar a esta conclusão, o tribunal examinou quatro alegações: a) de que a compreensão do termo "sexo", quando da promulgação da lei pelo Congresso, só tinha em mente o sexo biológico de homens e de mulheres; b) de que o motivo das demissões não foi o sexo, mas sim a condição homossexual e transgênero, critérios que não se confundem com a proibição de discriminação sexista; c) de que a lei, ao nada dizer sobre orientação sexual e identidade de gênero, não objetivou proteger tais condições e d) de que a simetria de tratamento entre homens e mulheres homossexuais ao lado de homens e mulheres transgêneros demonstra inexistir discriminação por sexo.



a) *Proibição de discriminação por sexo e "sexo biológico"*. Logo de partida, o julgamento anotou que o termo "sexo", na dicção da lei, referia-se a distinções biológicas entre homens e mulheres; a seguir, admitida e respeitada essa premissa, a USSC explicitou, como fez em outros precedentes, que há discriminação por motivo de sexo sempre que o fator sexo seja determinante para o tratamento prejudicial, ainda que isoladamente ou em conjunto com outros fatores. Daí que, ocorrendo despedida baseada, mesmo que parcialmente, no sexo, constata-se a discriminação sexista. Quanto a esse ponto, o tribunal foi muito claro: não faz diferença se o discriminador levou em conta outros fatores além do sexo, nem se o empregador trata mulheres, como grupo, do mesmo modo que trata homens, como grupo. Havendo consideração do sexo na despedida, ainda que ao lado de outros motivos, está configurada a ofensa. Assentada essa premissa, examinou-se a segunda questão: as demissões foram motivadas pela condição homossexual ou transgênero, e não pelo sexo.

b) *Diferença entre "sexo biológico" e condição homossexual ou transgênera*. Também nesse ponto, a decisão foi clara e direta: *"Porque a discriminação com base no status homossexual ou transgênero requer que um empregador intencionalmente trate empregados individuais diferentemente em função do sexo, um empregador que intencionalmente penaliza um empregado por ser homossexual ou transgênero também viola o Título VII. Não há escapatória para o papel que a intenção toma: como o sexo é necessariamente uma condição sine qua non quando o empregador discrimina contra empregados homossexuais ou transgêneros, um empregador que discrimina com base nestes critérios inescapavelmente se vale do sexo em sua decisão"* (p. 2, tradução livre).

De modo mais concreto, *"...quando um empregador demite uma empregada porque ela é homossexual ou transgênero, dois fatores causais podem estar em jogo — ambos o sexo do indivíduo e também algo mais (o sexo pelo qual o indivíduo tem atração ou com o qual o indivíduo se identifica). Para o Título VII não faz diferença. Se o empregador não demitiria o empregado senão pelo sexo, o standard de causalidade está presente, e a responsabilidade pode ser determinada"* (p. 11, tradução livre).

c) *Ausência de previsão legal de orientação sexual e identidade de gênero*. A proteção antidiscriminatória por "orientação sexual" e "identidade de gênero" foi posta em causa pelo silêncio legislativo sobre estes fatores. Rejeitando a alegação, a USSC reafirmou e desenvolveu as respostas anteriores. *"Nós concordamos que homossexualidade e transgeneridade são conceitos distintos de sexo"*, disse o tribunal. E prosseguiu: *"Mas, como visto, discriminação baseada na condição homossexual ou transgênero necessariamente implica discriminação baseada em sexo; a primeira não pode ocorrer sem a segunda. Nem há tal coisa como 'um canhão de rosquinhas', no qual a falta do Congresso em apontar diretamente para um caso específico que se subsume dentro de um dispositivo legal mais genérico cria uma exceção tácita. Em vez disso, quando o Congresso opta por não incluir exceções em uma regra ampla, os tribunais devem aplicar a regra ampla. E isso é exatamente como esta corte tem sempre abordado o Título VII. 'Assédio sexual' é conceitualmente distinto de discriminação sexual, mas se subsume dentro da seção Título VII. (...) Como promulgado, o Título VII proíbe todas as formas de discriminação por sexo, não importa como elas se manifestem ou quais sejam os rótulos que a elas possam se inculcar"* (p. 19, tradução livre).



*d) Tratamento igual dado a homens e mulheres homossexuais e a homens e mulheres transgêneros.* Por fim, a USSC refutou a alegação de que não haveria discriminação, dado que homossexuais e transgêneros, sejam homens ou mulheres, são tratados de forma igual. Com efeito, tal "paridade discriminatória" não faz desaparecer o fato de que o tratamento prejudicial aos grupos listados (homens homossexuais, mulheres homossexuais, homens trans e mulheres trans) decorre do fator sexo.

A par da centralidade desses fundamentos, o julgado foi robustecido pela invocação de outras situações em que a própria Suprema Corte se deparou com discriminação sexista conglomerada com o pretexto de motivos diversos, como ocorreu no assédio sexual, na participação da mulher no mercado de trabalho e no custeio de sistema previdenciário. Em todos eles, já fora identificada discriminação sexista, pois o fator sexo foi, ao lado de outros pretextos, decisivo para o tratamento prejudicial. No primeiro, alegava-se inexistir assédio praticado contra homossexual pela circunstância de os perpetradores terem sido colegas também homossexuais; no segundo, restringia-se a contratação de mulheres com filhos jovens, como se a suposta proteção da maternidade fosse apagar a discriminação sexual; no terceiro, fundo de pensão exigia maior contribuição financeira por parte das mulheres, sob o argumento de maior expectativa de vida feminina. Em suma, disse a Suprema Corte, motivações adicionais, invocadas como justificção, não são pretextos capazes de dissipar a discriminação sexual.

Além de esclarecedores, tais precedentes trazem relevantes contribuições para o debate brasileiro, que requer o enfrentamento de discriminações crescentes e o aperfeiçoamento de respostas jurídicas.

#### **A decisão da USSC: diálogo com o STF e deveres estatais**

Ainda que breves, essas notas sintetizam aportes valiosos para o debate brasileiro. Numa mirada retrospectiva, elas permitem dialogar com os marcos do Supremo Tribunal Federal sobre orientação sexual e identidade de gênero; prospectivamente, apontam exigências democráticas e razões constitucionais para a atividade legislativa, executiva e judiciária.

Antes de pincelar possíveis diálogos entre as cortes e de anotar repercussões no porvir legislativo, executivo e judiciário, importante lembrar: no sistema jurídico de que faz parte, a USSC é ao mesmo tempo corte constitucional e intérprete final da legislação infraconstitucional. No caso aqui comentado, ela interpretou a lei dos direitos civis, ao passo que em outras oportunidades protegeu direitos constitucionais (direito ao casamento de homossexuais [3], igual proteção da lei sem exclusão de gays, lésbicas e transgêneros [4] e direito à privacidade[5]). Ter isso presente é muito relevante na medida em que proibição de discriminação sexista é direito fundamental entre nós, vinculante de toda atividade estatal.

Quanto à atividade legislativa, a contribuição da USSC exige que, tanto emendas constitucionais, quanto iniciativas infraconstitucionais, não só não podem restringir o alcance da norma antidiscriminatória, como devem reforçar esta proteção. No cenário parlamentar contemporâneo, é inegável a relevância desse aporte, o que projetos de lei sobre a suposta "ideologia de gênero" ilustram.



Na esfera executiva, por sua vez, a compreensão da discriminação sexista torna insubsistentes iniciativas, políticas e decisões sempre que o sexo, total ou parcialmente, tenha o efeito de prejudicar não só mulheres pelo sexo biológico, com também a homossexuais e transgêneros. Haverá, portanto, discriminação sexista inconstitucional contra mulheres, homossexuais e transgêneros, quando houver prejuízo ao reconhecimento e ao exercício de direitos, relacionado ao fator sexo, nos diversos campos da atuação administrativa, seja por ação ou omissão, de modo direto ou indireto [6].

