

Tribunais

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Bertrand Russell, sem dúvida alguma um dos mais fecundos pensadores deste século, diz em "A Conquista da Felicidade" (*The Quest of Happiness*) que "A inveja é a base da democracia".

De fato, no mundo greco-romano, um plebeu nunca invejava o patricio. Ambos tinham nascido assim. Como a fumaça sobe e a chuva desce, também os homens, pela natureza, se achavam cada um preso dentro de sua casta ou de seu casulo social.

Com a invenção da Imprensa, a cultura foi-se disseminando e através da consciência, da valorização individual, trazida sobretudo pela Reforma e pelo Liberalismo, o homem pôde perceber que um rei, antes escolhido por Deus para governar seus súditos, na essência não era diferente dele. Passou, então, a invejar seu semelhante. Dessa inveja nasceu o sentimento de igualdade, que hoje pode ser considerado como o cimento da democracia.

Alguns teóricos, como Carl Schmitt, definem a democracia a partir da "igualdade substancial". Numa democracia há um crescente esforço para "realizar a identidade de governantes e governados" (*Teoría de la Constitución* -Ed. Rev. de D. Privado -Madrid -p. 272).

Nossa Carta política em vigor, um pouco mais sinteticamente do que a Constituição de 34 e diferentemente da Constituição de 46, fala que "todos são iguais perante a lei,

sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça" (art. 153, § 1º).

De um modo geral, as Constituições do mundo todo consagram a igualdade perante a lei, sem discriminação quanto ao sexo. Assim, as Constituições de Portugal (art. 13º, inc. 2), Espanha (art. 14), Canadá (art. 15), Turquia (art. 10), Polônia (art. 67, inc. 2), República Federal da Alemanha (art. 3), República Democrática da Alemanha (art. 20) e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (art. 34).

O texto recém-aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte do Brasil (art. 6º, caput) não deixa de pecar por sua síntese: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". A palavra "natureza" é muito ampla e certamente poderá trazer dificuldades ao legislador, na hora de fazer a lei ordinária, ou ao juiz e ao administrador, na hora de aplicá-la. A Constituição de 1891 (art. 72, § 2º) já dizia enfaticamente "Todos são iguais perante a lei". Todavia, a mulher só veio a adquirir o direito de voto com a Revolução de 1930.

Nos Estados Unidos, por mais de uma vez, o Judiciário tem sido chamado para decidir quanto à constitucionalidade de regulamentos de corporações militares que mandam dispensar de suas fileiras aquele que se envolver em práticas homossexuais.

Anthony McLeod Kennedy, o último juiz a ter assento na Supre-

ma Corte, quando ainda compunha o Tribunal de Apelação da 9ª Seção Judiciária (*Ninth Circuit Court of Appeals*), com sede em Sacramento (Califórnia), em seu voto teve como constitucional o regulamento da Marinha que mandava dispensar marujo homossexual. Não deixou, porém, de tachar tal dispositivo de "severo" e "pouco prudente".

Agora, os jornais dos Estados Unidos e também do Brasil noticiam o caso do sargento Watkins, do Exército, que obteve ganho de causa perante uma turma do mesmo tribunal californiano.

Watkins, quando tinha 19 anos (1967), ao alistar-se, preencheu um formulário declarando-se com "tendências homossexuais". Agora, já sargento, com a idade de 39 anos, foi dispensado sob a alegação de que não se admite "gay" no Exército. Como um bom americano, que sabe que seu Judiciário é sua melhor garantia, entrou com uma ação e venceu por 2 votos contra 1.

O voto vencedor foi no sentido de que o sargento nunca havia escondido suas "tendências". Não é justo, então, após mais de duas décadas no Exército, dispensá-lo. Por outro lado, nunca foi pilhado em ato de sodomia.

O juiz que votou contra ele ponderou que se achava amarrado a precedentes judiciais. Previu que mais cedo ou mais tarde esses precedentes cairão. A certa altura de seu voto (vencido) disse: "Se eu fosse livre para aplicar meu próprio ponto de vista (quanto à Constitui-

ção) também chegaria à conclusão de que o Exército não pode se recusar a alistar homossexuais".