Por fim, antes pela qualidade substancial do que mesmo pelo argumento de autoridade, a decisão da USSC é valiosa para a atividade judicial. Os fundamentos colaboram, sem dúvida, para fazer desvanecer a cegueira diante da homotransfobia como discriminação sexista, bem como para análise do sexismo como fator causal na sanção jurídica do ato ilícito discriminatório. Cada vez mais límpidos, esses elementos jurídicos são balizas técnicas para respostas judiciárias, seja na concretização de dispositivos legais [7], seja na aplicação de precedentes vinculantes em matéria de sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A propósito, a menção a precedentes vinculantes oportuniza a sugestão de estudos retrospectivos de direito comparado e sobre o fenômeno do diálogo das cortes. Fica aqui o registro, em apressadas e incompletas anotações, sem qualquer pretensão de exaustividade, nem de exaurir a amplitude dos julgamentos, de possíveis relações entre: a) a liberdade sexual como direito à privacidade em *Lawrence v. Texas* e como alicerce na ADPF n. 132 [8]; b) a proteção antidiscriminatória como âmago do direito de igualdade em *Romer v. Evans* e na ADPF n° 291; e c) o reconhecimento da dignidade em *Obergeffell v. Hodges* e na ADIN 4.275.

Sobre discriminação sexista e homotransfobia, objeto destas notas, não há dúvida de que o contraste, as aproximações e as distinções entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a decisão da Suprema Corte dos EUA terão valor inestimável para o aperfeiçoamento dos respectivos ordenamentos jurídicos. Basta colocar lado a lado a decisão da USSC e aquelas do STF sobre a criminalização da homotransfobia [9] e sobre a inconstitucionalidade de censura, silêncio e obscurantismo em matéria de diversidade sexual no sistema de ensino [10]. Com diferentes modos e graus de repreensão constitucional à homotransfobia, os tribunais adentraram na consideração e na relação do sexo, da orientação sexual e da identidade de gênero como critérios proibidos de discriminação, bem como sobre a proteção jurídica propiciada pelos diversos dispositivos constitucionais e infralegais.

### Considerações finais

A decisão da Suprema Corte dos EUA afirmando a proteção constitucional diante homotransfobia como discriminação por motivo de sexo, mesmo que desprovida de ineditismo [11], é marco jurisprudencial de enorme importância. Com seu inegável prestígio e influência globais, ela se soma a vários tribunais nacionais e internacionais quanto à injustiça e à antijuridicidade da homotransfobia. Mais ainda, ela deixa claro o alcance da proibição de discriminação por sexo e seu impacto na estrutura do raciocínio jurídico antidiscriminatório, abrindo caminho para um frutífero diálogo jurisprudencial comparado com o Supremo Tribunal Federal.



---

Em especial nos dias de hoje, em que as garantias constitucionais e os direitos fundamentais nos Estados Unidos, no Brasil e mundo afora são desafiadas pelo recrudescimento de intolerância, discriminação e violência, esse precedente jurisprudencial é alerta e convocação para a responsabilidade jurídica, democrática e cidadã de tribunais e operadores jurídicos em todos os quadrantes e latitudes.

[1] USSC, *Bostock v. Clayton C, Altitude Express v. Zarda e R.G. & G.R. Harris v. EEOC*, todos de 15/06/2020, por 6 votos a 3 (disponível em , [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf), acesso em 15/6/2020)

[2] USSC, *Obergeffell v. Hodges*, por 5 votos a 4 (disponível em [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), acesso em 15/6/2020).

[3] USSC, *Obergeffell v. Hodges*, 2014 (disponível em [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), acesso em 15/6/2020)

[4] USSC, *Romer v. Evans*, 1996 (disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/>., acesso em 15/6/2020)

[5] USSC, *Lawrence v. Texas*, 2006 (disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>, acesso em 15/6/2020)

[6] Sobre o conceito jurídico de discriminação e suas modalidades direta e indireta, ver Roger Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação* (Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008).

[7] Exemplificativamente, anatem-se, dentre tantas, as Leis 9.029/1995, n. 11.340/2006 e 13.104/2015.

[8] STF, ADPF 132, j. 05.05.2011 (disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, acesso em 15/6/2020).

[9] STF, ADO 26, j. 13.06.2019 (disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>., acesso em 15/6/2020)

[10] STF, ADPF 457, j. 27.04.2020 (disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343276006&ext=.pdf>., acesso em 15/6/2020)



[11] Ver Roger Raupp Rios, *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

**Date Created**

16/06/2020