A Constituição americana, por ser bem antiga e sem a técnica modernamente exigida, não contempla, como suas congêneres deste século, em um só dispositivo a igualdade perante a lei. Lentamente, emendas constitucionais foram sendo elaboradas, com a extensão do voto ao negro e à mulher. A principal emenda a respeito é a de número XIV (1868), que repete, em parte, a proibição já contida na Emenda V (1791) de se fazer leis capazes de privar o cidadão de sua vida, liberdade e bens sem o devido processo legal. Essa Emenda XIV contém a cláusula da "igual proteção da lei" (*equal protection of the law*). Foi com base na *equal protection of the law* que os juizes da Califórnia acabaram por proteger o sargento Watkins.

No caso concreto, do sargento Watkins, justa me parece a solução encontrada.

Já que os homens são todos diferentes, o que se deve entender por "igualdade perante a lei" (*Gleichheit vor dem Gesetz*)? ou "igualdade na lei" (*Gleichheit in dem Gesetz*)?, como já distinguia Kelsen.

O tema não é fácil e pode ensejar dificuldades tanto para o legislador ordinário quanto para o aplicador da lei.

O *Black's Law Dictionary*, com base na jurisprudência, assim diz:

"A garantia constitucional da igual proteção das leis significa que

a ninguém ou a qualquer classe de pessoas será negada a mesma proteção das leis, a qual é fruída por outras pessoas ou outras classes em circunstâncias iguais no que concerne a suas vidas, liberdade, propriedade e em sua busca da felicidade".

A concepção acima pode ser aos olhos da lei ou do juiz uma faca de dois gumes.

Nos Estados Unidos, antes da Emenda nº XV (incorporada em 1870), o negro não votava. A mulher, a seu turno, só virou eleitora em 1920 (Emenda XIX). No Brasil da primeira República o "mendigo" não podia votar (voto censitário). Pois bem, dentro dessa ótica era perfeitamente isonômico tratar o negro diferentemente do branco ou a mulher e o mendigo diferentemente de quem era do sexo masculino ou de quem tinha posses. O que não se podia fazer era tratar o branco diferentemente do branco, ou o negro diferentemente do negro etc. Nesse caso a lei não seria isonômica, pois estaria tratando diferentemente os iguais (ou aquilo que se supunha ser igual!). Tudo isso, hoje, nos parece repelente e fere nosso "sentimento jurídico".

No Brasil ninguém nunca se lembrou de acoiar de inconstitucional a lei do IPI que trata igualmente o pobre e o rico quando ambos bebem a mesma cerveja (o imposto é o mesmo). Essa lei é tão constitucional (não se discute a sua justiça!) quanto a do Imposto de Renda, que obriga o rico a pagar mais imposto do que o pobre.

Em resumo, uma lei será mais ou menos igualitária quando ela atingir mais ou menos homens na distribuição de direitos ou obrigações. Uma lei que só permita a votação de brancos maiores de idade é menos igualitária do que outra lei que permite que todos — brancos ou negros — votem com a idade de 21. Essa última lei, à sua vez, será menos igualitária do que uma terceira que dê o direito de voto a todos, maiores de 21 anos, que estejam em seu território, inclusive estrangeiros.

No caso dos homossexuais, o fator que se deve erigir como específico (exclusão de militares) não é, evidentemente o sexo ou sua aberração, mas o elemento perturbador da disciplina hierárquica. Sob o ponto de vista de "igualdade formal", o homossexual poderá ser impedido de entrar nas Forças Armadas ou delas ser excluído. Todos, nesse caso, que se encontrarem em tal situação fático-jurídica receberão o mesmo tratamento genérico e abstrato previsto na norma. Mas, sob o ângulo de "igualdade substancial", somente aquele que, por sua conduta, influir realmente na disciplina castrense é que deverá ser barrado ou excluído. Nesse caso não é o "sexo", mas o fator "disciplina" que foi escolhido como elemento específico. E esse fator é comum a todo ser humano, seja ele homem ou mulher, preto ou branco, pobre ou rico, inteligente ou obtuso. O autor é juiz federal e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte