PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIVERSIDADE CULTURAL E INCLUSÃO SOCIAL – MESTRADO E DOUTORADO

LINHA DE PESQUISA – INCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

Alberto Barreto Goerch

MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Tese de Doutorado

NOVO HAMBURGO – RS

2022

Alberto Barreto Goerch

MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Tese de Doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Doutorado – da Universidade FEEVALE (Novo Hamburgo/RS), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Diversidade Cultural e Inclusão Social.

Orientador: Prof. Dr. Everton Rodrigo Santos

Coorientador: Prof. Dr. Gabriel Eidelwein Silveira

NOVO HAMBURGO - RS

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Goerch, Alberto Barreto.
Minorias sexuais e de gênero na jurisdição constitucional : uma abordagem a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro como forma de concretização de direitos humanos / Alberto Barreto Goerch. – 2022.
208 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Diversidade Cultural e Inclusão Social) – Universidade Feevale, Novo Hamburgo-RS, 2022.
Inclui bibliografia e apêndice.
"Orientador: Prof. Dr. Everton Rodrigo Santos ; Coorientador: Prof. Dr. Gabriel Eidelwein Silveira".

1. Direitos humanos. 2. Diversidade sexual e gênero. 3. Jurisdição constitucional. 4. Minorias sexuais e de gênero. 5. População LGBTQIAP+. I. Título.

CDU 342.7

Bibliotecária responsável: Bruna Heller – CRB 10/2348

Alberto Barreto Goerch

MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Tese de Doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Doutorado – da Universidade FEEVALE (Novo Hamburgo/RS), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Diversidade Cultural e Inclusão Social.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Everton Rodrigo Santos
Orientador (FEEVALE)

_____

Prof. Dr. Gabriel Eidelwein Silveira
Coorientador (UFPI)

_____

Profa. Dra. Denise Regina Quaresma da Silva
Examinadora Externa (UNILASALLE)

_____

Prof. Dr. Wagner Menezes
Examinador Externo (USP)

_____

Prof. Dr. André Viana Custódio
Examinador Externo (UNISC)

Novo Hamburgo/RS, 25 de fevereiro de 2022.

Dedico essa pesquisa a todas minorias sexuais e de gênero vítimas da maldade humana e que tiveram sua…

…dignidade despida…
…integridade vilipendiada…
…vida ceifada…

…por simplesmente… SEREM!

AGRADECIMENTOS

Este momento de algum modo, é sempre saudosista. Até mesmo para doutorandos, diante das inúmeras dificuldades apresentadas nesse percurso. Muitas são as pessoas a agradecer pela contribuição com mais um capítulo da nossa vida que se encerra, mas que também, se reinicia;

Primeiramente, o agradecimento é ao Ser maior, que se manifesta nas mais diversas formas e que faz sentido para algumas pessoas, com o devido respeito à laicidade. Na minha fé, o sentimento de proteção e o real sentido para a existência.

Aos meus pais que como legado, me transferiram todo o seu patrimônio... o direito à educação. Pessoas de vida simples, mas de coração nobre. Hoje, o filho de uma empregada doméstica e de um assalariado mínimo *(in memoriam)*, que vendia pastéis e rapaduras para ajudar na subsistência da família, se orgulha da educação que teve. Obrigado pelo homem que sou;

Ao meu querido professor orientador Dr. Everton Rodrigo Santos, que tem todo o meu respeito e carinho. Especialmente pela acolhida e orientação, diante dos revezes que a vida, por vezes, nos impõe. A ti, minha eterna admiração;

Ao meu amado coorientador professor Dr. Gabriel Eidelwein Silveira, que me faltam adjetivos para descrevê-lo, pela imensurável dedicação na árdua tarefa de me guiar com a iluminação. Obrigado por cada instante, pela bagagem intelectual e pelo senso de humanidade transferidos a mim.

E à ela, professora Dra. Denise Regina Quaresma da Silva, que me recebeu literalmente de braços abertos e foi a minha primeira orientadora neste doutorado. Saiba que nada disso teria sido possível sem ti. Grato pelos ensinamentos… pelo afeto. Por descortinar com doçura o universo duro da academia na sua mais alta formação. A ti, minha eterna lealdade;

Ao meu companheiro Diego Cabral, que não sei descrever em palavras o quanto contribuiu para que esse dia chegasse. Veio de mansinho em meio à essa

jornada e foi porto seguro nos momentos de tempestade. Tornou-se calmaria nesse coração agitado e recebeu o que posso oferecer de melhor... o meu amor. E com a nossa família multiespécie composta com a Ella e a Mia (nossas gatinhas), ressignificaram o meu conceito de lar. A ti… minha eterna reciprocidade.

Aos meus irmãos, que desde tenra idade, apreenderam comigo o significado do verbo dividir e sua importância diante da escassez de recursos. Ao mesmo tempo que nos somamos com as melhores lembranças, além de me darem os melhores presentes - os meus amados sobrinhos;

À minha sócia Elisângela Umpierre, por esses longos 12 anos de suporte e compreensão. Pela coluna de sustentação que se tornou na Umpierre & Goerch Advocacia durante meus momentos de ausência. Abdicou do seu tempo para eu realizar o meu sonho. Simplesmente, muito obrigado pela verdadeira amizade;

Aos professores e demais colaboradores do PPG em Diversidade Cultural e Inclusão Social - Mestrado e Doutorado da Universidade Feevale, agradeço pelo alto conhecimento transmitido e dedicação para conosco. O período em que estive como representante discente eleito do doutorado, sela essa relação que será de eterna saudade;

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, minha gratidão pela bolsa de estudos concedida e que subsidiou meus estudos. Que o mundo não dependa única e exclusivamente da caridade, mas que se tenha cada vez, mais políticas públicas como essa que promovam, em um países tão desiguais como o nosso, a equidade de oportunidades;

E finalmente a eles, que dividiram comigo os momentos mais doces e também os mais amargos nesse ciclo de formação acadêmica. Àqueles que souberam ser o suporte necessário, mas que também se permitiram serem humanos nos momentos de esgotamento. A vocês meus colegas, fica o meu carinho, admiração e votos de uma vida realmente feliz. Um até breve, com a certeza de doces reencontros;

Nada mais.

Lutei pelo justo,
pelo bom e
pelo melhor do mundo.

Olga Benário

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) nos casos que envolvam minorias sexuais e de gênero na última década, como forma de concretização ou não de direitos humanos da população LGBTQIAP+. Questionando-se: qual a posição adotada pelo STF ao julgar esses casos postos para sua apreciação e como interpreta essa matéria no patamar da jurisdição constitucional? Metodologicamente, a presente tese de doutorado utilizou uma lógica de organização dedutiva e como método de abordagem o hermenêutico. Como método de procedimento, utiliza-se da análise jurisprudencial, pois foi necessária a realização de interpretação dos julgados do STF sobre o tema. A técnica de pesquisa adotada é a da documentação indireta, visto que se trata de pesquisa bibliográfica, além da análise documental dos casos julgados pela Corte Constitucional. A Parte I, composta de aspectos teóricos, tratará no primeiro capítulo das minorias sexuais e de gênero no contexto dos Sistemas de Proteção Internacional de Direitos Humanos da população LGBTQIAP+. E a seguir capítulo sobre a jurisdição constitucional como espaço de concretização de direitos humanos. A Parte II, composta pelo último capítulo, será estruturada na análise de casos da jurisprudência do STF sobre diversidade sexual e gênero. Logo, conclui-se que, embora a lacuna na proteção aos referidos direitos ainda exista, houve um avanço nesse período no sentido de consolidar o entendimento da Suprema Corte na proteção dos direitos humanos das minorias sexuais e de gênero à luz dos tratados internacionais.

Palavras-chave: Direitos humanos. Diversidade sexual e gênero. Jurisdição constitucional. Minorias sexuais e de gênero. População LGBTQIAP+.

ABSTRACT

The goal of this study is to analyze the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in cases involving sexual and gender minorities in the last decade, as a way of enforcing or not the human rights of the LGBTQIAP+ population. The question is: what is the position adopted by the STF when judging these cases put for its consideration and how does it interpret this matter at the level of judicial review? Methodologically, the present doctoral thesis used a deductive organization logic and as a method of approach the hermeneutic method. As a method of procedure, the jurisprudential analysis is used, since it will be necessary to carry out an interpretation on the opinions of the STF about the subject. The research technique adopted is the indirect documentation, once it is a bibliographic research, in addition to document analysis of cases decided by the Constitutional Court. Part I, composed of theoretical aspects, will deal in the first chapter with sexual and gender minorities in the context of International Systems for the Protection of Human Rights of the LGBTQIAP+ population. And next chapter, on judicial review as a space for the realization of human rights. Part II, comprises the last chapter, will be structured in the analysis of STF jurisprudence cases on sexual diversity and gender. Therefore, it is concluded that, although the gap in the protection of these rights still exists, progress was made in this period in the sense of consolidating the Supreme Court's understanding, towards the protection of the human rights of sexual and gender minorities in the light of international treaties.

Keywords: Human rights. Sexual diversity and gender. Judicial review. Sexual and gender minorities. LGBTQIAP+ population.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ABRAFH	Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas
AC	Acórdão
ACNUDH	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos
ACHPR	Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão
ADPF	Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADV	Advogado (a)
AGR	Agravo Regimental
AGU	Advocacia Geral da União
AI	Agravo de Instrumento
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
ANAJUDH	Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais
ANTRA	Associação Nacional de Travestis e Transexuais
BO	Boletim de Ocorrência
CADIR-UNB	Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília
CAM	Câmara dos Deputados
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CDIH	Corte Interamericana de Direitos Humanos

CES	Comitê Econômico e Social Europeu
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPM	Código Penal Militar
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DPE	Defensoria Pública Estadual
DPU	Defensoria Pública da União
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
GADVS	Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero
HC	Habeas Corpus
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
IBDCIVIL	Instituto Brasileiro de Direito Civil
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
LGBTQIAP+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, transexuais/travestis, *Queers*, Intersexos, Assexuais, Pansexuais, + (mais) toda diversidade de orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero ainda não visibilizadas
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MJU	Ministério da Justiça
MIN	Ministro
MRE	Ministério das Relações Exteriores
NPJ-UFPR	Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organização Não Governamental
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte

PGR	Procurador Geral da República
PPGD	Programa de Pós-graduação em Direito
PPGDI	Programa de Pós-graduação em Diversidade e Inclusão
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
SEN	Senado Federal
SL	Suspensão Liminar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SUS	Sistema Único de Saúde
TADHP	Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TGEU	*Transgender Europe*
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça Europeu
UE	União Europeia
UNHCHR	Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....15

PARTE I

CAPÍTULO 1 – MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+.....23

1.1 Conceito e definições de população LGBTQIAP+ - diferenças entre orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero.....23

1.2 A evolução dos Direitos Humanos x principais violações contra a população LGBTQIAP+ no Brasil e no mundo 37

1.3 Organização das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Direitos Humanos na proteção da população LGBTQIAP+.....50

CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....62

2.1 Histórico da jurisdição constitucional – casos emblemáticos.....62

2.2 A interpretação constitucional, *judicial self-restraint* e Estado Democrático de Direito.....74

2.3 Ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização das relações sociais e da política enquanto fenômenos associados ao controle jurisdicional das demandas sobre diversidade sexual e gênero – caso *Obergefell vs Hodges*.....90

PARTE II

CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO – ANÁLISE DE CASOS.....106

3.1 Reconhecimento das uniões homoafetivas como família e extensão da licença-maternidade para mães não gestantes.....107
3.2 Criminalização da homotransfobia (LGBTfobia) 122
3.3 Ensino sobre diversidade sexual e de gênero e prevenção/coibição de *bullying* LGBTfóbico nas escolas.....133
3.4 Pessoas trans: direito à alteração do prenome e sexo no registro civil, direito à dano moral e do cumprimento de pena em local de acordo com seu gênero.....147
3.5 Utilização do termo gênero nas relações internacionais e direito à informação sobre orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero na literatura infanto-juvenil.....160
3.6 Direito à doação de sangue por homens *gays*/bissexuais e vedação do art. 235 do Código Penal Militar por relacionar homossexuais com pederastia……..…….171

CONCLUSÃO.....185

REFERÊNCIAS.....193

INTRODUÇÃO

Diante da complexidade do que se entende como “progresso da humanidade” ao longo dos milênios, alguns temas de acordo com a época e a civilização parecem teleologicamente avançar, o que via de regra, deveria ser o processo natural. Especialmente, no contexto do desenvolvimento científico, expansão do acesso à informação, das interlocuções em um mundo globalizado e estruturação de uma sociedade dinâmica e em rede com o advento da *internet.* Teoricamente, tem-se a raça humana, em um processo de transformação imensuravelmente mais rápido a cada período, o que em linhas gerais, ainda pode-se extrair por vezes com muito custo, um saldo positivo. No entanto, de forma ambivalente, esses mesmos temas apresentam características de estagnação e retrocesso na contemporaneidade, se comparado a alguns povos durante a história, como é o caso da naturalização da diversidade sexual e de gênero por uma determinada ou outra população.

A sigla LGBTQIAP+ representa: lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, transgêneros, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais e + (mais) toda diversidade de orientação sexual, de identidade de gênero e de expressão de gênero ainda não visibilizadas. Estas, com exceções de algumas civilizações que não possuíam tanta influência das instituições religiosas na formulação de políticas públicas, historicamente sofreram e/ou sofrem através do preconceito e intolerância nas mais diversas sociedades pelo mundo. Sendo inclusive, as minorias sexuais e de gênero, vítimas de discriminação até dentro de algumas religiões (antagônico). Que repudiam toda diversidade que não seja a heteronormativa, denominando-as como “materialização do pecado”; o que por si só, já viola o acesso dessas minorias ao direito fundamental de crença com participação nos locais de cultos e suas liturgias como prevê a própria Declatação Universal de Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Em um período em que diversos conflitos e demandas são postos para que o sistema de justiça se manifeste, a discricionariedade implícita na tomada de decisões e o juízo de valor (pessoal ou social), podem comprometer um julgamento. Nesse sentido, diante das mais variadas decisões tomadas pelo Poder Judiciário no

que se refere aos casos que envolvem a população LGBTQIAP+, bem como de outras séries de violações de direitos que sofrem essa população, seja por meios institucionalizados ou não, públicos ou privados; questiona-se:

Qual a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar os casos que envolvem diversidade sexual e gênero postos para sua apreciação e como interpreta essa matéria no patamar de jurisdição constitucional? Nesse sentido, a análise é, não somente, de verificar se a Suprema Corte está cumprindo ou não com o dever de garantir e concretizar direitos humanos dessa população, em virtude das práticas discriminatórias quanto à diversidade sexual, identidade e expressão de gênero no Brasil; mas sobretudo, de verificar a maneira que Corte Constitucional interpreta a referida matéria; sinalizando assim, avanço ou retrocesso na consolidação de um entendimento hermenêutico-constitucional sobre minorias sexuais e de gênero.

Além disso, corrobora-se com a necessidade de análise, da eventual relação da ausência de regulamentação (omissão do Poder Legislativo) e de execução (insuficiência e/ou desvirtuamento pelo Poder Executivo) de políticas públicas, prestacionais ou de inclusão social, também para a população LGBTQIAP+, com a atuação do Poder Judiciário na jurisprudência do STF da última década. Observando assim, de que forma a temática da diversidade sexual e de gênero é abordada pela Suprema Corte à luz da importância da execução do Direito; bem como, quais os fundamentos são utilizados para reforçar a atuação e legitimar as decisões dos ministros.

Cientificamente, é imperioso ressaltar que a problemática, apesar de ser evidente na esfera jurídica, academicamente são relativamente raros os trabalhos que discutem o assunto sob essa mesma perspectiva e com o exato recorte desse objeto de pesquisa. Logo, desenvolver o referido tema, pode contribuir para que exista mais uniformidade e menos insegurança jurídica quando necessário for jurisdicionar sobre diversidade sexual e gênero, em um país que não há regulamentação legal dos direitos da população LGBTQIAP+. Cidadãos esses, que como quaisquer outros, pagam tributos, movimentam a economia, contribuem com o

progresso social através do seu legado cultural e/ou intelectual, que têm todos os deveres; mas nenhum direito assegurado na Lei – no mínimo dicotômico.

A hipótese que se apresenta é a de que, embora a lacuna na proteção aos referidos direitos ainda exista, haveria um avanço nesse sentido, o que poderia consolidar um entendimento da Suprema Corte na proteção das minorias sexuais e de gênero à luz dos tratados internacionais. Dessa forma, estaria o STF apenas buscando garantir direitos a grupos vulneráveis. Essa eventual postura da Suprema Corte, teria como marco o neoconstitucionalismo, a partir de uma leitura baseada na supremacia constitucional, na força normativa da Constituição, na Constituição dirigente, na normatividade dos princípios, na nova hermenêutica e em outras fontes de interpretação mais.

A temática e recorte do objeto de pesquisa propostos possui estreita aderência ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Diversidade Cultural e Inclusão Social (PPGDI) da Universidade Feevale, por sua relevância no contexto da área de concentração do Programa em “Diversidade e Inclusão”. Diante disso, o presente estudo justifica-se, intrinsecamente, na Linha de Pesquisa “Inclusão Social e Políticas Públicas”, por abordar a questão da violação dos direitos humanos das minorias sexuais e de gênero. Dessa forma, ao se analisar a jurisprudência do STF sobre diversidade sexual, identidade de gênero e expressão de gênero a partir do controle jurisdicional de políticas públicas (prestacionais e de inclusão social) para a população LGBTQIAP+; torna-se evidente a conexão da problemática em análise com a linha de pesquisa do PPGDI. Além disso, o presente estudo é abordado de forma transversal e interdisciplinar, quando objetivamente percorre áreas do conhecimento diversas, como: Direito, Estudos de Gênero, Educação, Sociologia, Filosofia, Saúde, Ciência Política, dentre outras.

Reforçando essa justificativa e a aderência do objeto de pesquisa, cumpre ressaltar que a Linha de Pesquisa desse PPGDI tem como foco de investigação os processos de inclusão social decorrentes de ações afirmativas, propostas por políticas públicas, demandadas e/ou executadas por instituições governamentais, por organizações não-governamentais e por movimentos sociais. Estudando as

práticas sociais, enquanto espaços de exclusão/inclusão, tais como aquelas mediadas pela educação, trabalho e políticas de desenvolvimento, investigando a formulação, gestão e avaliação de projetos e políticas de inclusão social.

Pertinente ainda, é a justificativa pessoal para essa pesquisa, na qual a trajetória acadêmica do pesquisador tem sido pautada pela inquietação quanto às implicações decorrentes de violações de direitos humanos da população LGBTQIAP+ no Brasil e no mundo, ainda quando da iniciação científica. Destaca-se que a temática e o objeto de pesquisa propostos estão intimamente articulados com a trajetória intelectual do autor, visto que o mesmo, pesquisa sobre diversidade, políticas públicas e inclusão social da população LGBTQIAP+ desde a graduação, perpassando pelas especializações e o mestrado em Direito, este por sua vez, com enfoque no controle jurisdicional de políticas públicas de inclusão social.

Para além de publicações de diversos artigos científicos e capítulos de livros envolvendo os temas, o autor também atua como professor universitário e de preparatórios para carreiras jurídicas; bem como capacitador de recursos humanos em empresas e instituições públicas sobre Diversidade e Inclusão. Como advogado e ativista dos direitos da população LGBTQIAP+, também atua nessas causas, inclusive como voluntário da ONG Igualdade em Santa Maria/RS, onde recebeu a comenda “Amigo da Diversidade” e atualmente como fundador e presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual e Gênero da OAB/Subseção de Santa Maria/RS. Além de membro da Comissão de Direitos Humanos e Conselheiro da mesma instituição. Tem-se perquirido assim este pesquisador, a ampliar e socializar os conhecimentos produzidos sobre diversidade sexual e identidade/expressão de gênero ao longo deste caminho, especialmente através das inúmeras palestras.

Já para esta tese de doutorado, em consulta ao Portal de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), verificou-se que raras são as produções com esse mesmo objeto de pesquisa. Particularmente, pela análise pontual da posição adotada pelo STF na jurisdição constitucional em casos que envolvam violações de direitos da população LGBTQIAP+ na última década (recorte temporal e espacial original), como forma de

concretização ou não de direitos humanos). Visando problematizar e investigar, a posição/interpretação adotada pela Suprema Corte nas decisões sobre proteção das minorias sexuais e gênero no Brasil à luz do Direito Internacional (recorte científico original).

Os objetivos deste estudo consistem em, de forma geral, analisar as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando jurisdicionam em casos que envolvam diversidade sexual e gênero, como forma de concretização ou não de direitos humanos da população LGBTQIAP+; tendo como ponto de partida a primeira decisão da Suprema Corte no ano de 2011 que reconheceu as uniões homoafetivas como família até os julgados da atualidade sobre o tema.

E como objetivos específicos, se propõe: analisar a atuação jurisdicional do STF nos casos que envolvam a população LGBTQIAP+ e possível identificação de fenômenos da jurisdição constitucional que possam justificar sua atuação nos referidos casos; identificar se a omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas, prestacionais ou de inclusão social, pelo Legislativo e Executivo sobre direitos das minorias sexuais e de gênero legitimariam as decisões do STF neste sentido; bem como, por fim, analisar se a jurisprudência da Suprema Corte impacta na proteção dessas minorias diante das alarmantes violações de seus direitos à luz do Direito Internacional.

A principal contribuição desta tese não reside apenas em verificar se há ou não proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAP+ tão somente, embora nem se discuta a relevância desta análise e que será certamente feita na pesquisa. Mas também, se quando há, de que forma os ministros do STF fundamentam e interpretam (e se fundamentam/interpretam) essas decisões à luz dos Estudos de gênero e do Direito Internacional, sendo primordial para a confirmação ou não, da hipótese de pesquisa que na sequência será delineada.

Metodologicamente, o presente trabalho utilizou uma lógica de organização dedutiva e como método de abordagem o hermenêutico - tanto do aporte teórico quanto dos casos analisados; visto que é uma abordagem interpretativa, partindo-se

de um panorama geral sobre jurisdição constitucional, diversidade sexual e gênero no mundo até o contexto específico da realidade brasileira a partir dos julgados do STF na última década. No entanto, é importante destacar, que as ciências sociais aplicadas têm um longo caminho a percorrer no sentido de compatibilizar os critérios de cientificidade, adequando-os aos estudos propostos diante da complexidade das relações em questão. Como no caso desta pesquisa, especialmente pela sua interdisciplinaridade; portanto os obstáculos são enormes, mas não insuperáveis.

Os métodos científicos podem ser entendidos como um conjunto de procedimentos, utilizados na investigação de fenômenos na busca da verdade. Além deles, existem outros conhecidos como auxiliares, ao exemplo da análise jurisprudencial. Dessa forma, o método de procedimento de investigação utilizado para esse estudo foi a análise jurisprudencial, pois é necessária a interpretação dos julgados do STF sobre diversidade sexual e gênero na última década, que impactam na transformação da realidade social das minorias sexuais e de gênero no país. Tendo como marco inicial o julgamento das ações de controle de constitucionalidade ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ em 05/05/2011 que reconhecem as uniões homoafetivas como entidade familiar mesmo com a omissão do legislador constituinte.

A técnica de pesquisa adotada é a da documentação indireta, visto que se trata de pesquisa bibliográfica, além da análise documental dos casos julgados pela Corte Constitucional sobre violações de direitos das minorias sexuais e de gênero no Brasil. Nesse sentido, foram feitas buscas documentais na plataforma *online* do Supremo Tribunal Federal Brasileiro desde o primeiro julgamento até o mês de dezembro de 2021 (uma década); a partir dos descritores: “LGBT”, “LGBTI”, "LGBTQIAP+", “diversidade sexual”, “gênero” e “minorias sexuais” e de “minorias de gênero”.

Nesse sentido, foram utilizadas no estudo em questão, categorias/critérios de análise nos julgados, por serem um conjunto de instrumentos metodológicos cada vez mais sutis em constante aperfeiçoamento. Sendo assim, a aplicação dessas categorias/critérios de análise na jurisprudência do STF sobre diversidade sexual e

gênero, visam identificar: 1) Qual o bem jurídico tutelado?; 2) Teses defendidas, resultados e direitos aferidos; 3) Visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico) e 4) Relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvam orientação sexual e identidade/expressão de gênero.

Dessa forma, a presente tese de doutorado está estruturada em três capítulos divididos em duas partes: uma de aporte teórico e uma de análise de casos. A Parte I é composta do primeiro capítulo que tratará das minorias sexuais e de gênero e do Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos da população LGBTQIAP+, além dos conceitos e diferenças entre orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero. Também abordará a evolução dos Direitos Humanos e as principais violações contra essa população no Brasil e no mundo; discorrendo na sequência, sobre a Organização das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Direitos Humanos na proteção da população LGBTQIAP+.

O capítulo segundo abordará sobre os fundamentos teóricos da jurisdição constitucional como espaço de concretização de direitos humanos, traçando o seu histórico a partir de casos emblemáticos. Tratará também sobre a importância da interpretação constitucional e da reflexão sobre a *judicial self-restraint* no contexto do Estado Democrático de Direito; bem como do ativismo judicial, da politização do judiciário e da judicialização das relações sociais e da política, enquanto fenômenos associados ao controle jurisdicional das demandas sobre diversidade sexual e gênero, com destaque para o caso *Obergefell vs Hodges.*

Por fim, a Parte II estará reservada para a análise de casos da jurisprudência do STF sobre diversidade sexual e gênero na última década no Brasil. Iniciando pelos julgados do reconhecimento das uniões homoafetivas como família (caso base) e extensão da licença-maternidade para mães não gestantes nessas uniões. Abordará sequencialmente a criminalização da homotransfobia (LGBTfobia) e sobre o ensino da diversidade sexual e de gênero nas escolas. Sendo um subcapítulo, exclusivo para a análise dos julgados sobre pessoas trans quanto ao: direito à

alteração do prenome e sexo no registro civil, direito à dano moral e direito ao cumprimento de pena em local correspondente ao seu gênero. A seguir, o debate envolve a utilização do termo gênero nas relações internacionais e direito à informação sobre orientação sexual e gênero na literatura infanto-juvenil. Encerrando, o último capítulo apresentará a discussão referente ao direito à doação de sangue por homens *gays* e bissexuais e o sobre a vedação do art. 235 do Código Penal Militar brasileiro que relacionava o crime de pederastia à homossexualidade.

PARTE I

1 MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+

1.1 Conceito de população LGBTQIAP+ - diferenças entre orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero

Discutir o tema da diversidade sexual e gênero não é uma das tarefas mais fáceis. Especialmente em países de moralidade predominantemente conservadora, com baixo grau de instrução e ideologia religiosa, por vezes intolerante, como o Brasil. Diante desse contexto, se faz necessária uma reflexão sobre questões conceituais e de definições sobre o tema, especialmente com o intuito de informar e consequentemente diminuir o preconceito que quase sempre desencadeia em discriminação.

De acordo com LOPES (2008, p.23), entre as pautas propostas para o debate público na atual conjuntura sociocultural, encontram-se as questões sobre gênero, sexualidade e identidade, que trazem à tona posições diversificadas, explicitando discursos favoráveis e outros negativos em relação a certas políticas reivindicadas pela sociedade, de modo que, neste cenário, “a reflexão sobre os gêneros e as sexualidades se transformou em um tema crucial de nossos tempos”, sobretudo o que se refere aos discursos emergentes da mídia, da academia e dos espaços públicos nos quais se discutem, com certo fervor, os princípios de democracia e de igualdade, ambos necessários aos homens e às mulheres para o seu convívio social.

Em relação à sexualidade humana, compreendida como a base constitutiva do ser humano, pode-se afirmar que vivemos sob a determinação classificatória de uma sociedade falocêntrica, na qual prevalece “o coroamento do homem, ser do

sexo masculino, como origem, destino, forma e padrão epistemológico" (INÁCIO, 2010, p. 113), de modo que aqueles que não se enquadram em determinadas classificações e representações, não ocupam, de fato, posições de sujeito, pois "os homens tendem a construir posições-de-sujeito para as mulheres tomando a si próprios como ponto de referência" (WOODWARD, 2009, p. 10). Estes fatos nos remetem a uma necessidade de aprofundarmos o campo dos estudos sobre as questões de gênero, identidade e sexualidades em diversas áreas do saber (ARAUJO, 2011, p.24).

Nesse sentido, para VECCHIATTI (2012), minorias sexuais são os grupos arbitrariamente discriminados em razão do exercício de sua sexualidade, seja por critérios identitários (homossexuais, heterossexuais e bissexuais), seja por práticas sexuais que, embora consensuais, sofrem repúdio social. Por sua vez, as minorias de gênero são os grupos arbitrariamente discriminados em razão de sua identidade de gênero (travestis e transexuais – este último composto por mulheres transexuais e homens trans).

WUCHER (2000) afirma que a doutrina identifica quatro critérios necessários à definição [jurídica] de uma minoria: o critério numérico, a posição de não-dominância na sociedade, a nacionalidade comum e a solidariedade. Todavia, a nacionalidade é um elemento dispensável, na medida em que não são apenas grupos[1] estrangeiros que sofrem discriminações. Ademais, o elemento de solidariedade também não é indispensável, pois uma pessoa que não se identifique

[1] Ademais, há quem não dê importância à diferença entre minorias e grupos vulneráveis devido ao fato de tanto aquelas quanto estes sofrerem discriminação e serem vítimas de intolerância, o que nos faz presumir que o elemento comum, para este posicionamento, seria algo a tornar a diferença inócua. Contudo, entende-se que não se podem equiparar tais conceitos, pois, apesar de ser verdade que, na prática, tanto as minorias quanto os grupos vulneráveis são alvo de intolerância social e de discriminações fáticas e/ou jurídicas, tratam-se de grupos conceitualmente distintos, com características próprias que justificam a consideração da diferenciação conceitual. Como bem diz WUCHER, o conceito jurídico de grupos vulneráveis é mais abrangente que o de minorias, visto que apesar destes poderem ser formados por minorias numéricas, não precisam eles necessariamente ser formados por grupos numericamente minoritários para serem vulneráveis. Para comprovar a afirmação, cite-se, por exemplo, a maioria negra da África do Sul, na época do apartheid, que era juridicamente vulnerável em relação à minoria branca, detentora do poder; da mesma forma, a maioria xiita, do Iraque, era juridicamente vulnerável em relação à minoria sunita, na época do ditador Saddam Hussein (WUCHER, 2000, p.50).

com o grupo com o qual compartilha determinadas características também não deixa de ser discriminada por isso.

Assim, pode-se extrair desse entendimento que, segundo a autora, grupos vulneráveis são aqueles que sofrem discriminação social do restante da sociedade sem deter o poder jurídico necessário para alterar esta situação por conta própria. Trata-se do elemento da não-dominância. Ele não é suficiente para conceituar juridicamente as minorias, pois o elemento da não-dominância per se é o que igualmente caracteriza os chamados grupos vulneráveis. Portanto, percebe-se que os grupos vulneráveis constituem um gênero do qual o conceito jurídico de minorias constitui espécie, pois toda minoria jurídica é um grupo vulnerável, mas nem todo grupo vulnerável constitui uma minoria jurídica por assim dizer.

Logo, é inegável que as minorias sexuais e de gênero se enquadram no conceito sociológico de minorias, enquanto grupos que, além de numericamente minoritários, são merecedoras de específica proteção jurídica do Estado, na medida em que sofrem opressões discriminatórias que outros grupos não sofrem, a saber, as discriminações por orientação sexual (minorias sexuais[2]) e por gênero e identidade de gênero (minorias de gênero). No mínimo, grupos vulneráveis são e merecem, assim, proteção do Estado por força do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção insuficiente (BRASIL, 2017).

O conceito de gênero, por sua vez, tem a sua origem em BEAUVOIR (1949), escritora francesa e uma das principais feministas da história, que foi autora de um dos axiomas mais complexos e revolucionários da história do feminismo que dá início ao primeiro capítulo do segundo volume de sua matricial obra “O segundo sexo”. Com isso, afirmou a autora que ser mulher e, atualmente, acrescentamos que ser homem, também está implicado nas construções sociais e culturais da sociedade em que estamos inseridos e não somente pela definição biológica,

[2] As minorias sexuais abarcam, também, pessoas que têm práticas sexuais destoante da moralidade sexual dominante, embora limitadas àquelas práticas consensuais que não oprimam terceiros, de sorte a que estupro e pedofilia, por exemplo, não se incluem abrangidos pela expressão minorias sexuais (VECCHIATTI, 2012).

discussão que não seria necessária se o olhar sobre diversidade sexual e de gênero fosse plural, e não limitadamente binária (BORGES, 2018).

Em “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”, a historiadora SCOTT (2008) entende gênero como elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças das relações sociais, políticas, econômicas e culturais estabelecidas entre os sexos, bem como uma forma primária de significar as relações hierárquicas e de poder. A célebre obra de BEAUVOIR (2019, p.13), que revolucionou a literatura feminista em meados do século XX se faz muito pertinente neste contexto, especialmente quando afirma que:

> NINGUÉM NASCE MULHER, TORNA-SE MULHER. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico, define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que se qualificam de feminino. Só a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um outro. Enquanto existe para si, a criança não pode apreender-se como sexualmente diferenciada. Entre rapazes e raparigas, o corpo é, em primeiro lugar, a irradiação de uma subjetividade, o instrumento que efetua a compreensão do mundo: é através dos olhos, das mãos, e não das partes sexuais, que apreendem o universo.

Esse é na verdade, o fecho de uma sequência de considerações feita pela autora no primeiro volume, quando alude o corpo como sendo o instrumento do nosso domínio do mundo, este apresenta-se de modo inteiramente diferente segundo seja apreendido de uma maneira ou de outra.

Para a autora, o motivo do porquê o estudamos tão demoradamente, pois são chaves que permitem compreender a mulher. Mas o que recusa-se é a ideia de que constituem um destino imutável para ela. Não bastam para definir uma hierarquia dos sexos; não explicam porque a mulher é o Outro; não a condenam a conservar para sempre essa condição subordinada (BEAUVOIR, 2019, p.72).

Dessa forma, observar as diferenças e semelhanças sobre orientação sexual e gênero (identidade e expressão) terá o objetivo de desmistificar alguns mitos que contribuem para a propagação da desinformação e fomento das práticas

discriminatórias contra a população LGBTQIAP+. Sendo assim, na sequência abordar-se-á conceitos e definições sobre a temática em discussão neste capítulo.

O sistema sexo-gênero (conceito geralmente expresso como gênero) surgiu no pensamento ocidental no final do século XX em um momento de grande confusão epistêmica entre humanistas, pós-estruturalistas, pós-modernistas etc. E a sua utilização não implicou uma mera revisão das teorias existentes, mas uma revolução epistemológica (SCOTT, 2008). Já na década de noventa, a autora revolucionou o próprio conceito de gênero, ao apresentar uma de suas mais conhecidas e utilizadas definições:

> O gênero seria tanto elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas distinções que diferenciam os sexos, como também, uma forma primária de relações significantes de poder. Enquanto elemento constitutivo, o gênero pressupõe a construção social dos indivíduos que se relaciona à ideia de mulher e de homem. Como forma primária de relações de poder, por sua vez, o gênero é um campo primário no qual, ou mediante o qual, se articula o poder. Ou seja, o gênero tem sido uma forma habitual de facilitar a significação do poder. O gênero se dissolve na conceitualização e constituição do próprio poder (SCOTT, 2008).

Toda a atividade social, incluída a produção científica, tem como tração esse sistema. Por esse motivo, gênero[3] é a ferramenta analítica, ou a categoria teórica, da epistemologia feminista que permite compreender como a divisão da experiência

[3] Gênero é conceito que visa explicitar que as diferenças entre masculinidade e feminilidade decorrem de construções sociais através de processos de socialização que formam o sujeito desde a tenra idade. Visa, assim, explicar as relações de poder socialmente construídas entre os gêneros, a saber, do masculino sobre o feminino (para ficar na realidade empírica), desbiologizando as normas de gênero socialmente impostas e que cotidianamente geram o machismo social e institucional, demonstrando que tais normas de gênero decorrem de questões ideológico-culturais. É tanto um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas distinções que diferenciam os sexos, como também uma forma primária de explicar as relações significantes de poder. Explica como a construção social dos indivíduos se relaciona com a difusão de símbolos culturalmente disponíveis que agregam representações múltiplas sobre o feminino e o masculino. Daí, segundo a autora, gênero ser a ferramenta analítica ou teórica que permite compreender como a divisão de experiências sociais tende a dar a homens e mulheres concepções diferentes deles(as) próprios(as) sobre suas atividades e crenças no mundo que os(as) cerca. De sorte que o estudo da condição da mulher, através da ótica de gênero, representa uma ruptura epistemológica fundamental, na medida em que desnuda a invisibilização das mulheres por conceitos que tomam a perspectiva masculina como "universal" e como protótipo do humano, em uma visão claramente androcêntrica. Logo, o conceito de gênero desmistifica as teses que atribuíam suposta inferioridade à mulher por questões biológicas, mostrando que isso não passa de uma ideologia patriarcal, em prol de uma pretensa "superioridade masculina" e não como um "dado da natureza", como já se pretendeu e muitos ainda pretendem. O conceito de gênero facilita a identificação e a luta contra o androcentrismo que visa manter o homem em posição privilegiada, em detrimento da mulher, onde ele ajuda a buscar a emancipação feminina na luta pela igualdade entre os sexos (BRASIL, 2017).

social tende a dar a homens e mulheres concepções diferentes deles/as próprios/as, de suas atividades e crenças, e do mundo que as/os cerca (HARDING, 2007).

Dessa forma, é importante considerar que, sexualidade refere-se às construções culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e o afeto, até noções relativas à saúde, à reprodução, ao uso de tecnologias e ao exercício do poder na sociedade.

As definições atuais da sexualidade abarcam, nas ciências sociais, significados, ideias, desejos, sensações, emoções, experiências, condutas, proibições, modelos e fantasias que são configurados de modos diversos em diferentes contextos sociais e períodos históricos. Trata-se, portanto, de um conceito dinâmico que vai evoluindo e que está sujeito a diversos usos, múltiplas e contraditórias interpretações e que se encontra sujeito a debates e a disputas políticas.

Logo, “opção sexual” é uma expressão incorreta. O termo aceito é orientação sexual. A explicação provém do fato de que ninguém “opta”, conscientemente, por sua orientação sexual. Assim como a pessoa heterossexual não escolheu essa forma de desejo, a pessoa homossexual ou bissexual (tanto feminina quanto masculina) também não.

Gênero, por sua vez, é um conceito formulado nos anos 1970 com profunda influência do movimento feminista. Foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, levando em consideração, no entanto, que a maneira de ser homem e de ser mulher é realizada pela cultura. Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não somente decorrência da anatomia de seus corpos (GÊNERO, 2009).

Se faz necessária por exemplo, a substituição do termo homossexualismo por homossexualidade, visto que é incorreto e preconceituoso devido ao sufixo “ismo”, que denota doença e anormalidade. O termo substitutivo é homossexualidade, que

se refere da forma correta à orientação sexual do indivíduo, indicando “modo de ser e sentir”.

Quanto ao sexo biológico em termos simples, diz respeito às características biológicas que a pessoa tem ao nascer. Podem incluir cromossomos, genitália, composição hormonal, entre outros. Em um primeiro momento, isso infere que a pessoa pode nascer macho, fêmea ou intersexual (CADERNO, 2017). Não há gênero no sexo biológico em si, o que existe é uma expectativa social de gênero em relação ao corpo/genital

Por sua vez, a intersexualidade é um termo guarda-chuva que descreve pessoas que nascem com anatomia reprodutiva e sexual e/ou um padrão de cromossomos que não podem ser classificados como sendo tipicamente masculinos ou femininos (GLAAD, 2016). Ainda são comuns a prescrição de terapia hormonal e a realização de cirurgia, destinadas a adequar aparência e funcionalidade da genitália, muitas vezes antes dos 24 meses de idade. Contudo, algumas pessoas intersexuais submetidas a este processo relatam que não se adaptaram e rejeitaram o sexo designado ao nascimento, respaldando uma conduta terapêutica que defende o adiamento da intervenção até que a/o jovem sujeito possa participar na tomada da decisão (SANTOS; ARAÚJO, 2004).

Nesse contexto, aliados são pessoas que, independente da orientação sexual ou identidade de gênero, tomam ações para promover os direitos e a inclusão LGBTQIAP+. Elas são comumente conhecidas como simpatizantes.

A orientação sexual refere-se à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (YOGYAKARTA, 2006). Basicamente, há três orientações sexuais preponderantes: pelo mesmo sexo/gênero (homossexualidade), pelo sexo/gênero oposto (heterossexualidade) ou pelos dois sexos/gêneros (bissexualidade). Estudos demonstram que as características da orientação sexual

variam de pessoa a pessoa (KINSEY et al., 1948). Assim, as três orientações sexuais preponderantes mencionadas acima não são as únicas.

Quanto ao assexual[4], compreende-se o indivíduo que não sente nenhuma atração sexual, seja pelo sexo/gênero oposto ou pelo sexo/gênero igual. Sendo bissexual, a pessoa que se relaciona afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos/gêneros (GÊNERO, 2009). O termo “Bi” é o diminutivo para se referir a pessoas bissexuais.

Todavia, entende-se por gay, a pessoa do gênero masculino (cis ou trans) que tem desejos, práticas sexuais e/ou relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino. Não precisam ter tido, necessariamente, experiências sexuais com outras pessoas do gênero masculino para se identificarem como gays (GÊNERO, 2009). A palavra *gay* vem do inglês e naquele idioma antigamente significava “alegre”. A mudança do significado para homossexual “remonta aos anos 1930(…) e se estabeleceu nos anos 1960 como o termo preferido por homossexuais para se autodescreverem.

[A palavra] Gay no sentido moderno se refere tipicamente a homens (enquanto que lésbica é termo padrão para mulheres homossexuais) ” (REIS, 2018, p.23). Logo, lésbica é a mulher que é atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo/ gênero (cis ou trans). Não precisam ter tido, necessariamente,

[4] Embora a demissexualidade não seja amplamente conhecida, trata-se de uma orientação sexual como qualquer outra, que se aplica a pessoas de todas as partes do mundo. Ela se enquadra no espectro da assexualidade e é diferente de simplesmente esperar que se forme uma ligação profunda antes de ter sexo com alguém. Na verdade, ela se assemelha mais à experiência de ser assexual até que se forme esse tipo de conexão, quando a atração sexual se estenderá apenas para aquela pessoa. É uma palavra que surgiu principalmente no site Aven e entre ativistas assexuais. Mas a assexualidade era - e ainda é - mais amplamente discutida que a demissexualidade. Isso ocorre, em parte, porque a primeira é conceitualizada mais facilmente pelas pessoas que não são assexuais. Para Anthony BOGAERT, pesquisador da sexualidade humana e professor da Universidade Brock, em Ontário, no Canadá; as pessoas assexuais "experimentam pouca ou nenhuma atração sexual", mas acrescentar a isso um adendo como "...exceto quando desenvolvem profunda conexão emocional" às vezes pode deixar o tema ainda mais complexo. De forma geral, falar e aprender sobre a "variabilidade existente na comunidade assexual mais ampla", segundo BOGAERT, é fundamental para evitar a alienação das minorias sexuais. Mas também é fundamental porque "nos permite compreender melhor a natureza da sexualidade" como um todo (KLEIN, 2021).

experiências sexuais com outras mulheres para se identificarem como lésbicas (GÊNERO, 2009).

Ainda sob a perspectiva da orientação sexual, heterossexual é um indivíduo atraído amorosa, física e afetivamente por pessoas do sexo/ gênero oposto. Heterossexuais não precisam, necessariamente, terem tido experiências sexuais com pessoas do outro sexo/gênero para se identificarem como tal. Já homossexual é a pessoa que se sente atraída sexual, emocional ou afetivamente por pessoas do mesmo sexo/gênero (REIS, 2018, p.21).

Assim, o termo homossexual pode se referir a homossexuais femininas – lésbicas, ou homossexuais masculinos – gays. Por isso, homoafetivo[5] é um adjetivo utilizado para descrever a complexidade e a multiplicidade de relações afetivas e/ou sexuais entre pessoas do mesmo sexo/gênero. Este termo não é sinônimo de homoerótico e homossexual, pois conota também os aspectos emocionais e afetivos envolvidos na relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo/ gênero. É um termo muito utilizado no mundo do Direito (ABGLT, 2010). Não é usado para descrever pessoas, mas sim as relações entre as pessoas do mesmo sexo/gênero.

Reconhecida e visibilizada recentemente, considera-se que a pansexualidade é uma orientação sexual, assim como a heterossexualidade ou a homossexualidade. O prefixo “pan” vem do grego e se traduz como “tudo”. Significa que as pessoas pansexuais podem desenvolver atração física, amor e desejo sexual por outras pessoas, independentemente de sua identidade de gênero ou sexo biológico. A pansexualidade é uma orientação que rejeita especificamente a noção de dois

[5] Homoafetividade é a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, que desejam o reconhecimento de seus direitos pela formação da parceria através de lei, ter o direito de casar e poder realizar todos os atos e direitos de uma sociedade natural, como as existentes de marido e mulher, conforme os bons costumes. A homoafetividade indica a presença de um vínculo amoroso, onde duas vidas se entrelaçam para participar de um convívio familiar. Neste convívio acontecerão obrigações, deveres e comprometimento que são a base da família e pretende ser reconhecida como tal. Os homossexuais ainda lutam contra a discriminação e o preconceito em vários lugares no mundo. Maria Berenice Dias é uma jurista brasileira, desembargadora aposentada, que é reconhecida internacionalmente por sua defesa da família, da mulher e da sociedade, e transformou o entendimento de família para incorporar os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo criando o termo de relações homoafetivas, isto é, de relações entre pessoas do mesmo sexo, sendo este relacionamento baseado na homoafetividade (DIAS, 2014).

gêneros e até de orientação sexual específica (MARSHALL CAVENDISH CORPORATION, 2010).

Quanto às minorias de gênero, a “identidade de gênero” é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos e outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (YOGYAKARTA, 2006). Identidade de gênero é a percepção que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente de sexo biológico (ABGLT, 2010). Logo, trata-se da convicção íntima de uma pessoa de ser do gênero masculino (homem) ou do gênero feminino (mulher).

A identidade de gênero da pessoa não necessariamente está visível para as demais pessoas. Já a expressão de gênero[6], é como a pessoa manifesta publicamente, por meio do seu nome, da vestimenta, do corte de cabelo, dos comportamentos, da voz e/ou características corporais e da forma como interage com as demais pessoas. A expressão de gênero da pessoa nem sempre corresponde ao seu sexo biológico.

Nesse sentido, “agênero” define pessoa que não se identifica ou não se sente pertencente a nenhum gênero. A androginia é um termo genérico usado para descrever qualquer indivíduo que assume postura social, especialmente a relacionada à vestimenta, comum a ambos os gêneros. Por isso, “binarismo de gênero” é a ideia de que só existe macho|fêmea, masculino|feminino, homem|mulher, sendo considerada limitante para as pessoas não-binárias.

---

[6] Expressão de género baseia-se em como alguém se expressa, veste ou apresenta através do tipicamente masculino ou feminino. Pode vir por meio de vestuário, acessórios, estilos de cabelo, formas de falar, linguagem corporal, e outros aspectos de escolha na aparência. A classificação dada à expressão de gênero poderá mudar mediante o contexto histórico ou cultural. Estas classificações possuem como base os estereótipos e papéis de gênero. Algumas pessoas possuem a mesma forma de expressão de gênero durante a vida toda, enquanto outras podem mudar a alterar ao longo do tempo ou com base nas circunstâncias (GENDER IDENTITY & EXPRESSION, 2021).

Sendo por fim, o “cisgênero” um termo utilizado por alguns para descrever pessoas que não são transgênero (mulheres trans, travestis e homens trans). “Cis” então, nada mais é que, um prefixo em latim que significa “no mesmo lado que” e, portanto, é oposto de “trans”. Refere-se ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o gênero atribuído ao nascer (REIS, 2018, p.27).

Importante ainda destacar que *drag queen* é o homem que se veste com roupas femininas de forma satírica e extravagante para o exercício da profissão em shows e outros eventos. Uma drag queen não deixa de ser um tipo de “transformista”, pois o uso das roupas está ligado a questões artísticas – a diferença é que a produção necessariamente focaliza o humor, o exagero. Já a versão “masculina” da *drag queen* é o *drag king*, ou seja, trata-se de uma mulher que se veste com roupas masculinas para fins de trabalho artístico (ABGLT, 2010). Gênero fluído (gender-fluid) trata-se de pessoa que se identifica tanto com o sexo masculino ou feminino. Sente-se homem em determinados dias e mulher em outros.

Uma falácia inventada e divulgada por setores (ultra)conservadores e fundamentalistas sob o pretexto velado de negar a igualdade de direitos e o respeito às mulheres e às pessoas LGBTQIAP+, alegando que “ideologia de gênero”[7] induziria à destruição da família “tradicional”, à legalização da pedofilia, ao fim da “ordem natural” e das relações entre os gêneros, negando a existência da discriminação e violência contra mulheres e pessoas LGBTQIAP+ comprovadas com dados oficiais e estudos científicos (REIS; EGGERT, 2017).

Salutar para esse estudo é a figura da transformista como um indivíduo que se veste com roupas do gênero oposto movido por questões artísticas. Diferente de transgênero, que é a terminologia utilizada para descrever pessoas que transitam

[7] Teoria de gênero, também chamada de ideologia de gênero, é um termo criado no meio neoconservador católico para se referir aos estudos de gênero, pós-feminismo e pós-generismo. Aqueles que usam essa expressão argumentam que os estudos de gênero fundamentam uma conspiração que visa destruir "a família" e uma suposta “ordem natural” que fundamenta a sociedade. O termo também é utilizado por pós-estruturalistas e pós-modernistas, como contra-ataque, para se referir ao generismo, crença de que se deve reforçar os papéis sociais de gênero de acordo com a designação sexual ao nascer. A ideia da ideologia de gênero tem sido descrita como um pânico moral ou uma teoria conspiratória que alega que existe um uma conspiração global para minar a sociedade. Ela também é aplicada como retórica anti-LGBTQIAP+ em geral (BUTLER, 2019).

entre os gêneros. São pessoas cuja identidade de gênero transcende as definições convencionais de sexualidade. Segundo LANZ (2015), não faz sentido escrever “travestis, transexuais e transgêneros”, ou usar TTT na sigla LGBTQIAP+, uma vez que travestis e transexuais são transgênero por definição.

Dessa forma, ou escreva-se travestis e transexuais, ou escreva-se transgêneros, ou, de preferência, pessoas trans. Sendo assim, transexual é pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento (CADERNO, 2017). As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero. Algumas pessoas trans recorrem a tratamentos médicos, que vão da terapia hormonal à cirurgia de redesignação sexual. São usadas as expressões homem trans e mulher trans.

Consequentemente, entende-se mulher trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero feminino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer. Nesse sentido, homem trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero masculino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero feminino ao nascer.

Considera-se então travesti a pessoa que nasceu com determinado sexo, ao qual foi atribuído culturalmente o gênero considerado correspondente pela sociedade, mas que passa a se identificar e construir nela mesma o gênero oposto (CADERNO, 2017). No caso de pessoas travestis com identidade de gênero feminina, muitas modificam seus corpos por meio de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém, vale ressaltar que isso não é regra para todas. Atualmente, o termo travesti adquiriu um teor político de ressignificação de termo historicamente tido como pejorativo

Queer[8] trata de um adjetivo utilizado por algumas pessoas, em especial pessoas mais jovens, cuja orientação sexual não é exclusivamente heterossexual. De modo geral, para as pessoas que se identificam como *queer*, os termos lésbica, gay, e bissexual são percebidos como rótulos que restringem a amplitude e a vivência da sexualidade. O termo *queer* também é utilizado por alguns para descrever sua identidade e/ ou expressão de gênero. Quando a letra Q aparece na sigla LGBTQIAP+, geralmente significa *queer* e, às vezes, *questioning* (questionamento de gêneros) (GLAAD, 2016).

Diante do exposto, em síntese, pode-se afirmar então que expressão de gênero é a forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, relembrando que nem todas as pessoas se enquadram, e nem desejam se enquadrar, na noção binária de homem/mulher, como no caso de pessoas agênero e queer, por exemplo. Já a identidade de gênero é a forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, salientando que nem todas as pessoas se enquadram, e nem desejam se enquadrar, na noção binária de homem/mulher, como no caso de pessoas agênero e *queer*, por exemplo.

Que a orientação sexual se refere à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero, sendo heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os gêneros, etc. E por fim sexo

---

[8] Queer é uma palavra inglesa, usada por anglófonos há quase 400 anos. Na Inglaterra havia até uma "Queer Street", onde viviam, em Londres, os vagabundos, os endividados, as prostitutas e todos os tipos de pervertidos e devassos que aquela sociedade poderia permitir. O termo ganhou o sentido de "viadinho, sapatão, mariconha, mari-macho" com a prisão de Oscar WILDE, o primeiro ilustre a ser chamado de "queer". Desde então, o termo passou a ser usado como ofensa, tanto para homossexuais, quanto para travestis, transexuais e todas as pessoas que desviavam da norma cis-heterossexual. Queer era o termo para os "desviantes". Não há em português um sinônimo claro, talvez, como propõe a professora Berenice Bento, possamos pensar o queer como "transviado". A Teoria Queer começa a se consolidar por volta dos anos 90, com a publicação do livro "Problemas de Gênero" (*Gender Troube*) da Judith BUTLER. É importante notar que a Teoria *Queer* não propõe um modelo "queer" de mundo. O queer é justamente o estranho. É aquele que se narra ou é narrado fora das normas. A Teoria *Queer* propõe o questionamento aos epistemes (pressupostos de saber), ao que entendemos como verdade, às noções de uma essência do masculino, de uma essência do feminino, de uma essência do desejo. Para a Teoria *Queer* é preciso olhar para esses conceitos e tentar perceber que não se tratam, de forma alguma de uma essência, ou mesmo, que não há uma ontologia do todo, mas, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos (VIEIRA, 2015).

biológico é o que existe objetivamente: órgãos, hormônios e cromossomos. Feminino = vagina, ovários, cromossomos XX masculino = pênis, testículos, cromossomos XY intersexual = combinação dos dois.

Logo, conforme elucida QUARESMA DA SILVA (2019), as leis e políticas relativas à sexualidade e gênero devem ir em direção a uma efetivação na prática de propostas sociais e educacionais para a superação e visão superficial de que o corpo e sua concepção anatômica inscrevem a homens e mulheres a naturalização sexual.

Nesta linha de pensamento as diferenças e desigualdades constituídas sobre homens e mulheres não são da ordem da biologia, elas são sociais e culturais, historicamente construídas e situadas, e não determinadas somente pelo viés biológico da anatomia de seus corpos (QUARESMA DA SILVA; ROCHA, 2019). Diferentes sexualidades podem ser constituídas, porém percebe-se que as escolas ainda trabalham na educação sexual[9] somente com o sentido biológico, naturalizado e reprodutor, a partir de uma ordem, a heteronormatividade.

Nesse contexto, é notável a importância dos debates e reflexões, mas especialmente da educação e instrumentalização de acesso à informação sobre diversidade sexual, identidade de gênero e expressão de gênero. E essa notoriedade se dá, infelizmente, diante da série de violações de direitos humanos a que a população LGBTQIAP+ é submetida por serem minorias sexuais e de gênero como já desenvolvido neste subcapítulo. Consequência de ainda vivermos em uma sociedade estruturalmente machista e que naturaliza as relações tão somente sob

[9] Em outra oportunidade sobre o mesmo tema, QUARESMA DA SILVA (2014) traz afirmações, mas também questionamento: "*Lo que sí parece evidente es que la interpretación de la escuela como una extensión de la familia y el temor de los padres a que "contaminen" los pensamientos de sus hijos(as), sustentan y autorizan la censura familiar. Por supuesto, la preocupación de la familia no es casual, en esta instancia se sabe bien del poder de la escuela para producir determinados cuerpos y subjetividades. Padres y madres no están apenas preocupados con que sus hijos(as) tengan relaciones sexuales tempranamente, están más bien perturbados con la siguiente incógnita que propagan grupos homofóbicos: ¿si un discurso heteronormativo produce (supuestamente) cuerpos y subjetividades heterosexuales, qué producirá el hecho de hablar de inclusión, respeto, homosexualidad, travestismo y transexualidad?"*

uma perspectiva heteronormativa. Muitos já são os avanços, mas muitas também continuam sendo essas violações, que passamos a analisar no tópico seguinte.

1.2 A evolução dos Direitos Humanos X principais violações contra a população LGBTQIAP+ no Brasil e no mundo

Compreender o que são direitos humanos, sua evolução e aplicabilidade é extremamente necessário para o entendimento da sua relação com a necessidade de proteção desses direitos da população LGBTQIAP+. Perceber que gênero e diversidade sexual são direitos humanos diuturnamente violados tanto no Brasil como em diferentes países do mundo, bem como reconhecer a necessidade do debate em alto nível científico para a construção de um ambiente social pautado na segurança jurídica dos direitos desses cidadãos, é pedra fundamental para a concretização de direitos humanos fundamentais nos Estados soberanos.

O reconhecimento jurídico dos direitos da diversidade sexual e gênero coloca em pauta a análise de diferentes concepções científicas que abordam as temáticas “gênero”, “sexo” e “sexualidade” em suas múltiplas formas de expressão – estas, por sua vez, de fundamental importância para a melhor compreensão das relações interpessoais para o reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil e no mundo (ABÍLIO, 2019, p.20).

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos. Todos temos direito aos direitos humanos sem discriminação, seja qual for nossa nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, idioma ou qualquer outra situação, como idade, deficiência, condições de saúde, orientação sexual ou identidade de gênero. Esses direitos, não importa se forem direitos civis e políticos (como o direito à vida, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão) ou econômicos, sociais e culturais (tais como o direito ao trabalho, à segurança social e educação), são indivisíveis, universais, interdependentes e interligados.

Os direitos humanos foram estipulados através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) como uma resposta às atrocidades da II Guerra Mundial. Os direitos humanos universais são frequentemente mencionados e garantidos por lei, na forma de tratados, pelo direito consuetudinário internacional, através dos princípios gerais e outras fontes do direito internacional.

O direito internacional dos direitos humanos estabelece as obrigações dos governos para agir de determinadas maneiras ou abster-se de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de indivíduos ou grupos. Dispõe a Organização das Nações Unidas ainda que,

> Ao assinar e tornar-se partes de tratados internacionais, os Estados assumem obrigações e deveres sob a lei internacional de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos. A obrigação de respeitar significa que os Estados devem abster-se de interferir ou cercear o gozo dos direitos humanos. A obrigação de proteger requer que os Estados protejam os indivíduos e grupos contra violações de direitos humanos por terceiros. A obrigação de cumprir significa que os Estados devem tomar medidas para facilitar o gozo dos direitos humanos básicos (ONU, 2020).

Considerando que os direitos humanos surgiram no Ocidente, em uma sociedade organizada sobre os princípios do individualismo, é compreensível que se questione a sua validade universal.

No entanto, será que hoje, com o decurso da história, quando os direitos humanos já correspondem a um conjunto que vai muito além dos direitos meramente individuais, não teriam esses direitos realmente uma aplicabilidade em todo o mundo? Parece que fundar os direitos humanos na dignidade humana ainda é o que pode tornar os direitos humanos legítimos e emancipatórios nas mais diversas concepções de sociedade (PIACENTINI, 2007).

Pertinente para essa reflexão, é o pensamento de MENEZES; IACOMINI (2008), quando aludem que a internacionalização dos Direitos Humanos a partir do discurso das Nações Unidas no plano internacional, e a atuação coordenada de organismos internacionais, aliada a um conjunto de documentos protetivos, a adoção de políticas públicas e normativas voltadas para a proteção dos direitos

individuais levam num primeiro momento a adoção de uma releitura constitucional pelos Estados e, por conseguinte, de todo corpo normativo que compõe o sistema.

Ainda nesse sentido:

> As décadas seguintes foram marcadas pela releitura constitucional, no âmbito dos Estados ocidentais, no sentido de incluírem dentre o rol de direitos consagrados nacionalmente o maior número possível de direitos humanos. No plano internacional, organizações internacionais, aos moldes das Nações Unidas, fomentaram a multiplicação de tratados internacionais protetivos, sempre com o intuito de assegurar ao indivíduo, onde quer que esteja, o mínimo de direitos e garantias, consideradas universais, para a segurança mundial, a paz e o desenvolvimento da humanidade em decorrência disso no plano interno, e por ser uma obrigação moral dos Estados, são absorvidas regras constitucionais e que passam a iluminar todo o sistema normativo e principiológico da concepção dos direitos da personalidade pelos Estados (MENEZES; IACOMINI, 2008).

Segundo MALGARÉ (2002, p.337) circunscrever a temática dos direitos humanos a essa situação [a de apenas protegê-los] significa tratá-los de um modo extremamente procedimental. Ademais, corre-se o risco de remeter a proteção dos direitos humanos demasiadamente à esfera da prática política que, conforme a História já nos demonstrou, não é a mais indicada. BOBBIO (1992, p.24) por sua vez, defende que os direitos humanos são direitos historicamente relativos, isto é, que o “elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”. Afirma ainda que encontrar um fundamento que sirva como justificação racional aos direitos humanos não é suficiente para que eles sejam colocados em prática.

Contudo, o consenso de se ter uma base que valha para todo o conjunto dos direitos humanos é o primeiro passo rumo à sua efetivação, em especial se encontrarmos um fundamento que tenha equivalentes nas diversas culturas. Destaca PIOVESAN (2021, p.152) sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem no cenário internacional:

> Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os 2762 direitos nela previstos têm sido incorporados por constituições nacionais. Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos direitos

> humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas.

Dessa forma, a dignidade humana, para PIACENTINI (2007), destarte, vem sendo considerada uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, derivando daí a certeza de que a destruição de um causaria a destruição do outro. Daí o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituir-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Cumpre registrar o conceito SARLET (2004, p.27), que nos parece bastante completo, para quem a dignidade da pessoa humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, pode-se afirmar, por exemplo, que os direitos humanos se referem, portanto, e antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, e que irão encontrar na ideia de dignidade da pessoa humana o seu ponto convergente (BARRETO, 2004, p. 298). O que evidentemente deveria se a aplicar em relação ao respeito à diversidade sexual e gênero da população LGBTQIAP+, mas que infelizmente ainda não é o que ocorre como deveria no Brasil e em alguns lugares do mundo.

Por vezes, o ciclo de violência é tão intenso e constante, que pode ocorrer sua reprodução até mesmo entre pessoas com diversidade sexual e gênero diferente da heteronormativa, denominada LGBTfobia internalizada. É quando a própria pessoa LGBTQIAP+ assimila os valores negativos predominantes na sociedade acerca deste tópico e se percebe sob essa ótica. (BLUMENFELD, 1992). Esse comportamento pode levá-la a adotar atitudes preconceituosas ou até violentas contra outras pessoas LGBTQIAP+.

Apesar dos recentes avanços, a sociedade brasileira tem muito a percorrer para garantir direitos iguais à população LGBTQIAP+. O Brasil é um dos países mais perigosos para ser LGBTQIAP+ no mundo, mas mesmo assim, a legislação patina em combater a violência baseada na orientação sexual e identidade de gênero. De acordo com o Grupo Gay da Bahia, só em 2016, 343 pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais foram assassinadas no Brasil, tendo o crime motivação pela orientação sexual. É como se um LGBTQIAP+ fosse morto a cada 25 horas no país. Infelizmente, parte da sociedade credita essas mortes à violência em geral, mas crimes motivados pela intolerância mostram que essa população está mais vulnerável a crimes com requinte de crueldade. Publicação da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal descreve com detalhes chocantes a natureza desses homicídios: “22,4% das vítimas sofreram facadas; 21,9% foram alvejados a tiros; 8,6% foram espancados; 6,2% foram estrangulados; 5,2% foram apedrejados; 4,4% sofreram pauladas; 2,6% foram asfixiados; 1,6% foram carbonizados e 0,5% foram afogados. Algumas vítimas sofreram mais de um tipo desses ataques” (BRASIL, 2016).

Infelizmente, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/06, que previa a criminalização de diversas formas de discriminação em todo o território nacional, inclusive a discriminação LGBTfóbica, depois de oito anos em tramitação, foi arquivado sem conseguir aprovação. De acordo com a edição de 2017 do relatório “Homofobia de Estado”, da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex (ILGA, 2017), 13 estados brasileiros já possuem jurisprudência própria para proibir a discriminação baseada na orientação sexual com diferentes níveis de proteção. São eles: Amazonas, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

Quinze estados têm legislações ainda mais específicas para punir a discriminação baseada na orientação sexual, com imposição de sanções, como multas e revogações de licenças, por exemplo, aos atos de violência e discriminação por orientação sexual. São os estados: Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito

Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Ainda que não haja nenhuma disposição no Código Penal Brasileiro que penalize a incitação ao ódio devido à orientação sexual, cinco estados já promulgaram legislações locais que proíbem expressamente a conduta. São eles: Amazonas, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba e Rio de Janeiro. Os dados mostram que enquanto a população LGBTQIAP+ do Sudeste está toda coberta por legislações estaduais que proíbem a discriminação por orientação sexual, no Norte do país apenas os estados do Amazonas e do Pará têm uma lei local sobre o tema. Por outro lado, mesmo que timidamente, apenas cinco estados penalizam a incitação ao ódio (REIS, 2018).

Enquanto o Brasil caminha a passos lentos para criminalizar a LGBTfobia no Congresso Nacional, algumas legislações federais geram contrassenso sobre a proteção da população LGBTQIAP+. É o caso da Lei nº 12.852/13, que institui o Estatuto da Juventude (BRASIL, 2016). A legislação dá direito às e aos jovens, com idade entre 15 e 29 anos, à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e os protege da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.

Na teoria, o indivíduo LGBTQIAP+ com idade entre 15 e 29 anos está protegido por lei da discriminação por motivo de orientação sexual. O questionamento que fica é: o que acontece quando essa pessoa completa 30 anos e deixa de ser protegida pelo Estatuto da Juventude e passa a ficar descoberta, tendo em vista que o Brasil não tem uma legislação específica para toda a população no que se refere à proteção por motivo de orientação sexual? Nas escolas esse indivíduo é respeitado durante os graus de instrução pela sua orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero?

Apesar do avanço do Conselho Federal de Medicina em regulamentar a redesignação sexual, a entidade ainda tratava a transexualidade como uma doença, ao considerar o/a paciente transexual “portador/a de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou

autoextermínio” (BRASIL, 2010). Por outro lado, há um movimento internacional crescente atuando pela despatologização da transexualidade e sua retirada da próxima versão da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde desde 2018.

Felizmente, a transexualidade deixou efetivamente de ser considerada um transtorno mental pela Organização Mundial da Saúde (OMS) neste ano. A organização internacional tomou a decisão em 2018 e fixou o prazo de 1º de janeiro de 2022 para que ela fosse adotada por todos os países que integram o organismo. A Classificação Internacional de Doenças (CID) manteve a transexualidade como um transtorno mental por 28 anos. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) já orientava desde o início de 2018 para que profissionais da área não tratassem a transexualidade como uma patologia[10]. A CID é um cadastro com mais de 50 mil códigos únicos para doenças, problemas de saúde e lesões. Ela é atualizada periodicamente pela OMS pelo plenário da entidade, que reúne todos os países membros.

Apesar disso, a transfobia no Brasil desoladora, sendo o país o que mais mata pessoas trans e travestis em todo o mundo pelo 13° ano consecutivo. O número de assassinatos de mulheres trans e travestis é o maior desde 2008, ano em que o dado começou a ser registrado.

Conforme o relatório da Transgender Europe (TGEU, 2021), que monitora dados globalmente levantados por instituições trans e LGBTQIAP+, 70% de todos os

[10] A Resolução CFP nº 01/2018 tem o objetivo de impedir o uso de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminação e veda a colaboração com eventos ou serviços que contribuam para o desenvolvimento de culturas institucionais discriminatórias. O CFP, mostrando o protagonismo da Psicologia brasileira, antecipou-se à OMS ao publicar a Resolução, que está perfeitamente articulada com os estudos internacionais e os novos paradigmas que envolvem a compreensão do gênero na constituição da subjetividade humana. A Resolução CFP nº 01/2018 foi publicada em 29 de janeiro de 2018, após ter sido aprovada por unanimidade pelas (os) delegadas (os) da Assembleia de Políticas, da Administração e das Finanças do Sistema Conselhos de Psicologia (Apaf), que reúne representantes de todos os conselhos regionais e do federal. A 01/2018 está baseada em três pilares: transexualidades e travestilidades não são patologias; a transfobia precisa ser enfrentada; e as identidades de gênero são autodeclaratórias. A edição anterior estava em vigor desde maio de 1990, ano em que o termo “homossexualismo” foi removido da lista e deixou de ser entendido como doença (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2019).

assassinatos registrados aconteceram na América do Sul e Central, sendo 33% no Brasil, seguido pelo México, com 65 mortes, e pelos Estados Unidos, com 53. Os dados apontam também que, nos últimos 13 anos, pelo menos 4.042 pessoas trans e de gêneros diversos foram assassinadas entre janeiro de 2008 e setembro de 2021. Entre outubro de 2020 e setembro de 2021 foram registrados 375 assassinatos no mundo, o que representa um aumento de 7% em relação ao ano anterior. O relatório mostra que o Brasil teve 125 mortes[11]. Por outro lado, só no ano de 2020, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais reportou 175 transfeminicídios e mapeou 80 mortes no primeiro semestre de 2021. As maiores vítimas de transfeminicídio são mulheres.

Estudo recente[12], aponta que, passados dois anos da decisão do STF (o que estudaremos na Parte II dessa pesquisa), a criminalização da LGBTfobia ainda não é uma realidade no país. E que as dificuldades de efetivar as denúncias se somam à resistência das forças de segurança pública e do sistema judicial em reconhecer e aplicar a decisão. O levantamento aponta 34 barreiras para o reconhecimento da criminalização contra essa população (BULGARELLI, et al. 2021). A ausência de padronização dos sistemas estaduais de registro das ocorrências e o não

[11] De acordo com o documento da Transgender Europe, 96% das pessoas assassinadas em todo o mundo eram mulheres trans ou pessoas transfeminadas; 58% das pessoas trans assassinadas eram profissionais do sexo; a idade média das pessoas assassinadas é de 30 anos; 36% dos homicídios ocorreram na rua e 24% na própria residência. Os dados da organização são obtidos por movimentos trans e organizações da sociedade civil que realizam alguma categoria de monitoramento profissional em seus países. Mas, esses números não representam a transfobia no Brasil. Segundo o relatório, ainda há que considerar os casos não reportados e as mortes não registradas com motivação transfóbica pelos sistemas governamentais de segurança pública, que no Brasil são gritantes (TGEU, 2021).

[12] A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 13 de junho de 2019 que reconheceu a LGBTfobia como crime de racismo ainda não produziu todos os seus efeitos desejados. Ao declarar o atraso e a demora do Congresso Federal em elaborar uma lei sobre o tema, o STF interpretou como urgente o reconhecimento do Estado sobre o preconceito, a intolerância e a violência que pessoas LGBTQIAP+ são submetidas no Brasil. O descaso do Estado com a violência LGBTfóbica colabora para o aumento recente dos índices de agressões e assassinatos contra pessoas LGBTQIAP+ (OLIVEIRA; MOTT, 2020), sobretudo de travestis e pessoas trans (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020). Tamanha inação para combater a LGBTfobia também se manifesta na ausência histórica de dados oficiais sobre esta população no país, tarefa empenhada especialmente por movimentos sociais e organizações parceiras. A articulação crescente de setores sociais e agentes públicos para deslegitimar, desconstituir e antagonizar com os direitos LGBTQIAP+ vem dificultando ainda mais o reconhecimento institucional das violências LGBTfóbicas. Nesse sentido, a política do governo Bolsonaro (2018) tem sido eficiente no esforço conservador de aprofundar o uso de aparelhos do Estado para implementar uma agenda de retrocessos e negação de direitos (BULGARELLI, et al. 2021).

reconhecimento do nome social de travestis e pessoas trans nos procedimentos de denúncia estão entre as barreiras sobre procedimentos institucionais apontadas pelo estudo.

A inexistência dos campos de orientação sexual e identidade de gênero nos sistemas de preenchimento de boletins de ocorrência (BO), por exemplo, é apontada como uma das barreiras sobre falta de transparência e opacidade do Estado. Outros obstáculos são o baixo índice de preenchimento dos campos de orientação sexual e identidade de gênero, quando existem, e o preenchimento inexpressivo dos campos de motivação de crimes LGBTfóbicos nos BOs.

Embora as barreiras encontradas possam apresentar variações a depender das especificidades da cidade, estado ou região observada, as pessoas interlocutoras da pesquisa evidenciaram que estes impeditivos ocorrem de maneira reiterada em todo o território nacional e em diferentes instituições do sistema de justiça e de segurança pública.

É o caráter não-ocasional e sistemático do conjunto de problemas identificados que nos permite afirmar que tais barreiras, reunidas, constituem uma violência institucional LGBTfóbica cometida por órgãos e agentes do Estado que impossibilita o reconhecimento da criminalização da LGBTfobia no Brasil, segundo o estudo (BULGARELLI, et al. 2021).

Entende-se como violência institucional LGBTfóbica toda forma de violência praticada por um agente ou órgão público que dificulte ou prejudique o acesso[13] da

[13] Em outubro de 2021, o Jornal Hoje da Rede Globo, investigou o número de casos de homofobia e transfobia registrados nas delegacias a partir de um requerimento a todos os estados brasileiros, por meio das secretarias estaduais de segurança pública, via Lei de Acesso à Informação (LAI). Apenas 15 estados e o Distrito Federal informaram os números, 10 estados disseram que seus sistemas não permitem saber as próprias estatísticas em relação a esses crimes e o estado de Santa Catarina deu uma resposta inconclusiva. A reportagem do Jornal Hoje também solicitou às secretarias estaduais de segurança pública os números de outros crimes contra a população LGBTQIAP+. Nove estados não souberam responder, entre eles AM, RJ e MG. Dos estados que responderam à solicitação, foram contabilizados pela reportagem 1.726 registros de crimes com motivação homofóbica, um aumento de 21% em relação a 2019. Desse total, foram registradas 813 ofensas (injúrias, difamações e calúnias), 335 ameaças e 237 agressões. A falta de dados oficiais sobre pessoas trans é um problema na criação de políticas públicas (PINHEIRO, 2022).

vítima LGBTQIAP+ aos mecanismos de justiça e ao reconhecimento integral da violência sofrida. (MINAYO, 2006; MOREIRA, et. al., 2020).

O despreparo de agentes e órgãos públicos em acolher a vítima de LGBTfobia ou reconhecê-la como tal também resulta, em grande parte dos casos, na desconfiança de ingressar ou prosseguir com a denúncia. Erradicar a violência institucional LGBTfóbica em todas as suas manifestações é, mais do que uma necessidade, uma condição urgente para combater as demais formas de violência sofridas pela população LGBTQIAP+.

Esses episódios demonstram que a violência institucional ocorre não apenas quando agentes e órgãos públicos agem de forma inadequada ou irregular, mas também na omissão do Estado em coibir violências e garantir acolhimento, a proteção à vítima e o reconhecimento da agressão sofrida (BULGARELLI, et al. 2021).

Muitas são as distorções de projetos que garantem dignidade à LGBTQIA. Projetos como o Escola sem Homofobia, que previa material didático para discutir violência de gênero e preconceito em escolas, acabam sendo distorcidos por determinados setores (ultra) conservadores e fundamentalistas da população, como forma de deslegitimação dos direitos da população LGBTQIAP+. Vale lembrar que o projeto ganhou a alcunha de "*Kit Gay*" e foi combatido em diversas esferas da sociedade (REIS, 2018).

A defesa do Estado laico é também uma bandeira do movimento LGBTQIAP+. Um Estado laico não é um Estado ateu ou intolerante às liberdades religiosas. Ao contrário, é exatamente a laicidade do Estado o que permite que cada indivíduo decida se quer comungar de determinadas crenças religiosas. Em um Estado laico, os órgãos públicos devem ser neutros em matéria religiosa.

Isso não significa que as/os profissionais de comunicação não possam professar suas crenças individualmente ou com suas famílias e tampouco que sua liberdade de expressão religiosa possa ser cerceada. Significa apenas que sua atuação profissional não deve se pautar pelo sermão do padre, pela pregação do

pastor, pelas orientações da mãe de santo ou pelas crenças de outras religiões (DINIZ, 2011). Em um Estado laico, não há nem perseguição religiosa nem proteção às religiões. Simplesmente, qualquer cidadão é livre para criar a própria igreja ou filiar-se às centenas já existentes no Brasil

Os grupos neonazistas hoje tendem a negar a morte dessas pessoas, lésbicas e gays, afirmando que foram mortos por condições de trabalho, ou por doenças, como o tifo. Alguns grupos de ódio cristãos nos EUA negam completamente a presença de pessoas homoafetivas em campos de concentração, como pode se ver no livro A Suástica Rosa, um exemplo de negacionismo religioso (DIAS, 2018). Por isso é muito importante divulgar informações sobre a perseguição nazista à homoafetividade.

Há muitas pessoas com deficiência que são homoafetivas e muitas pessoas homoafetivas que vivem a experiência da deficiência. Mas, apesar disso, ainda é bastante incomum o diálogo entre as duas comunidades, diálogo que poderia muito contribuir para pensar questões acerca do corpo e de suas dimensões políticas. O capacitismo, o preconceito às pessoas com deficiência, narrativa social que considera o corpo das pessoas com deficiência, menor, inferior, menos humanos, menos apto à vida, à felicidade, à realização pessoal, é a matriz social da hierarquização entre humanidades. Para DIAS (2018),

> Ao permitir que se possibilite hierarquização entre humanidades, que surja a viabilização entre considerar um corpo mais humano ou menos humanos que outro, abre-se espaço para o racismo, para o machismo, para a homofobia, para a transfobia, para a lesbofobia, visto que se abre a possibilidade de se considerar alguém menos humano que o homem de elite, hétero, branco, sem defeitos ou deficiências, a quem desde o surgimento dessa narrativa dominante deu-se o lugar universal de fala. Quanto mais o ser se afasta desse lugar de fala, ou por ser lésbica, ou por ter deficiência, ou por ser negra, ou por ser negra com deficiência e lésbica, mais distante está de um lugar de fala. Por isso, é muito importante que as diversas comunidades se aproximem para politizar o corpo como um lugar de fala constante. E também para viabilizar políticas públicas semelhantes aos corpos que, por trajetórias diversas, necessitam de políticas que atendam necessidades análogas, ganhando força na pluralidade dos sujeitos envolvidos nas demandas. É preciso parar de hierarquizar direitos humanos no Brasil.

Nesse sentido, um mecanismo de propagação da importância do debate da defesa dos direitos humanos da população LGBTQIAP+, é a instituição de datas

alusivas a essas lutas. Dessa forma, se garante a representatividade da diversidade sexual e gênero no campo social, político, cultural, buscando a concretização dos direitos desses cidadãos. Que como todos os demais arcam com seus deveres, mas quase nunca tem assegurados os seus direitos. Veja algumas delas e como se tornaram importantes para o Movimento LGBTQIAP+.

Muito relevante, por exemplo, é o Dia da Visibilidade Travesti e Transexual (29 de janeiro), data escolhida porque nesse dia, em 2004, o Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais do Ministério da Saúde lançou a campanha “Travesti e Respeito”, com o objetivo de sensibilizar educadores e profissionais de saúde e motivar travestis e transexuais para sua própria cidadania e autoestima. Desde então, algumas cidades brasileiras programam atividades para celebrar a ocasião.

Também tem destaque o Dia de Combate à LGBTfobia (17 de maio), pois entre 1948 e 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificava a homossexualidade como transtorno mental. Em 17 de maio de 1990, a Assembleia Geral da OMS aprovou a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças. Nesta data simbólica, organizam-se eventos em vários países para chamar a atenção dos governos e da opinião pública para a situação de opressão, marginalização, discriminação e exclusão social em que vivem os grupos LGBTQIAP+ na maior parte dos países (REIS, 2018). Afirma ainda o autor,

> A data de 28 de junho (Dia do Orgulho LGBTQIAP+) tem sua origem nas lutas em torno do Bar Stonewall, em Nova York, em 28 de junho de 1969, quando uma multidão se rebelou contra a polícia, que tentava prender homossexuais, travestis e transexuais. Por três dias e por três noites pessoas LGBTQIAP+ e aliadas resistiram ao cerco policial e a data ficou conhecida como a Revolta de Stonewall. A partir de então, foi criado o Gay Pride e a resistência conseguiu a atenção de muitos países, em especial dos Estados Unidos, para os seus problemas. Essas pessoas buscavam apenas o respeito próprio e social, além do reconhecimento de que tinham e têm direitos civis iguais. Nasceu o movimento pelos direitos das pessoas LGBTQIAP+.

No Brasil, o 17 de maio foi instituído como o Dia Nacional de Combate à Homofobia, por decreto assinado pelo Presidente da República em 04 de junho de 2010. Destacam-se ainda o Dia da Visibilidade Bissexual, pois nesse dia é uma chamada às pessoas bissexuais e suas famílias, amigos/as e aliados/as para

reconhecer e celebrar a bissexualidade, a história, a comunidade e a cultura bissexual, bem como a vida das pessoas bissexuais. O dia começou a ser celebrado a partir de 23 de setembro de 1999. E o Dia Internacional de Ação pela Despatologização Trans existe desde 2007, com manifestações em diversas cidades do mundo. Tem por objetivo promover a consciência de que as identidades trans ainda são consideradas transtorno mental pela Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, e exigir que as mesmas sejam despatologizadas (retiradas da Classificação). O que ocorreu de fato agora em 2022 como já mencionado anteriormente.

Por fim, conforme ainda informa REIS (2018), existem algumas datas menos publicizadas, mas nem por isso menos importantes como: o Dia da Visibilidade Intersexual surgiu a partir do dia 26 de outubro de 1996, quando integrantes da *Intersex Society of North America* protestaram publicamente após serem impedidos de apresentar seus trabalhos na Conferência Anual da Academia Americana de Pediatria, questionando a forma desrespeitosa com que pessoas intersexuais eram submetidas a cirurgias "normalizadoras”. O Dia Mundial de Combate à Aids (1º de dezembro); dia em que internacionalmente vários governos e entidades se unem para conscientizar as pessoas ao redor do mundo sobre a aids. E o dia da Visibilidade Lésbica (29 de agosto), data que se refere ao dia em que se realizou o primeiro Seminário Nacional de Lésbicas (Senale), em 2006, no Brasil; sendo um dia dedicado a se discutir e dar visibilidade à comunidade de lésbicas no país.

Pelo exposto até aqui, é evidente que a humanidade caminha de forma progressiva, mesmo que boa parte das vezes a passos lentos e em alguns momentos até havendo estagnação referente à ideia de proteção de direitos humanos. No entanto, diante da realidade atual mundial, mas principalmente da brasileira, mesmo com inúmeras ações simbólicas e até mesmo concretas na proteção dos direitos da população LGBTQIAP+, ainda são alarmantes as quantidade de violações de direitos humanos dessas minorias sexuais e de gênero. Sendo assim, buscaremos na sequência com o próximo tópico, compreender esses fenômenos interdisciplinarmente à luz do Direito Internacional.

1.3 Organização das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Direitos Humanos na proteção da população LGBTQIAP+

Considera-se direitos humanos todos aqueles direitos reconhecidos no Direito Internacional, isto é, que estejam consagrados em algum tratado ou declaração internacional de direitos humanos. Pode-se argumentar contra isto que o reconhecimento no âmbito internacional ensejaria já a devida consideração por parte dos vários Estados em relação a esses direitos e, sendo assim, não caberia mais discutir seu fundamento.

O direito internacional dos direitos humanos estabelece obrigações que os Estados devem respeitar. Através da ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, os governos se comprometem a adotar medidas e criar uma legislação nacional compatível com as obrigações decorrentes desses tratados. No caso em que os processos jurídicos nacionais não abordam abusos de direitos humanos, existem mecanismos e procedimentos para fazer denúncias individuais que estão disponíveis nos níveis regional e internacional para ajudar a garantir que os padrões internacionais de direitos humanos sejam de fato respeitados, implementados e aplicados em nível local.

Nesse sentido, atenta para o tema MENEZES (2007), sobre a relação do Direito Interno com o Direito Internacional no cenário contemporâneo. Refletindo o autor, em face disso, quanto ao conceito de transnormatividade e da construção de um direito transnacional, no entanto, se revitaliza nos dias de hoje, à medida que, no cenário atual, ampliam-se os mecanismos de interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, estabelecendo verdadeiramente uma relação transnormativa, não só de produção, mas de efeitos e repercussão de um direito, especialmente o internacional, sobre o sistema normativo do outro. Desenvolvendo o autor ainda nesse sentido que:

> À medida em que o Direito Internacional foi avançando ao longo dos anos, no aspecto de incorporação de uma maior sistematização e de um regramento mais integrado, como repercussão das normas produzidas nas relações internacionais sobre o Direito Interno que propiciou uma maior inter-relação entre normas produzidas no plano internacional e normas produzidas internamente pelos direitos nacionais do Estados, foi que o tema encontrou

> maior importância, acabando, assim, por despertar uma maior preocupação doutrinária (MENEZES, 2007).

Em nível internacional estes mecanismos incluem organismos de tratados, comitês de especialistas estabelecidos pelos tratados e encarregados de monitorar e implementar as obrigações dos mesmos, e relatores especiais e outros especialistas independentes nomeados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para investigar e informar sobre desafios urgentes de direitos humanos, por exemplo.

A estruturação de uma nova ordem jurídica internacional na comunidade internacional contemporânea tendo como corolário ideológico os direitos fundamentais possuem desdobramentos e repercussões de grande tonalidade no sistema jurídico contemporâneo, especialmente no direito interno dos Estados. A consubstanciação no plano internacional dos Direitos Humanos é resultado de uma longa e lenta evolução da concepção do pensamento teleológico do próprio Direito que, ao longo de séculos de evolução de ideias, acabou por conceber como núcleo das relações jurídicas os direitos fundamentais, como direitos universais afetos a toda humanidade, o que ocorreu a partir de sua inserção no plano internacional (MENEZES; IACOMINI, 2008).

Embora haja uma intenção clara de quase todos os países do mundo, que são parte de distintas convenções de direitos humanos, de privilegiar esses direitos, à hora de estabelecer um diálogo sobre sua prática não se pode abrir mão da sua justificativa (PIACENTINI, 2007). Nesse sentido, o papel da Organização das Nações Unidas (ONU) em relação aos Direitos Humanos, é de extrema valia para a concretização de direitos, como assevera AMORIM (2017, p.273):

> Desde o primeiro momento, apoiamos a criação do Conselho de Direitos Humanos. O Brasil teve participação de relevo nas negociações para sua constituição. Confiamos que o Conselho contribuirá para a efetiva promoção e a proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e que ponha fim à seletividade e à politização que tanto caracterizaram a antiga Comissão de Direitos Humanos. Uma ideia que temos defendido é a de que a situação dos direitos humanos no mundo seja objeto de um “Relatório Global”.

Pode-se dizer, que já não são mais suficientes as concepções clássicas do Direito Internacional, tão somente, na contemporaneidade. Como a teoria dualista

que propõe uma ideia, por exemplo de, para que uma internacional, penetre na esfera interna do Estado, representado por seus limites territoriais, que dão a dimensão geográfica de sua soberania, e possa operar juridicamente, produzindo plena eficácia, com a possibilidade de ser invocável ou oponível pelos indivíduos, como direito líquido e exigível, é necessária a ratificação da norma internacional e a sua devida incorporação ao sistema interno. Ou de que o Direito Internacional só teria validade no plano externo para o Estado, em caso, por exemplo, de responsabilidade internacional por descumprimento de uma norma como sujeito do Direito Internacional (MENEZES, 2007).

Novas concepções se fazem necessárias na lógica da própria Teoria da Transnormatividade[14], como se analisará por exemplo de forma transversal, na parte II deste estudo. Visto que, como uma das categorias de análise propostas para verificação dos julgados da Suprema Corte brasileira, refere-se à relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero. Importante ressaltar, que não há uma obrigatoriedade, embora haja uma recomendação dos ministros fundamentarem suas decisões necessariamente em eventuais compromissos assumidos pelo país. Além disso, pode ser também que, haja fundamentação na jurisdição constitucional brasileira sobre a proteção direitos humanos à população LGBTQIAP+, em tratados ou convenções internacionais que o Brasil não tenha participado como Estado-parte ou seja signatário.

E é exatamente a questão do alicerce dos direitos humanos que passa a ser objeto de discussão, quando o que está em debate são as minorias sexuais e de gênero quanto à proteção da população LGBTQIAP+ nas mais diversas culturas,

[14] Para André-Jean Arnaud, o professor e pesquisador Wagner Menezes “não constrói esta teoria transformativa pelo prazer de 'fazer o novo'. Mostra que há um meio para contornar não somente os limites das teorias monista e dualista do direito internacional no contexto da globalização, mas, ainda, para contornar a oposição entre um e outro, e sobre o qual se fundam seus adeptos respectivos. O exemplo mencionado, sobre este ponto do funcionamento normativo da ordem jurídica da União Europeia, é precioso. Se não habitamos aqui no âmbito de uma visão monista, é importante notar que só uma visão 'flexível' permite se fazer a ponte entre os interesses dos Estados soberanos e as exigências das regras internacionais. Ademais, a teoria assim elaborada toma conta de um fenômeno contemporâneo que pude eu mesmo notar, que é o da 'transgressão'..." (MENEZES, 2005).

diante da infinidade de violações de direitos; como no caso do Brasil. Sendo o ponto mais importante ao mencionar o Sistema Internacional de Direitos Humanos é que o Sistema Universal Especial tem se renovado e se mostrado apto a acompanhar as mudanças da sociedade global e dos novos desafios que se apresentam em termos de direitos humanos.

Como a maior e principal organização intergovernamental internacional, de vocação universal, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem se mostrado como seguro ambiente/local, apropriado para a elaboração de políticas favoráveis aos cidadãos LGBTQIAP+, em nível global. A contribuição no seio da organização provém da Assembleia Geral da ONU, órgão com vocação de parlamento ou foro de debate dos principais problemas da organização, haja vista a participação direta de todos os Estados-membros da organização.

O marco inicial da contribuição da ONU se dá com a inclusão da temática da diversidade sexual em sua pauta e com a aprovação de resoluções a partir de 2003. Num primeiro momento, surge uma série de resoluções focadas no combate às execuções sumárias ou arbitrárias motivadas pela orientação sexual não heterossexual das vítimas (PEREIRA, 2017). Obviamente, por serem a orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero também direitos humanos.

Nesse sentido, desde 2008, tanto a ONU (2008) quanto a Organização dos Estados Americanos (OEA), têm aprovado declarações e resoluções afirmando que a orientação sexual e a identidade de gênero também devem ser consideradas como direitos humanos. Em 2012 o Escritório do Alto Comissariado das Nações para os Direitos Humanos lançou uma publicação intitulada “Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos”. A publicação elenca cinco obrigações legais dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos de pessoas LGBTQIAP+ que, resumidamente, são:

> Proteger indivíduos de violência homofóbica e transfóbica; prevenir tortura e tratamento cruel, desumano e degradante de pessoas LGBTQIAP+; descriminalizar a homossexualidade; proibir discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e respeitar as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica (ONU, 2008).

Além disso, em 09 de janeiro de 2018, a OEA publicou oficialmente a Opinião Consultiva n° 24/17, a qual consolida o reconhecimento do casamento civil igualitário para parceiros de mesmo sexo nas Américas, bem como a possibilidade de Retificação de nome civil e redesignativo de sexo/gênero sem cirurgia de transgenitalização. Os Estados-membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, como o Brasil, terão a obrigação de adequar sua legislação interna aos parâmetros internacionais. Para Ban KI-MOON (2013), ex-Secretário Geral das Nações Unidas, a violência e discriminação contra as pessoas LGBTQIAP+ são uma monumental tragédia para os que se preocupam e uma mancha na nossa consciência coletiva (UNHCHR, 2013).

O direito à igualdade e não discriminação são princípios fundamentais dos direitos humanos, consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos. As palavras da abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos são inequívocas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948). A garantia de igualdade e não discriminação oferecida pelo direito internacional dos direitos humanos se aplica a todas as pessoas, independentemente de sexo, orientação sexual e identidade de gênero ou “outra situação”.

Não existem cláusulas escondidas em letras miúdas em qualquer um dos tratados de direitos humanos que permitem um Estado garantir os direitos para alguns, mas negá-los a outros com base na orientação sexual e identidade/expressão de gênero. Além disso, os organismos de tratados de direitos humanos da ONU confirmam, periodicamente, que é proibida - sob o direito internacional dos direitos humanos - a discriminação devido à orientação sexual ou à identidade de gênero.

Isso significa que é ilegal fazer qualquer distinção nos direitos das pessoas com base no fato de que elas são gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais e outras diversidades sexuais e de gêneros

(LGBTQIAP+), assim como é ilegal fazê-lo com base na cor da pele, raça, sexo, religião ou qualquer outra condição.

Esta posição foi confirmada repetidamente nas decisões e orientações gerais emitidas por vários órgãos de tratados, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê contra a Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Por isso, o escritório de direitos humanos da ONU (2020), documentou uma ampla gama de violações dos direitos humanos cometidos contra as minorias sexuais e de gênero. Quais sejam:

> Ataques violentos, que vão desde abuso verbal agressivo e intimidação psicológica até agressão física, espancamentos, tortura, sequestro e assassinatos seletivos.
>
> Leis discriminatórias, muitas vezes usadas para assediar e punir as pessoas LGBTQIAP+, incluindo leis que criminalizam relações consensuais de pessoas do mesmo sexo, que violam os direitos à privacidade e à não discriminação.
>
> Cerceamento à liberdade de expressão, restrições ao exercício dos direitos de liberdade de associação e reunião, incluindo as leis que proíbem a divulgação de informações sobre a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo, sob o pretexto de restringir a propagação da chamada “propaganda” LGBTQIAP+.
>
> Tratamento discriminatório, que pode ocorrer de diversas formas diariamente, incluindo locais de trabalho, escolas, lares e hospitais. Sem leis nacionais que proíbam a discriminação por terceiros com base na orientação sexual e na identidade de gênero, estes tratamentos discriminatórios continuam sem controle, deixando poucos recursos para as pessoas afetadas.
>
> Nesse contexto, a falta de reconhecimento legal das relações de pessoas do mesmo sexo ou da identidade de gênero de uma pessoa também pode ter um impacto discriminatório em muitas pessoas LGBTQIAP+.

Diante disso, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em uma série de resoluções, apelou aos Estados-membros para assegurar a proteção do direito à vida de todas as pessoas sob sua jurisdição e para investigar rápida e completamente todos os assassinatos, incluindo aqueles motivados pela orientação sexual e identidade de gênero da vítima.

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas tornou-se o primeiro organismo intergovernamental da ONU a adotar uma resolução

sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. A resolução 17/19 expressou a “grave preocupação” do Conselho com a violência e a discriminação contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, e encomendou um estudo sobre o alcance e a extensão destas violações e as medidas necessárias para resolvê-las.

A pesquisa solicitada, elaborada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), foi lançada em dezembro de 2011. Ela mostrou um padrão de violência e discriminação dirigido a indivíduos devido à sua orientação sexual e identidade de gênero. Suas conclusões e recomendações formaram a base de um painel de discussão que aconteceu no Conselho em março de 2012 - a primeira vez que um debate intergovernamental formal sobre o assunto foi realizado nas Nações Unidas. Algumas medidas[15] práticas são exigidas pelo direito internacional aos Estados para salvaguardar os direitos das pessoas LGBTQIAP+, especialmente quanto às obrigações legais fundamentais dos Estados no que diz respeito à proteção dos direitos humanos dessa população.

A inédita Resolução nº 2435/2008 – Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero foi aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008. O documento, fruto de iniciativa da delegação brasileira, com esteio nas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos (seres humanos nascem

[15] Proteger os indivíduos de violência homofóbica e transfóbica e prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante. Promulgar leis contra crimes de ódio que desencorajem a violência contra indivíduos com base na orientação sexual. Criar sistemas eficazes para relatar atos de violência motivados pelo ódio, incluindo a investigação destes crimes e o julgamento de seus autores, levando os responsáveis à justiça. Oferecer treinamento para policiais e monitorar os locais de detenção e fornecer um sistema de compensação para as vítimas. Além disso, leis e políticas de asilo deveriam reconhecer que a perseguição com base na orientação sexual pode ser uma base válida para um pedido de asilo. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo toda a legislação que criminaliza a conduta sexual privada entre adultos. Certificar-se de que indivíduos não sejam presos ou detidos com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero e que não estejam sujeitos a qualquer tipo de exames físicos degradantes destinados a determinar sua orientação sexual. Proibir a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar legislação que proíba a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Educar as pessoas, para evitar a discriminação e estigmatização de pessoas LGBTQIAP+ e intersexuais. Garantir as liberdades de expressão, associação e reunião pacífica para todas as pessoas LGBTQIAP+ e garantir que qualquer restrição a esses direitos - mesmo quando tais restrições pretendam servir a um propósito legítimo e sejam razoáveis e proporcionais - não seja discriminatória em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Promover uma cultura de igualdade e diversidade que englobe o respeito aos direitos das pessoas LGBTQIAP+ (ONU, 2020).

livres e iguais em dignidade e direitos, com capacidade para gozar os direitos e liberdades, a salvo de toda forma de discriminação), da Declaração Americana dos Direitos do Homem (o direito de todo ser humano à vida, liberdade e segurança) da Carta da OEA (a missão histórica de América de propiciar ao ser humano uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e a realização justa de suas aspirações), e, ainda, com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, expressou a preocupação do órgão com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero” (OEA, 2008).

A aprovação da histórica “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, em 05 de junho de 2013, cristalizou o *zeitgeist* subjacente à aprovação das resoluções contra a homofobia e transfobia, coligadas com as declarações da CIDH de repúdio à discriminação e violência contra pessoas LGBTQIAP+ (OEA, 2013).

Trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero. Já a Corte Europeia de Direitos Humanos[16] tem uma

[16] O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) foi elaborado no seio do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, entrando em vigor em setembro de 1953 estava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, esta, por sua vez, instituiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O Tribunal é composto por um número de juízes igual ao número de Estados contratantes. Não existe nenhuma restrição quanto ao número de juízes com a mesma nacionalidade. Os juízes são eleitos por um mandato de nove anos não renovável. Os juízes exercem as suas funções a título individual e não representam os Estados. Não podem exercer uma atividade incompatível com os seus deveres de independência e imparcialidade ou ainda com a disponibilidade exigida para o desempenho de suas funções a todo o tempo. O mandato termina quando o juiz alcança os 70 anos de idade. O Tribunal, reunido em assembleia plenária, elege o seu presidente, dois vice-presidentes e dois presidentes de câmara. Essas funções duram três anos. Cabe a ele apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país, todos os meios que a lei lhe faculta para tentar remediar a violação (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2021). Por outro lado, o Tribunal só pode receber queixas que lhe sejam apresentadas até seis meses após a decisão interna definitiva. O Tribunal não pode apreciar queixas anônimas, nem queixas que sejam essencialmente as mesmas que uma queixa anteriormente examinada pela Comissão Europeia ou pelo Tribunal ou já submetida à outra instância internacional. As queixas ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos podem ser feitas por um estado ou uma queixa individual pela vítima de uma violação da Convenção. Ela deve ser entregue na secretaria do tribunal, e pode, após uma primeira apreciação por um juiz singular ou um Comitê composto por três juízes (integrado numa secção composta por 7 juízes), ser arquivada ou considerada inadmissível. Caso considerado admissível, o Tribunal procede à tentativa de resolução amigável. O Tribunal só pode efetuar

jurisprudência consistente sobre os direitos de pessoas de orientação sexual dissidente, cobrindo um arco temporal de mais de 30 anos em decisões que se estendem das leis de sodomia e idade de consentimento para práticas homossexuais à regulação da homoconjugalidade, inclusive de transgêneros, e homoparentalidade (NAGAMINE, 2017).

Contrariamente a outros diplomas que são a base dos outros instrumentos de proteção de direitos humanos, sejam os regionais ou o internacional, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE) (incorporada na estrutura legal da UE com o Tratado de Lisboa) contém uma referência aos direitos LGBTQIAP+ no artigo 21º: “é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual” (MAURICIO, 2018, p.93).

Esta referência é limitada, porque está confinada ao contexto de direitos de igualdade, ou seja, mesmo garantindo tratamento igual a homossexuais e heterossexuais, esta norma nada diz quanto a direitos de liberdade ou regulação da sexualidade, pelo que não protege contra ingerência indevida na vida sexual como tal, garantindo apenas que tal ingerência se verifique para com homossexuais e heterossexuais na mesma medida (UNHCHR, 2020). Os princípios do Comitê Econômico e Social (CES) são respeitados pela (UE) por força do artigo 6ºA do TEU, com as alterações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã de 1999.

Em 2013, o Conselho dos Assuntos Estrangeiros lançou um documento similar, intitulado “Linhas de Orientação para Promover e Proteger o Gozo de Direitos Humanos por Pessoas LGBTQIAP+”. Observa-se que através do Conselho Europeu (ou Conselho de Ministros), Comissão Europeia, Parlamento Europeu e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), todos têm desempenhado um papel decisivo na Europa no que diz respeito ao desenvolvimento dos direitos LGBTQIAP+

---

julgamentos contra Estados que assinaram a Convenção. Caso necessário, deve-se realizar um inquérito. Uma vez declarado que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o Direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuiu à parte lesada uma reparação razoável. O Tribunal possui duas línguas oficiais: Inglês e Francês (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2021).

enquanto direitos humanos, frequentemente em cooperação com o Conselho da Europa.

Passando para a análise do continente Africano, embora todos os elementos essenciais para um sistema de proteção de direitos humanos a nível regional existam, o sistema africano é muito mais fraco do que os sistemas interamericano e europeu. A sua natureza estrutural, que conta com várias limitações, a insuficiente determinação política por parte dos seus membros e a insuficiente capacidade doméstica dos membros afetam a sua eficácia. Não deixa, todavia, de ter significado simbólico ao nível regional, e tem providenciado incentivo e suporte consideráveis aos ativistas nacionais (DONNELLY, 2007).

O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos[17] é de âmbito continental criado pelos países africanos para garantir a defesa dos direitos humanos e dos povos na África. Foi criado para complementar e reforçar as funções da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Iniciou suas atividades oficialmente na Etiópia, em novembro de 2006, porém em 2007 a sede foi transferida.

Por sua vez, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ACHPR) é o mecanismo previsto que visa a monitorização e respeito pela mesma, na promoção e proteção dos direitos humanos. A Comissão recebe petições tanto de Estados quanto de indivíduos, se bem que as petições feitas por indivíduos não sejam algo que se verifica com facilidade – aliás o número de queixas apresentadas não chega nem de perto às violações de direitos humanos que se verificam no

[17] Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP) é composto por onze juízes oriundos dos Estados Membros da União Africana e eleitos após nomeação pelos seus respectivos Estados, na sua qualidade individual, de entre juristas africanos de comprovada integridade e reconhecida competência prática, judicial ou acadêmica e experiência em matéria de direitos humanos. Os juízes são eleitos para um mandato de 6 anos ou 4 anos, renovável uma vez. O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal são escolhidos entre os próprios juízes para um mandato de necessariamente 6 anos. O Tribunal pode receber queixas e/ou petições apresentadas pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e indivíduos particulares oriundos dos Estados que aceitem a competência do Tribunal. Até a data, somente 27 Estados africanos ratificaram o Protocolo. O Tribunal tem competência em relação a todos os processos e diferendos apresentados em relação à interpretação e aplicação da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos. As línguas de trabalho do TADHP são árabe, francês, inglês e português. No entanto, o Tribunal aceita petições redigidas em qualquer língua africana (CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2021).

continente (UNHCHR, 2020). Além disso, os membros da Comissão Africana, contrariamente às suas contrapartes americana e europeia, não beneficiam do mesmo grau de independência e poucos são os Estados que cooperam com as decisões da Comissão.

Segundo MAURICIO (2018, p.107), não obstante a ACHPR reproduzir, de uma forma geral, os direitos universais consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), ela revela-se omissa em muitos aspetos, nomeadamente em questões relacionadas com a orientação sexual e identidade do género, algo que também não é expressamente previsto na DUDH. De acordo com o art.2º “Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

O elenco não é exaustivo, e entende-se dessa forma, que a orientação sexual se encontra incluída na expressão “qualquer outra situação”. Este entendimento nos países do continente africano não é consensual.

Contrariamente aos sistemas Americano e Europeu, a utilização de terminologia relativa a uma identidade ou orientação sexuais, isto é, a aplicação do modelo substitutivo não surte os efeitos desejados em todo o continente africano, onde a maioria 106 dos países e povos é extremamente homofóbica e a perseguição de homossexuais é violenta. Esta situação só é igualizada pelos países do Médio Oriente. Sempre com a exceção da África do Sul, os direitos LGBTQIAP+ na África encontram-se fortemente limitados, e as violações dos seus direitos humanos são frequentes, até mesmo apoiadas pelos próprios governos (MAURICIO, 2018).

Atualmente, nenhum caso de violação de direitos humanos de pessoas LGBTQIAP+ conseguiu chegar ao TADHP, uma vez que existem fortes restrições às queixas apresentadas por indivíduos e por ONG 's (RUDMAN, 2015). A única forma

de trazer as violações dos direitos dessa população à apreciação pelo TADHP é através da Comissão Africana.

Em linhas gerais, segundo PEREIRA (2018), é possível visualizar a elaboração futura de uma convenção internacional contra a discriminação fundada na orientação sexual e na identidade/expressão de gênero dos indivíduos. E este é o estágio atual da proteção dos direitos humanos da diversidade sexual na ONU, um estado preparatório que permitiria a elaboração futura de uma convenção com base em documentos e informações já levantadas, e, que serão provavelmente enriquecidas com a atuação do observador especialmente nomeado para a pauta.

Por todo o exposto neste subcapítulo, é perceptível o protagonismo e importância da ONU e dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos na proteção da população LGBTQIAP+ no mundo ao longo dos anos. No entanto, mesmo com os avanços aqui relatados, verifica-se que a desigualdade e desproporcionalidade na estrutura dos sistemas, bem como de acesso a eles; sem contar as regiões do planeta que nem estrutura nesse sentido têm, dificultam expressivamente a concretização de direitos humanos. Principalmente no que tange às denúncias de violações desses direitos em virtude da orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero.

Torna-se evidente ainda, pelos mesmos motivos, aliados ao preconceito e discriminação por questões culturais e religiosas, que estão mais vulneráveis ainda as minorias sexuais e de gênero. Dessa forma, importante ao estudo em questão, é a análise e reflexão sob a perspectiva da jurisdição constitucional como instrumento de concretização de direitos humanos no âmbito interno. O que passamos a fazer já no próximo capítulo.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 Histórico da jurisdição constitucional – casos emblemáticos

A jurisdição constitucional tem seu histórico vinculado às transformações da Constituição no decorrer do tempo, mudanças essas inerentemente vinculadas aos mais diversos modelos de Estado. Comporta, nesse sentido, toda a construção jurídica desde a evolução social do período liberal até os dias atuais com uma estrutura normativa e jurisdicional já diferente e ao mesmo tempo com aspectos ainda muitos comuns da ideia original.

Dessa forma, imperioso é ressaltar que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, também o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se modificaram na esteira dessas constantes transformações (LEAL, 2007, p.5). Sendo que o formato de Constituição meramente organizatória, das funções e poderes do Estado, evolui para a necessidade de se incorporar valores coletivos e se torna evidente nas Constituições a partir do século XX, quando assumem uma visão mais ampla, não somente como estruturante do Estado, mas também com atenção ao indivíduo. Isso, na verdade, as Constituições liberais davam atenção ao “indivíduo” enquanto tal, já que o liberalismo é o período próprio do individualismo. Portanto, o diferencial está no fato de que a Constituição passa a ter, também, um foco na sociedade, onde o indivíduo está inserido.

Em cada Estado de Direito que vier a aparecer, certamente outros e novos contornos lhe serão atribuídos. Assim, assevera-se, como ponto de partida, que, ao trazer a Constituição nos diferentes modelos de Estado de Direito que há se proposto – Liberal, Social e Democrático –, não se parte do pressuposto de que cada um desses modelos seja uma ruptura com o antigo modelo, mas uma tentativa de adaptação do Estado de Direito clássico a um novo conteúdo e às novas condições (GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 54).

Ainda quanto à origem da ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo caminho, pois o constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passam a ter assento constitucional e dá-se uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social (BARROSO, 2006, p.147). Afirma ainda o doutrinador que:

> Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora. Como já assinalado, o quadro descrito acima encontrou exceção notável na experiência norte-americana, em que o constitucionalismo sempre foi marcado pela normatividade ampla e pela judicialização das questões constitucionais, na linha do precedente firmado com o julgamento do caso *Marbury* vs. *Madison* [18], pela Suprema Corte, em 1803.

Conforme elucida LEAL (2007, p.6) a questão da jurisdição constitucional e sua legitimidade tem sido objeto de inúmeros e acirrados debates teóricos ao longo do tempo, especialmente desde meados do século passado, quando, em meio ao segundo pós-guerra a ao florescimento de um Estado vinculado à noção de direitos humanos, deu-se um recrudescimento das funções e das atividades dos chamados Tribunais Constitucionais. Estes, apesar de suas variantes, passaram a avocar para

---

[18] O Caso *Marbury* contra *Madison*, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Por meio dessa decisão, a Suprema Corte desenvolveu e estruturou a sua competência para exercer o controle de constitucionalidade com base no Artigo III da Constituição Norte-Americana, afastando as leis federais que contrariam a Constituição. A decisão foi estruturada sob um ponto de vista estratégico de Marshall, que levou em consideração as circunstâncias e consequências políticas do julgamento. A oportunidade de firmar a doutrina referente ao poder da Suprema Corte em exercer o controle de constitucionalidade foi estruturada em uma estratégia política de não se comprometer com o governo federal e de reforçar a autoridade da corte perante os demais poderes. Ao indeferir o pedido com base na fundamentação constitucional, alegando a falta de competência da Suprema Corte em expedir o *mandamus* e afastando a aplicação do *Judiciary Act*, Marshall construiu duas principais vantagens políticas]: evitou um conflito com o governo federal, pois o Presidente, Thomas Jefferson não reconheceu a nomeação, e o Secretário de Estado, James Madison, se recusou a entregar o diploma, estruturando assim uma decisão que estivesse de acordo com os interesses do governo; e afirmou o poder da Suprema Corte perante o Legislativo e o Executivo, ao estabelecer o marco inicial do controle de constitucionalidade, afastando as leis federais que são incompatíveis com a Constituição dos Estados Unidos (WILLIAM, 2000).

si um papel importante no sentido de concretização e de preservação da ordem social estabelecida.

Pode-se notar que, na passagem do Estado absolutista para o Estado Liberal, inclusive, a soberania do monarca foi substituída pela soberania da lei, apoiada e sustentada pela soberania da nação, representada, por sua vez, pela Assembleia (conduzindo à proeminência do Poder Legislativo) (LEAL, 2007, p.16-17). Enquanto representativa da vontade geral e da soberania do povo, a Assembleia passa a ser um espaço destacado de atuação, caracterizando-se o legislativo como órgão privilegiado desta nova estrutura de poder.

Diante das noções de vinculação à lei e de supremacia do Legislativo no sistema liberal francês pós-revolução (1789), não surpreende o papel tímido que é reservado ao Judiciário diante da compreensão imposta pela escola do Empirismo Exegético (movimento de interpretação silogística da norma baseado no culto à palavra da lei (LEAL, 2007, p.24-25).

Acrescenta-se que tal confusão acontece, pois, no nascedouro do conceito de Estado de Direito, ele vem aliado à própria ideia de liberalismo; no entanto, nada o impede de aderir a tantos outros conteúdos (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.68-70). Importante ainda é ressaltar que há diferença entre a figura do modelo de Estado de Direito para o Estado de Direito Liberal, em que este apenas constitui uma das faces do modelo do Estado de Direito (LEAL, 2003, p.10), podendo o Estado de Direito vir a trazer tantas outras faces, conforme a evolução do próprio Estado.

Nesse momento, ganha destaque um conceito de Estado de Direito, que se caracteriza pela compreensão de vinculação do poder do Estado a determinados valores e princípios superiores do Direito (a preocupação é de que se estabeleça uma situação jurídica justa em sentido material).

A constituição, assim, de meramente limitadora do poder do Estado e organizadora da formação política de vontade e de exercício do poder, converte-se em plano de ação política para esse poder e na positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum (ordem objetiva de valores) (LEAL, 2007,

p.40-41). Em continuidade, nas palavras de MATTEUCCI (1998, p.23), o termo “constitucionalismo”,

> […] indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un <<tipo ideal>> para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política: de esta concepción deriva, con un notable nivel de abstracción, algunos elementos que permiten cribar el material histórico.

Dessa forma, evidencia-se que o significado da Constituição não se finda na regulamentação de procedimentos de governo e de decisão, sendo relevante considerar também a realidade social da qual faz parte, dimensão histórica e pretensão de transformação, bem como princípios políticos, ideologias, sentido e fins.

Posto isso, menciona-se que, apesar dessas variantes, se pode considerar a Revolução Francesa de 1789 que, segundo HÄBERLE (1998, p.59), é tida como a conquista cultural secular, como o “berço” desse novo constitucionalismo; e nas suas palavras *“el actual Estado constitucional tiene muchos padres y muchas madres, en función de sus variantes nacionales pero también como tipo. 1789 conserva, sin embargo, formalmente y por lo que se refiere a los contenidos, un lugar especial”.*

Nesse sentido, a jurisdição constitucional assume um crescente protagonismo na esfera judicial, uma vez que os pólos de tensão passam dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, além de evoluir juntamente com a nova ordem.

E justamente na intenção de elucidar um conceito para esse Estado Liberal de Direito, anterior ainda ao Estado Democrático (atual) que BÖCKENFÖRDE (2000, p.19-20) elenca como aspectos básicos do termo a renúncia a toda ideia e/ou objetivo transcendental do Estado (cujo fundamento é o indivíduo); a limitação do Estado face os direitos individuais; e, em síntese, a separação de poderes.

Nesses contornos, para assegurar que o Estado garantisse os direitos individuais dos cidadãos, ele passou a ter as suas competências e as suas atribuições bem delimitadas. Assim, é a lei o melhor instrumento capaz de ordenar esses regramentos e, também, de assegurar os direitos individuais de uma maneira

neutra e racional uma vez que pode ser caracterizada como uma regra geral, que surge do consentimento do povo, num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade (LEAL, 2003, p.4). Nota-se, nesse sentido, ainda nas palavras de BÖCKENFÖRDE (2000, p.23):

> *El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición de sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide injerencias en el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es, válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar.*

Com o propósito de dar cabo às considerações sobre o Estado Liberal de Direito, resta deixar claro que, segundo BOLZAN DE MORAIS (1996, p.66),

> O Estado de Direito surge desde logo com o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito* quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

Dessa maneira, fica como pressuposto que Estado de Direito todos o são – Liberal, Social e Democrático –, apenas recebem outra moldura (GARCÍA-PELAYO, 1996, p.53). Então, assevera-se que, com o desenvolver das relações sociais do Estado Liberal de Direito, se deu origem ao Estado Social de Direito, também denominado de Estado de Bem-Estar ou de *Welfare State*[19], em que tem "a

[19] O Estado de bem-estar social, ou Estado-providência, ou Estado social, é um tipo de organização política, económica e sociocultural que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e económica do país, em parceria com empresas privadas e sindicatos, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado de bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população, provendo dignidade aos naturais da nação. O Estado de bem-estar social moderno nasceu na década de 1880, na Alemanha, com Otto von Bismarck, como alternativa ao liberalismo económico e ao socialismo (SCHUMPETER, 2021). Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo indivíduo tem direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços, que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. São as chamadas prestações positivas ou direitos de segunda geração, em que se inclui gratuidade e universalidade do acesso à educação, à assistência médica, ao auxílio ao desempregado, à aposentadoria, bem como à proteção maternal, à infantil e à senil. Os apoiantes demonstram como exemplo de sucesso na adoção integral do Estado de bem-estar social a experiência de países nórdicos. Por outro lado, críticos alegam que pode haver compreensão equivocada do funcionamento do Modelo nórdico, e que os defensores do Estado de bem-estar social em outros lugares tentam copiar apenas os direitos e não as obrigações implementadas por aqueles países. De todo modo, os dados frios nórdicos, oriundos de nações que adotaram o sistema

construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal" (MORAIS, 1996, p.79).

No entanto, salienta-se que o Estado Social de Direito deve ser compreendido mais como uma tentativa de adaptação do modelo anterior de Estado, à sociedade industrial e pós-industrial, do que um modelo novo de Estado de Direito. Dessa forma, afirma GARCÍA-PELAYO (1996, p.18), que:

> *En términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización*.

Ambos os modelos de Estado possuem a adaptação social como seu fim, permanecendo o seu núcleo básico intocado (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.80). Surge, assim, uma nova relação entre Estado e Sociedade, em que, segundo GARCÍA-PELAYO (1996, p.24), os mesmos "*no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complejas".*

Nessa relação, Estado e Sociedade, segundo o autor, há uma certa interdependência entre ambos, pois "*el Estado era incapaz de subsistir sin proceder a la reestructuración de la sociedad y la sociedad por su parte era incapaz de subsistir sin la acción estructuradora del Estado"* (GARCÍA-PELAYO, 1996, p.24).

Logo, a Constituição do Estado Social de Direito passa a ser atribuída uma nova função, no sentido de ser um programa de ação para governados e governo.

---

corretamente, independentemente de apoiadores onde o modelo não foi adotado por completo, mostram eficiência desse modelo de dignidade universal refletida em seu Índice de Desenvolvimento Humanos (IDH), que, ao contrário do senso comum, não elimina a possibilidade de enriquecimento, apenas diminui a miséria quase por completo com distribuição de recursos e de renda realizadas sob regras reforçadas, objetivando mera dignidade para todos (SCHUMPETER, 2021).

Dessa forma, ela assume uma estrutura programática e não apenas um simples registro das relações de poder vigentes no momento constituinte LEAL (2007, p.30). Assim, toma forma de um elemento de “utopia concreta”, cuja relação é dependente da ação política, dado que faz da Constituição do Estado Social uma Constituição eminentemente política.

Nesse mesmo sentido, afirma CANOTILHO (1999, p.217), que a Constituição do Estado Social de Direito configura-se em uma Constituição-programática, uma vez que contém diversas normas-tarefa e normas-fim, que definem programas de ação e linhas de orientação dirigidas ao Estado.

Interpretando essa afirmação do autor, identifica-se que a mesma, constitui-se em uma lei fundamental que não se reduz a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional que se limita à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. Posto isso, é importante salientar que essa ideia de “programa” da Constituição desse modelo de Estado associa-se ao caráter dirigente da Constituição.

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica. Assenta-se em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita (LEAL, 2007, p.40).

Para STRECK e BOLZAN DE MORAIS (2001, p.94), ao assumir o feitio democrático, o Estado de Direito passa a se nortear pelo objetivo da igualdade, não lhe sendo suficiente, assim, a limitação do poder estatal (moderno liberal) ou a promoção da atuação estatal (modelo social), mas sustentando a pretensão à transformação do *status quo*[20]. Nesse novo quadro, a lei aparece como instrumento

[20] A expressão é desconhecida em textos latinos antigos, e foi usada inicialmente na linguagem diplomática, já na Modernidade como uma forma reduzida da expressão in *statu* quo res *erant* ante *bellum* (no estado em que as coisas estavam antes da guerra) ou *in status quo* ante *bellum* (no estado das coisas antes da guerra). Posteriormente, a expressão passou a ser empregada para designar o estado atual de algo ou a situação em que algo se encontra, como em "manter

de transformação da sociedade, desatrelando-se das funções de sanção (modelo liberal) ou de promoção (modelo social). O fim a que se pretende no Estado Democrático de Direito é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

Nesse momento o polo de tensão, que nos modelos de Estado anteriores eram respectivamente o Legislativo e o Executivo, passa então a ser o Poder Judiciário, visto que o ponto central reside agora na concretização de direitos. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece, por seu turno, através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional (STRECK, 2002, p.99).

Quanto às novidades desse modelo de Estado (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.80) alude que:

> A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Deve-se ter em vista, também, que o Estado Democrático de Direito possui um conteúdo transformador da realidade, não se restringe, como ocorria no Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, ultrapassa o seu texto o aspecto material de concretização de uma vida digna para o homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado. Isso faz irradiar os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, do mesmo modo, sobre a ordem jurídica (MAAS, 2011, p. 26).

Em relação aos direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, ALEXY (1999, p.62-63) chama atenção para o fato de que eles são problemáticos, sobretudo em razão de quatro aspectos que denomina de extremos: escalão

---

o *statu quo*", "defender o *statu quo*", "mudar o *statu quo*" ou "considerando o *statu quo*" (MAGLIORINI, 2007).

hierárquico supremo (justamente por seu *status* constitucional); força de concretização suprema (vinculando todos os três poderes); objetivos sumamente importantes dos direitos tutelados; e, por fim, a medida de necessidade de interpretação (que resulta dos três primeiros extremos citados).

Quanto à essa necessidade de interpretação, ademais, assinala CITTADINO (2002, p.32) que "concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensiva, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente" – abertura essa exatamente verificada no Estado Democrático de Direito. Aqui a Constituição assume uma postura principiológica e ficam abertos os conteúdos possíveis de serem abarcados pelo seu texto, mormente na determinação dos direitos fundamentais (GERVASONI, 2011, p.24).

Ainda cumpre ressaltar que, um dos aspectos mais relevantes do Estado Democrático de Direito na contemporaneidade, consiste no fato de a sociedade ganhar um grande papel, o de participar ativamente na formação da vontade geral do Estado.

Tem-se, assim, que a concepção de participação política da sociedade não pode se restringir ao âmbito de uma participação política representativa (LEAL, 2003, p. 21-22), certamente se deve estender a outras dimensões. Nesse panorama, traz-se excerto da obra de GARCÍA-PELAYO (1996, p.48), o qual entende que,

> *Un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. Dicho de otro modo, cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones.*

Esse elemento democrático que se fará refletir na concepção de Constituição. Ela não é mais entendida como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, nos moldes em que se apresentava no Estado Liberal de Direito, ou como um mecanismo de direção política, como no Estado Social de

Direito, mas é entendida sim, como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, valores supremos, representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais (LEAL, 2003, p.23-24).

Muito relevante ao estudo proposto é a análise dos dois grandes modelos de jurisdição constitucional que, de certa forma, tiveram grande influência na jurisdição de muitos países onde são adotados pelo sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Conforme assevera LEAL (2003, p.95), “existem, grosso modo, dois modelos jurisdicionais distintos de aferição de constitucionalidade: um difuso, oriundo dos países da *common law*[21], e outro concentrado, característico dos países de tradição civilística”.

A apreciação da inconstitucionalidade no modelo norte americano, de controle difuso, qualquer membro do Poder Judiciário pode realizá-la, não fica restrita exclusivamente à Suprema Corte. Pode-se afirmar que essa modalidade de controle de constitucionalidade surgiu com o famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803, histórica decisão da Suprema Corte na qual John Marshall sustentou a tese de que a Constituição é a base de todos os direitos, lei suprema do ordenamento, devendo, por isso, ser respeitada e proibida a sua modificação pela via ordinária (LEAL, 2003,

---

[21] Nos países que adotam o *common law* o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um novo precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis). Entretanto,* se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como "assunto de primeira impressão" (*matter of first impression*, em inglês)(FINDLAW, 2021). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vincula os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*. Na prática, os sistemas de *common law* são consideravelmente mais complexos do que o funcionamento idealizado descrito acima. As decisões de um tribunal são vinculantes apenas numa jurisdição em particular e, mesmo dentro de uma certa jurisdição, alguns tribunais detêm mais poderes do que outros. Por exemplo, na maior parte das jurisdições, as decisões de um tribunal de recursos são obrigatórias para os juízos inferiores daquela jurisdição e para as futuras decisões do próprio tribunal de recursos, mas as decisões dos juízos inferiores são apenas "persuasivas", não vinculantes. Ademais, a interação entre o *common law*, o direito constitucional, o direito legislado e os regulamentos administrativos causam considerável complexidade. Todavia, o *stare decisis*, o princípio de que os casos semelhantes devem ser decididos conforme as mesmas regras, está no cerne de todos os sistemas de *common law* (FINDLAW, 2021).

p.96). Surge nesse momento o chamado *judicial review* nos Estados Unidos e aparece como modelo de controle difuso de constitucionalidade, como assevera STAMATO (2005, p.58):

> A criação do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, o chamado "*judicial review*", e a noção de Supremacia da Constituição são considerados o maior contributo do gênio norte-americano para a teoria política e para a teoria da constituição. É assente que a Constituição norte-americana não traz expressa a legitimidade do Poder Judiciário para avaliar a constitucionalidade das Leis e que tal controle foi fixado em 1803, através do voto "opinion" proferido pelo então Chief-Justice Marshall, o "*judicial review*" foi uma conseqüência lógica do princípio da supremacia da constituição; princípio esse inaugurado com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787.

Por sua vez, conhece-se o modelo concentrado nos moldes do Tribunal Constitucional austríaco, que tem por base a Constituição Austríaca de 1920 (*Oktoberverfassung)* e ainda, a fundamentação teórica de Hans KELSEN sobre a hierarquia suprema da Constituição em relação às demais normas jurídicas (SANGOI, 2008, p.63). Além de inspirado pelo modelo austríaco, foi na Alemanha e em outros países da Europa, que a jurisdição constitucional concentrada atingiu o seu apogeu (STAMATO, 2005, p.58):

> A diferença nas estruturas de controle de constitucionalidade não se deu por acaso, mas sim em razão da disparidade entre as justificações que as alicerçam. O contexto político-constitucional austríaco era informado positivismo jurídico, do qual Hans KELSEN é um dos expoentes, no início do século XX. A adoção do positivismo jurídico exigiu a previsão expressa do controle de constitucionalidade no texto da Constituição, já que nenhuma consideração de ordem moral seria suficiente para atribuir tal papel ao Poder Judiciário através de ilações a partir de princípios. Como consequência da vertente positivista, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, há uma desconfiança quanto ao governo dos juízes e uma crença inabalável na lei, fruto do poder legislativo. Assim, a nenhum juiz de carreira era atribuído o poder de afastar leis em razão de sua suposta inconstitucionalidade. Os Juízes estavam submetidos à lei. A função jurisdicional estava ainda moldada pela noção de Estado de Direito, em que a primazia é sempre do Legislativo; o Direito é o que a lei diz. Apenas os juízes do Tribunal Constitucional, cujo mandato era temporalmente limitado, titularizam o poder de analisar a constitucionalidade das leis, através de um método específico, de um processo objetivo.

Importante destacar que a justiça constitucional na Europa teve seu início no primeiro pós-guerra e não se pode deixar de mencionar quanto ao controle de constitucionalidade naquele continente, o embate jurídico entre Hans KELSEN e Carl SCHMITT na tentativa de identificar a quem melhor exerceria o papel de zelar

pela Constituição. Nesse embate, foi a posição de KELSEN que prevaleceu, pois no seu sistema idealizado (LEAL, 2007, p.48), o Poder Legislativo divide-se em dois órgãos distintos: o primeiro é o Parlamento, titular da iniciativa política, o outro é o Tribunal Constitucional, que elimina, para manter a coerência do sistema, as leis que não respeitam a Constituição.

Esses dois modelos de jurisdição constitucional, o concentrado e o difuso foram adotados pelo ordenamento pátrio: o primeiro incorporado foi o difuso, de inspiração estadunidense, e, bem mais tarde, o concentrado, formulado por KELSEN e adotado primeiramente pela Áustria. Salienta-se que a Constituição do Estado Democrático de Direito é aquela que, no caso brasileiro, pela primeira vez, define os objetivos fundamentais do Estado. Ela orienta, desse modo, a compreensão e a interpretação do ordenamento constitucional pelo critério dos direitos fundamentais, em que a dignidade humana é traduzida como sendo o valor essencial, dando unidade de sentido à mesma (CITTADINO, 2002, p.26).

Assevera ainda HABERMAS (1997, p.305) que a atuação do Estado (enquanto Democrático e de Direito) passa a ser marcada por um conteúdo de *transformação do status quo* (repisando - nos modelos anteriores o conteúdo era de adaptação social), Assim aparece a lei como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade; os mecanismos utilizados intensificam seu papel promocional e o Estado passa a ser transformador das relações comunitárias. Afirma que:

> De fato, diferentemente dos anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, inclusive, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para conservação do passado.

Convém salientar que a Constituição passa a tomar uma nova postura, no Estado Democrático de Direito, sendo esta principiológica, “assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de

seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita" (LEAL, 2003, p. 40).

Dessa forma, a Constituição passa a ser vista como "a ordem fundamental jurídica da coletividade", "o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido", princípios que revelam os valores políticos, culturais e sociais da coletividade. Assim sendo, a Constituição assume uma perspectiva viva, como obra de todos os intérpretes e como um produto cultural (LEAL, 2003, p.24), e, nessa perspectiva, é importante que a jurisdição constitucional seja analisada sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Diante do caminho cronológico-epistêmico construído neste subcapítulo sobre a evolução histórica da jurisdição constitucional, especialmente sob a perspectiva dos modelos de Estado e dos casos emblemáticos, é notória a importância dessa compreensão. Principalmente, porque nas democracias modernas como a brasileira, estruturadas sob à égide do Estado Democrático de Direito; o protagonismo do Poder Judiciário se torna cada vez mais evidente.

Como no caso deste estudo, que tem como espaço de análise do seu objeto de pesquisa, a jurisprudência sobre diversidade sexual e de gênero do Supremo Tribunal Federal. Por isso, justifica-se a necessidade de compreender como a interpretação (hermenêutica) constitucional e a *judicial self-restraint (*autocontenção judicial) é abordada contemporaneamente na democracia brasileira; o que se passa a fazer de imediato no tópico seguinte.

2.2 A interpretação constitucional, *judicial self-restraint* e Estado Democrático de Direito

Na teoria constitucional, os diferentes métodos de interpretação constitucional desenvolveram características e terminologia próprias. O que está em questão é a demonstração e justificação do raciocínio desenvolvido e a explicitação das relações entre o sistema jurídico, o problema a ser resolvido e o papel do intérprete.

Importante ressaltar o debate desenvolvido na doutrina alemã e na doutrina estadunidense, cujas formulações influenciaram a discussão do tema mundo afora.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolve a jurisdição constitucional, é inegavelmente política. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha uma atuação criativa, pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis; mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-lo, para dar-lhe transparência e controlabilidade (BARROSO, 2015, p.321).

No âmbito da jurisdição constitucional, a função hermenêutica do Supremo Tribunal Federal (STF)[22] permite a utilização da denominada interpretação[23] conforme a Constituição, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO (1999, p.230), “a interpretação conforme a constituição só

[22] Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil e acumula competências típicas de Suprema Corte (tribunal de última instância) e Tribunal Constitucional (que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos). Sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a esta última (BRASIL, 2022).

[23] A interpretação conforme a Constituição é um método hermenêutico e de controle de constitucionalidade, que tem como fim garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional, devendo ser utilizada, sempre, para dar a lei o sentido adequado da Constituição Federal. Deve a interpretação conforme a Constituição ser utilizada quando houver espaço para a decisão, ou seja, quando for possível interpretar de diferentes formas, mas nunca de forma contrária aos princípios constitucionais, quando deverá ser declarada inconstitucional e, assim, portanto, ser expurgada do ordenamento (SUXBERGER, 2006). A interpretação conforme a Constituição é uma das modernas formas de hermenêutica, que visa impedir a retirada precoce do ordenamento jurídico de normas infraconstitucionais que se revelam, num primeiro momento, incompatíveis com o Texto Maior. A interpretação deixou de ser vista como apenas um procedimento de descoberta da vontade da lei ou do legislador, para ser uma atividade criadora do Direito. O intérprete deixa de ser mero aplicador de regras, construindo a inteligência das normas, respeitando a sua “moldura”. Por esta interpretação, o intérprete pode alargar ou restringir o sentido da norma supostamente inconstitucional para adequá-la ao ordenamento, evitando a decretação de nulidade e a consequente exclusão do cenário jurídico, configurando-se como uma técnica de salvamento da norma. Justifica-se a legitimidade desta forma de interpretação pela própria supremacia da Constituição, o que garante a segurança jurídica, evitando a retirada da norma do ordenamento jurídico, o que geraria um vazio normativo (MACIEL, 2005).

é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".

Nesse sentido, a interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas, mediante subsunção. Nessas hipóteses, sua dimensão política é minimizada. Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política (BARROSO, 2015, p.322).

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo a Suprema Corte brasileira admitido várias possibilidades de sua utilização[24]. Essa nova interpretação inclui novas categorias, que são destinadas a lidar com situações mais complexas e plurais. Dentre elas, por exemplo, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal (BRASIL, 2019a). Assim sendo, no caso de

[24] Pleno, ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Pleno – Adin 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Pleno – Adin 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 17 abr. 1998, capa; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Adin 1.510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 25 fev. 1997; Pleno – Adin 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2, etc. (BRASIL, 2019a).

normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior conformidade com as normas constitucionais.

Na visão de BARROSO (2015, p.347), a norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.

Dessa forma, em termos interpretativos, portanto, os princípios fundamentais da República e seus objetivos, bem como da plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade.

A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (BRASIL, 2019a).

Cumpre destacar que, a atuação do Judiciário nesta área vem se tornando cada vez mais frequente. Na medida em que a Constituição estrutura um sistema político social-democrático e, para o que interessa aos fins deste estudo, um amplo leque de direitos sociais fundamentais de cunho prestacional, do Estado é exigida uma atuação positiva no sentido de atender às necessidades sociais. Paralelamente, no plano empírico, os fins almejados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), seguem longe da concretização, restando grande parte da população sem acesso a uma gama de direitos constitucionalmente garantidos (ÁVILA; MIRANDA, 2017). Em face desta realidade de escassez, do Judiciário passa

a ser exigida uma postura ativa a fim de garantir de forma célere a efetividade destes direitos prestacionais, mas também de inclusão social.

Identifica-se assim, para SILVEIRA (2020, p.126), que o Judiciário trabalha dentro de um sistema constitucional de *checks and balances*, podendo ser, conforme a interpretação, um certo exagero (ou não?) falar em “governo dos juízes” ou “ditadura dos juízes”. Para o autor, o debate a respeito do ativismo judicial versus *judicial self-restraint* não encontra nem encontrará um consenso fácil – nem nos Estados Unidos, nem no Brasil. Isto é, não podemos decidir, com base em critérios racionais definitivos, a questão de saber “se” e “quando” os juízes “abusam” da sua prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, realizando uma leitura “alternativa” ou “criativa” da Lei; ou, ainda, como se costuma dizer, uma leitura “adequada aos tempos”.

Não há, porém, consenso acerca da legitimidade das decisões judiciais que, com o fim de concretizar direitos sociais, impõem aos demais Poderes deveres prestacionais por meio do controle das políticas públicas (ÁVILA; MIRANDA, 2017). Por um lado, há quem entenda que são inteiramente legítimas, na medida em que, ao tornarem efetivos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, nada mais fazem do que respeitar a Constituição, antes violada pela omissão dos demais Poderes. Por outro lado, tais decisões são tidas como expressão de ativismo judicial, por acarretar uma ingerência indevida na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo, que são aqueles competentes para implementar e executar as medidas necessárias para a efetivação dos direitos sociais, função esta que escapa às atribuições do Poder Judiciário.

Sendo assim, o oposto do ativismo é a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e

atos normativos; e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2015, p.320).

Ainda sobre a *judicial self-restraint* (autocontenção judicial),

> Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao Judicial activism, a qual é denominada self restraint (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes do povo. (VITÓRIO, 2011, p. 76)

Para DIMOULIS e LUNARDI (2011, p. 468), exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e frequentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a "regra do caso duvidoso". Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore.* No entanto, evitando tanto o passivismo como o ativismo, o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação[25].

Portanto, críticos indicam aspectos positivos, bem como imperfeições tanto no *judicial activism* (ativismo judicial) quanto no *self restraint* (autocontenção judicial). Receiam ainda que, tribunais ativistas se tornem excessivamente paternalistas e sepultem, assim, a cidadania, ocupando os espaços dos processos políticos democráticos (VITÓRIO, 2011, p. 59).

Contudo, também temem os críticos, de forma diametralmente oposta à reflexão anterior, que pela legitimidade democrática conferida pela força esmagadora da maioria ao Legislativo e ao Executivo, estes passem a governar impondo obrigações desproporcionais a grupos socialmente minoritários (o que já

[25] Na substância, a proposta de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo (...). Segundo a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 468).

uma realidade no Brasil); o que ocorre, por exemplo, com a população LGBTQIAP+ por serem minorias sexuais e de gênero em uma sociedade estruturalmente machista, com imposições de regras preconceituosas e discriminatórias sob a "lógica" heteronormativa.

Não é identificável no Brasil, segundo SILVEIRA (2020, p.143), uma divisão clara entre "períodos" de composição mais conservadora ou mais progressista da Corte constitucional, tal como ocorre nos Estados Unidos. Parece-nos que o regime da Constituição Cidadã, que baliza as possibilidades de ativismo, em detrimento do *judicial self-restraint*, é jovem demais para que se pudesse realizar o paralelo. No entanto, recentemente, o STF tem "brindado" à sociedade brasileira com uma série de decisões progressistas, as quais traduzem, na opinião mais comum, verdadeiros "avanços democráticos".

Conectado aos temas da interpretação constitucional e da *judicial self-restraint,* está a atuação da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, que possui algumas percepções no novo *status* da Constituição perante o Estado. E é diante dos impositivos da nova versão de Estado de Direito que representa o Estado Democrático, que a referida necessidade de concretização dos direitos provoca o deslocamento de pólo de tensão entre os poderes, agora para o Poder Judiciário, o que faz com que o papel preponderante, que antes era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, fosse sendo tomado pelos Tribunais Constitucionais e, pelas discussões sobre o controle de constitucionalidade (BERCOVICI, 2003, p.109).

A percepção desse novo *status* gera por sua vez, uma inovação com relação ao papel da Constituição, que conforme assevera BARACHO (1994, p.97-98):

> [...] passa a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, ou como simples mecanismo de direção política (noção predominantemente no constitucionalismo social), mas sim como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito.

Conforme STRECK (2002, p.29-30), a derrocada do positivismo jurídico, tal qual o surgimento do Estado Democrático de Direito, ocorre, portanto, no segundo pós-guerra período em que também são fortalecidos os direitos fundamentais e a Constituição (a qual tem atribuída a característica de superioridade no ordenamento jurídico, além de conhecida a sua normatividade).

Não restam, assim, dúvidas sobre a juridicidade e aptidão de eficácia dos princípios estabelecidos na Constituição, tornarem-se necessários ao surgimento de uma nova hermenêutica, porquanto as normas que os definem possuem estrutura diferenciada das demais normas (infraconstitucionais ou até mesmo constitucionais, dentro de um conceito de Constituição formal, que também traz regras) MAGALHÃES FILHO (2002, p.65).

Nesse sentido, sobre a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, é inegável que que esse fenômeno proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, marcados pela existência de Constituições “extremamente embebedoras”, invasoras, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, ação dos agentes públicos e até mesmo influenciar diretamente as relações sociais (GERVASONI, 2011, p.34). Esse triunfo do neoconstitucionalismo sobre o positivismo – exegético e dedutivista – implica também um salto sobre as concepções hermenêuticas que tomam o processo interpretativo como “extração do sentido exato da norma” pelo intérprete (como se fosse possível isolar a norma de sua concretização) (STRECK, 2005, p.25-26).

Observa-se que o fator tempo, aparece como um aspecto importante para a interpretação constitucional, porque influencia e modifica a realidade social de um povo, que é tida como elemento essencial da atividade hermenêutica. Nesse sentido, assevera-se que a Constituição, compreendida em seu caráter cultural, modifica-se por meio da interpretação, de modo que o fenômeno da mutação constitucional se afigura como nada mais do que uma decorrência do desenvolvimento da norma no tempo (LEAL, 2008, p.2371). Buscando-se assim, uma permanente cultivação dos textos constitucionais, tendo em vista que,

> É a especificidade da Constituição como norma, a sua pretensão de submeter o processo político a normas jurídicas pré-estabelecidas, de forma estável e duradoura, sem provocar ao mesmo tempo a sua 'petrificação', o que confere à questão do direito constitucional não escrito uma dimensão mais importante do que aquela que, em geral, lhe havia sido declarada em épocas anteriores (QUEIROS, 2009, p.117).

Todavia, cumpre mencionar que HÄBERLE (1998, p.88), alerta para o fato de que a Constituição do Estado constitucional deve se sustentar em um conjunto de barreiras culturais que não possibilitem o retrocesso ao passado, configurando-se elementos básicos para qualquer avanço constitucional para o futuro, como os direitos do homem e seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes e a democracia.

Assim, pode-se interpretar, que se vislumbra uma democratização da interpretação constitucional, isso porque, diante desses contornos, torna-se impensável uma interpretação da Constituição que não leve em conta, e ouça, as vozes dos cidadãos ativos e de todas as outras potências públicas. No entanto, isso deve ocorrer como muita técnica e responsabilidade do julgador, como no caso em análise o STF. Para que não se torne uma Corte Constitucional meramente populista, mas sim, calcada na melhor técnica de interpretação conforme à própria Constituição como já mencionado anteriormente.

Dessa maneira, o que se evidencia para LEAL (2007, p.117) é que "todas as forças fáticas possuem relevância para a interpretação constitucional, de modo que restringir esse rol de intérpretes implicaria, de um lado, um empobrecimento e, de outro, uma verdadeira ilusão capaz de se realizar efetivamente".

Salienta-se ainda que o "protótipo" do Estado Constitucional ou da democracia pluralista – seu rosto – que se apresenta, hoje, como o mais bem-sucedido modelo antagônico ao Estado totalitário de qualquer *couleur* e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Isso se caracteriza exatamente pelo fato de "não" estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim, de ser predestinado apenas a uma

mera “busca” da verdade, por esse motivo fundamenta-se sobre “verdades” provisórias, revidáveis (HÄBERLE, 2008, p.105-106).

Para BINENBOJM (2010, p.93-94), é precisa a observação de HABERMAS (1997, p.298), de que a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre sob o prisma da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nessa medida, ela é sempre uma disputa em torno do princípio da divisão dos poderes.

A assertiva soa quase tautológica: quanto mais ampla a atividade judicante da Corte Constitucional, menor o espaço de livre conformação do Legislativo, pois a calibragem exata dessa distribuição de poder é uma discussão teórica que permanece em aberto. Quanto a uma visão jurídica-constitucional, QUEIROS (2009, p. 400) aduz que, a democracia, apresenta-se como um princípio diretivo da ordem jurídico-constitucional. Afirma ainda que, pode existir contradição entre os conceitos de constituição, constitucionalismo e democracia, pois um Estado pode dotar-se de uma “constituição” no quadro de uma “forma de governo não democrática” (e por isso mesmo “não constitucional”).

Vale salientar que o fenômeno constitucional aparece, nesse contexto, imerso em circunstâncias que funcionam como elementos desestabilizadores de um projeto que nasceu como a grande chave mestra para o desenho e construção de um modelo de Estado em cujo cerne estava, por um lado, a ideia de especialização de funções do Estado, funcionando como instrumento de desconcentração do poder; e de outro, o conjunto dos ideais revolucionários elencados no conjunto de direitos expressos na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, e que evoluiu rumo à integração de mecanismos e conteúdos novos como expressão destas mesmas tensões renovadas (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p.21-22). Assevera ainda o autor que,

> Entretanto, o constitucionalismo se ressente, nos dias atuais, seja pela fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo “constitui” e do qual se sustenta, o Estado, seja pela tentativa de apontá-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico – apesar de resultante do projeto

> jurídico-político liberal-burguês, apesar de ter marcado o seu nascimento como instrumento de segurança e legitimidade social.

Nesse sentido, postula-se que a democracia não se desenvolve, unicamente, no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, o que ocorreria através da eleição. Tem-se que a figura do cidadão ativo, aquele que participa da formação da vida política dentro da democracia, configura-se um dos elementos da imagem do ser humano do Estado Constitucional, concluindo HÄBERLE (2001, p.83-84) que "*si bien a la imagen del ser humano del Estado Constitucional le corresponde el momento del ciudadano activo, es decir, la posibilidad para la participación política activa*".

Assim, consideram-se cidadãos como sujeitos ativos, participantes no processo de construção dos significados normativos da Constituição e das decisões que envolvam os direitos fundamentais, tem-se que o *status activus* passa a ser o *status* fundamental na democracia que está associada à participação. O que torna necessário o exercício do chamado *status activus* formulado por Georg JELLINEK, porém, de forma ampliada e refundada, o que HÄBERLE faz com a elaboração do que denomina ou qualifica de *status activus processualis* (LEAL, 2009, p.2876).

Quanto à figura do cidadão no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, é pertinente que se ressalte as mazelas da conjuntura da sua efetiva e responsável participação no cenário político nacional. Por sermos uma jovem democracia como já mencionado anteriormente neste estudo, associado ao baixo nível de instrução, desigualdade social, negacionismo científico, machismo estrutural discursos de ódio, desrespeito à laicidade e tantas outras formas de discriminação e exclusão social; no contexto da realidade fática cultural brasileira, muitos são os desafios para que se alcance uma sociedade que garanta o mínimo do que se discute teoricamente até aqui. O que, especificamente, não difere da postura da sociedade brasileira, quanto à exponencial violação de exercício pleno da própria cidadania pelas minorias sexuais e de gênero no nosso país, entendidas nesta pesquisa, como população LGBTQIAP+.

Salienta-se que a Constituição aberta e cultural de HÄBERLE demanda um novo comportamento, tanto do Estado como do cidadão, por isso a sua operacionalidade não pode ser reduzida à mera “tecnicidade”, devido ao fato de que tanto a participação como o procedimento no Estado Democrático, assumem uma função efetiva: a ruptura com a “tecnicidade”. Esta compreendida como algo associado a atuações de ordem tão somente técnica estatal – como ocorre com a própria interpretação que, numa perspectiva tradicional, é feita por técnicos, por especialistas, excluindo os “cidadãos”, enquanto tais, de sua esfera (LEAL, 2008, p.2372). Traz-se excerto ainda a autora, que:

> Assim sendo, com o *status activus processualis* verifica-se uma estreita conexão entre elasticidade legislativa e procedimento, no sentido de que quanto mais elástica e aberta a legislação, mais o elemento procedimental, a participação, deve entrar em jogo, isso porque, quanto mais abertos e indeterminados forem os conteúdos normativos, mais necessário faz-se este procedimento público de construção dos seus sentidos e significados.

Com a crescente complexidade social, o texto e a norma estão cada vez mais claramente distintos, isto é, ocorre uma maior dissociação entre o texto original e consequentes desdobramentos, razão pela qual é crescente a importância do caso concreto e do estabelecimento de conexões com os textos e procedimentos previamente estabelecidos[26] (ADEODATO, 2009, p.142-143).

A interpretação constitucional, como um produto cultural e aberto, vem a pressupor um exercício democrático cotidiano de participação, aparecendo como um verdadeiro *locus* para o exercício do *status activus processualis* (LEAL, 2008, p.2375). E, a esse propósito, entende-se que há a necessidade de se criarem instrumentos que viabilizem, institucionalmente, o exercício desse *status*. Se considerada essa ótica, instrumentos, procedimentos de informação aos juízes constitucionais devem ser cada vez mais ampliados e aperfeiçoados, principalmente

[26] Em termos de jurisdição constitucional, diante desse problema, há quem defenda e busque um terceiro caminho entre as concepções subsuntivas (ou silogísticas) e casuísticas, partindo-se da ideia de que a norma é produzida por um processo complexo, abrangendo muito mais do que aquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral. Contudo, o texto da norma fixa os pontos de partida para a sua criação concreta, ou seja, o texto limita a concretização e não permite que se decida em qualquer direção. Ademais, a realidade assume aqui uma função importante, por estar em constante inter-relação com o texto e, exatamente esta inter-relação, mais ou menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica (ADEODATO, 2009, p.143-146).

no que diz respeito às formas gradativas de participação e à própria participação no processo constitucional (HÄBERLE, 1997, p.37).

Sendo assim, em vista da necessidade de se criarem espaços institucionais que permitam que essa participação ocorra, para que haja o efetivo exercício por parte dos cidadãos e da sociedade nessa condição, aparece a figura do *amicus curiae* (amigos da Corte), como um grande e potencial instrumento de abertura e de intervenção pluralista no processo. Isso se configura em espaço institucionalizado de participação da sociedade na esfera jurisdicional, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional (LEAL, 2008, p.2376).

E é nesse sentido que se versará esse instituto, inclusive nos julgamentos do STF nas demandas que versem sobre diversidade sexual e gênero; como forma de abertura e consequente democratização da jurisdição constitucional brasileira, inclusive na proteção dos direitos fundamentais da população LGBTQIAP+. O que será percebido, quando da análise da jurisprudência da Suprema Corte na Parte II deste estudo.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal do Brasil de 1988 em relação ao sistema constitucional anterior, ampliou, significativamente, o número de legitimados aptos a provocar a prestação jurisdicional direta, em face da importância e das implicações que as decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem (MAMARI FILHO, 2005, p.84).

Diante dessa nova conformação, o Judiciário é tão responsável[27] quantos os demais Poderes estatais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Sendo o poder constituído, evidentemente subordinado à

[27] Para GERVASONI (2011, p.56), no Brasil, as alterações na forma de atuação do Judiciário, começaram a ser evidentes a partir do advento da Constituição da República Federativa de 1988, especialmente no que concerne à jurisdição constitucional, coroando o Estado Democrático de Direito. Constituição essa que, aliás, muito acreditou na Justiça e conferiu poderes ao juiz brasileiro como nunca antes; assim perante uma constituição que se reputa do tipo dirigente, ao judiciário já não mais se reserva ao tradicional papel de inerte espectador da realidade, mas ao contrário, dele se reclama postura diversa da tradicional espera inerte.

vontade constituinte, não tem direito de sentir-se alheio ao projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária.

O descompasso entre a formação dogmática e arcaica e os reclamos de uma nova ordem explica, em certa medida, o fato de parecer o juiz liberado de perseguir as metas postas no texto constitucional porque (supostamente) distante da pugna política (NALINI, 2008, p.306). A doutrina, parece mesmo firme em apontar a especialidade do texto constitucional, diante do entendimento de que a Constituição (embora seja uma lei) merece uma apreciação destacada dentro do sistema, sobretudo devido à superioridade hierárquica, à natureza da linguagem, ao conteúdo específico e ao caráter político que singularizam o seu texto (BARROSO, 1999, p.107).

LEAL (2006, p.291) refere que tem na passagem para o Estado Democrático de Direito, sempre um acréscimo do ideal participativo e democrático amplo ao aspecto formal, que como o próprio nome indica, o faz, notadamente, por meio do Direito. Assim, Estado Liberal, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito nada mais são do que versões, pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdo diferenciados, da forma - Estado de Direito - surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro.

Esse constitucionalismo democrático, calcado no binômio dignidade humana e da solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas (CITTADINO, 2002, p.30). Uma visão democrática da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares,

> [...] antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir. Em cada um dos direitos fundamentais e entre eles, a Constituição delimita espaços normativos, preenchidos por valores que constituem bases de ordenação da vida social. É legítimo falar de uma dimensão valorativa, visto que a medida ou o alcance de sua validade jurídica são em parte determinados pelo

> reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidos para a opinião e a vontade de seus titulares (ANDRADE, 1983, p.144-145).

Esse quadro elucida, por sua vez, que o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação, diante da constatação de que as normas constitucionais nem sempre podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas (que são, sempre, até determinado ponto, subjetivas). Assim, será inevitável a relação de tensão entre o direito e a política, porque o juiz constitucional aplica certamente o direito, mas ocorre que a aplicação desse direito passa a acarretar, necessariamente, que se proceda, também as valorações políticas (ainda que não se tenha como garantir que tais valorações possam ser classificadas propriamente como políticas, porque elas são, antes de qualquer coisa, jurídicas; o fato é que elas, quase que invariavelmente, por tratarem de questões estratégicas, possuem uma repercussão política importante) (STRECK, 2002, p.102).

A partir dessa nova concepção[28], o Judiciário é tão responsável quanto os demais poderes estatais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Sendo o poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte, não tem o direito de sentir-se alheio ao projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária.

Apesar de todas as objeções possíveis à atuação da jurisdição constitucional, importa ressaltar, desde logo, que a experiência tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, sendo esta, portanto, condição estratégica do próprio Estado Democrático de Direito (STRECK, 2002, p. 99-100).

Pela evolução deste subcapítulo, verifica-se os papéis estruturais da Constituição e do Direito, sob a perspectiva de uma jurisdição constitucional no

---

[28] Também, pela função que exerce no sistema democrático e serve de base argumentativa para uma imensa gama de casos que o texto constitucional tende a aparecer mais geral e, assim, mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, sendo que o último plano para fixar-lhe um conteúdo específico (e, por extensão, de qualquer outro texto normativo), transforma-os em norma jurídica (particular), é do Tribunal, dos juízes, que eliminam a discutibilidade do conflito ao fazerem a coisa julgada (ADEODATO, 2009, p.140-141).

contexto do Estado Democrático de Direito. Principalmente, diante da atual e necessária interpretação do Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, quando das tomadas de decisões no contexto hermenêutico propriamente dito. Muito dessa percepção, tanto externa como interna do próprio Judiciário na esfera da jurisdição constitucional, é decorrente da modificação dos polos de tensão já desenvolvidos anteriormente, diante da evolução dos modelos de Estado até a contemporaneidade.

Dessa forma, inegável é o protagonismo nas democracias modernas, do Poder Judiciário como balizador dessas contendas sociais e a legitimidade de sua atuação nas mais diversas nações, quando acessados para manifestação diante de uma infinidade de direitos humanos violados, como no caso deste estudo, os das minorias sexuais e de gênero – população LGBTQIAP+.

Salienta-se ainda, que por sermos diante de inúmeros sistemas de justiça pelo mundo uma jovem democracia; naturalmente não se diagnosticou claramente sob o viés teórico, o que se tem denominado de autocontenção judicial ou *judicial self-restraint*. Dificultando dessa forma, a análise deste comportamento judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, pontualmente quanto às decisões sobre diversidade sexual e gênero (identidade e expressão) que serão objeto de estudo na parte II desta pesquisa.

No entanto, em virtude da atuação constante da Suprema Corte brasileira nos mais diversos casos de violações de direitos fundamentais, a qual é impelida a se manifestar como “guardiã da Constituição; alguns fenômenos que são recorrentes quando se trata de jurisdição constitucional, são atribuídos de forma crítica e muitas vezes distorcida ao STF.

O que não é diferente, quando se trata da jurisprudência pertinente à diversidade sexual e gênero, especialmente pelo fato da sociedade brasileira ainda tratar como *tabu* o que são apenas direitos humanos; que o Legislativo e o Executivo, por serem reflexo desse povo, propositalmente se coloca de forma omissa, insuficiente e desvirtuada na regulamentação e execução de políticas

públicas. Com enfoque no estudo em questão quanto às políticas públicas de inclusão social para a população LGBTQIAP+.

Logo, se faz necessário que visitemos esses fenômenos, na intenção de compreender como eles podem impactar, ou não, a jurisdição constitucional brasileira sobre direitos das minorias sexuais e de gênero julgados pelo STF, o que veremos no capítulo seguinte. Passamos então, por todo exposto, ao conhecimento desses fenômenos conhecidos como ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização das relações sociais e da política.

2.3 Ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização das relações sociais e da política enquanto fenômenos associados ao controle jurisdicional das demandas sobre diversidade sexual e gênero – caso *Obergefell vs Hodges*

Muito se discute acerca do extenso grau de interferência do Poder Judiciário nas questões de grande relevância para a sociedade. Trata-se do que se convencionou chamar de ativismo judicial, o qual é defendido por muitos e combatido por outros tantos. No Brasil, em grande parte das vezes, a discussão vem à tona quando o Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, enfrenta questões atinentes a atitudes emanadas por um dos demais Poderes, seja o Legislativo ou o Executivo.

Os que sofrem interferência direta do Supremo Tribunal Federal brasileiro, geralmente se levantam contra o posicionamento adotado e dizem tratar-se de uma afronta ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da tripartição dos Poderes. Essa discussão tornou-se bastante evidente nos julgamentos do STF, bem como a reflexão sobre eventual ativismo judicial que estaria imperando nas decisões proferidas pela Suprema Corte. Especialmente, quando o tema em questão trata das minorias sexuais e de gênero, decorrente dos elevados casos de violações de direitos fundamentais da população LGBTQIAP+.

Nesse contexto, referente a alguns fenômenos que estão hodiernamente presentes na jurisdição constitucional, cumpre ressaltar que a mesma, no contexto do Estado Democrático e Constitucional, dada sua relevância nesse contexto, é alvo de críticas e questionamentos. Muito disso, decorre em face de fenômenos denominados como ativismo judicial, politização do judiciário e a judicialização das relações sociais e da política. Logo, todos relacionados, em certa medida, com a legitimidade de suas decisões, dada a sua proeminência no sentido de realização e de concretização dos direitos fundamentais e dos conteúdos da Constituição (LEAL, 2011b, p.97).

O tema, por ser polêmico, acirra debates e reflexões na doutrina jurídica internacional e brasileira. Nesse sentido, já se manifestou[29] STRECK (2011), para quem essa grande/excessiva interferência judicial não seria boa para a democracia.

Consoante o autor, o entendimento seria de que o ativismo judicial, dentre outros malefícios, contribui para aumentar a carga de processos nos tribunais superiores, especialmente em razão da liberdade que se está dando aos juízes de buscarem os fundamentos para suas decisões fora das leis e da Constituição. Quanto ao fenômeno ativista, CITTADINO (2002, p. 17) refere que:

> A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

Não obstante, verifica-se que não existe um consenso em relação às origens deste fenômeno que se caracteriza por uma participação mais destacada do

[29] Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? (STRECK, 2011).

Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais. Para os adeptos dessa corrente, defendem que o controle realizado pelo Poder Judiciário é importante para a (re)construção do sistema de valores democráticos, uma vez que se abre mais uma via de acesso às instâncias do poder, o que é profundamente importante para o pluralismo, de forma a garantir maior participação política de grupos excluídos na sociedade, fortalecendo-se a democracia por intermédio da atuação do Poder Judiciário (SOUSA; COURA, 2013, p.4061).[30]

Compreende BARROSO (2012, p.5) sobre o fenômeno em questão, que o mesmo interferiria na esfera de atuação dos demais poderes e manifesta-se através de diferentes práticas, tais como: a aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamente em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do poder legislativo baseada em critérios mais flexíveis de violação da Constituição; a determinação de comportamentos ou de abstenções ao Poder Público.

Muito embora, inúmeras sejam as divergências sobre a “facilidade” de explicar o ativismo judicial pelo referido doutrinador e atualmente ministro do STF, para muitos autores, é muito mais complexa a discussão. O termo ativismo é empregado no âmbito da Ciência do Direito, principalmente para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Muito embora, o termo já venha sendo tratado com olhares diferentes há algum tempo, em termos de conceito mais genérico, pode ser associado à ideia de

[30] Ao contrário do que defendem seus críticos, eles entendem que essa medida é necessária para o próprio fortalecimento da democracia participativa, que não é violada com a intervenção do Poder Judiciário nas atividades políticas do Estado, mas cria novo mecanismo de participação popular, principalmente daqueles alijados do processo político. Elas devem se ater somente a uma atuação que consagre a conquista de canais comunicativos democráticos, garantindo a existência de ambiente que propiciem os indivíduos a criarem os seus próprios direitos. Assim, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberativa da constituição da vontade política, por não competir ao Poder Judiciário definir sobre o que o indivíduo deve decidir, mas apenas como ele deve proceder nessa decisão, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação política ativa, da maneira que bem entenderem (SOUSA; COURA, 2013, p.4061).

transformação “normativa e social pela via de solução de casos concretos pelo Judiciário” segundo LEAL (2011b). Para o autor, verifica-se que “tribunais que interferem e decidem, dentre outras coisas, sobre políticas públicas e sobre quais os direitos devem prevalecer sobre outros em casos de conflitos, conduz ao que se convencionou chamar de ativismo judicial”.

Nesse sentido, REVERBEL (2010) entende que ativismo judicial se centra neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política, o que é muito tênue e difícil de verificar. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isso se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos. A realidade brasileira, e não só ela, os países ibero-americanos que misturam Estado, governo e administração, que não separam jurisdição constitucional de jurisdição ordinária, e que não preservam instituições que facilitem o desenvolvimento de maioria governamental. Assim, mesmo querendo, não conseguirão distinguir, com clareza, o que é jurídico do que é político.

A morosidade ao julgar questões referentes às uniões homoafetivas ou da criminalização da LGBTfobia, por exemplo, ou sobre qualquer outra questão referente à diversidade sexual e gênero, fomentou o debate na jurisdição constitucional brasileira. Assim, têm surgido diversos estudos acadêmico-científicos sobre o fenômeno do controle jurisdicional de políticas públicas. Como mais especificamente, das políticas públicas prestacionais de inclusão social das minorias sexuais e de gênero, objeto deste estudo.

E é nesse ponto, que se torna de relevante valor teórico-jurisprudencial para este estudo, traçar o paralelo entre o precedente formado no caso *Obergefell vs Hodges*[31] da Suprema Corte estadunidense. Que assegurou o direito de casamento

[31] No outro polo, o caso *Obergefell v. Hodges* foi julgado em 2015 pela *US Supreme Court*. Ele surge do questionamento acerca a constitucionalidade da vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, existente, à época, em treze Estados. Na hipótese, quatorze casais do mesmo sexo alegavam que, ao negarem a eles o direito de se casarem ou terem reconhecido o seu casamento realizado em outro Estado, os Estados do Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee violavam a cláusula do devido processo legal e a cláusula da proteção igualitária, constantes da 14ª Emenda da Constituição Norte-Americana, na parte que reza: “nenhum Estado pode privar a pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ou negar à pessoa proteção igualitária da lei”. A *US*

aos casais do mesmo sexo, e o precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, decorrente do julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF[32], que então reconheceu as uniões homoafetivas como famílias, por ser o *hard case*[33] que abre o início de uma nova era da jurisprudência constitucional brasileira sobre diversidade sexual e gênero.

Embora tenham sido proferidas em países de culturas jurídicas e sistemas de justiça distintas, ambas as decisões decorrem de um processo histórico-análogo de formação de uma opinião pública favorável à novas configurações de família, o que motivou o Poder Judiciário a reconhecer os efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da omissão do Legislativo.

Da análise dos dois precedentes, para MENDES (2020), percebe-se algumas diferenças[34], mormente de cunho argumentativo. No entanto, importante a despeito

---

Supreme Court foi instada a dar resposta a duas questões: (i) a 14ª Emenda exige que o Estado autorize o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo? (ii) a 14ª Emenda exige que o Estado reconheça o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo realizado em outro Estado? A Corte, acolhendo o voto do Justice Kennedy por maioria de 5 a 4, respondeu sim às duas perguntas e superou explicitamente o precedente Baker v Nelson (UNITED STATES OF AMERICA, 2015).

[32] No Brasil, a questão do reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo se deu através do julgamento em conjunto, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF [1]. A ADPF foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, requerendo que se aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1723 do CC, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, para fins estatutários e previdenciários. A ADI, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que fosse tornado obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (BRASIL, 2011).

[33] Caso difícil, também conhecido como hard case, é uma expressão utilizada por teóricos do direito para definir casos nos quais se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso, não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para essa solução. Segundo HART (2009) (representante do juspositivismo), a existência de casos difíceis se dá por conta da "textura aberta do direito". Explica-se nesse sentido que: para todas as regras há um "núcleo de certeza", ou seja, existem casos que certamente são ou não regulamentados por determinada norma jurídica; mas também há uma "penumbra de dúvida", ou seja, casos nos quais há incerteza ou ambiguidade na aplicação da norma. Para Dworkin (2010) (representante do jusmoralismo), quando não há nenhuma regra regulando o caso, ainda assim, uma das partes tem um direito a ser protegido – em outras palavras, não há uma criação discricionária do direito pelo juiz, como defende Hart. O juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar o direito.

[34] Primeiramente, nota-se que, enquanto o STF enfrentou a matéria em controle concentrado de constitucionalidade, a Corte estadunidense apreciou a questão em controle difuso. Isso decorre do próprio sistema de acesso aos tribunais constitucionais vigente em cada país. Diferentemente do Brasil, em que a Constituição Federal confere ao STF a competência originária para analisar, de forma abstrata, a constitucionalidade de ato normativo (CF, art. 102, I, a), nos EUA, a *US Supreme Court* é um tribunal meramente recursal, competente para afastar uma lei inconstitucional no caso sub judice, de forma concreta(MENDES, 2020).Em segundo lugar, é patente que a Corte norte-americana, no voto majoritário e nos votos dissidentes, fez referência sobretudo a precedentes judiciais como

de tais diferenças, foram as semelhanças que mais se destacaram, como por exemplo: nos dois países, foi necessária a busca da tutela judicial para que fosse garantido o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e em ambos. Além do Poder Legislativo, enquanto vetor do processo democrático fracassou em garantir os direitos fundamentais da minoria, e esses indivíduos se viram obrigados a procurar o Poder Judiciário para que ele exercesse a sua função contramajoritária.

O Judiciário, no entanto, foi bem-sucedido nessa missão, tendo sido capaz, cada um à sua maneira, de assegurar, de forma vinculante e *erga omnes*[35], o reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, a despeito da indiferença e, com frequência, do empenho contrário do Legislativo, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos. Salienta-se ainda que, em ambos os casos, o reconhecimento judicial das uniões homoafetivas, ocorreu na mesma época da história, iniciando pela brasileira e posteriormente a estadunidense; separadas as decisões pela diferença de quatro anos apenas. O que no contexto de jurisdição constitucional, é um interstício irrisório, especialmente diante de um tema tão polêmico.

---

fontes do Direito. Por outro lado, o enfoque dos Ministros do STF foi direcionado para a interpretação do texto constitucional, valendo-se raras vezes dos seus entendimentos anteriores para fundamentar os seus votos. Trata-se de diferença que resulta da própria cultura jurídica predominante em cada país. Inseridos no common law, os EUA possuem sua base jurídica em jurisprudências formadas pelos tribunais. Em contrapartida, a cultura do Brasil é de civil law, de maneira que tem como fonte primária a lei escrita aprovada pelo Poder Legislativo (MENDES, 2020). Em terceiro lugar, observa-se que a existência, na Constituição brasileira, de um dispositivo que expressamente cita a relação entre homem e mulher como representativa da união estável (art. 226, § 3º, da CF) representou enorme ônus argumentativo a ser superado pelo STF, o que não ocorreu no caso dos EUA, cuja Constituição, sendo sintética, não discorreu expressamente sobre casamento ou família. Nota-se ainda que o precedente da Corte estaduninense foi motivado pela vedação normativa expressa de alguns Estados ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acabou por influenciar o próprio rumo que tomaria a argumentação da Corte, focado na cláusula do devido processo legal e na cláusula da proteção igualitária. No Brasil, essa vedação legal não existia, e as ações foram motivadas por decisões conflitantes do próprio Judiciário acerca da legitimidade da união homoafetiva, decorrentes de um vazio normativo, razão pela qual o STF não se preocupou em se debruçar sobre a proporcionalidade de um ato proibitório, mas sim sobre a origem do direito à isonomia dos casais do mesmo sexo e de como compatibilizar esse direito com os demais dispositivos da Constituição, sobretudo do art. 226, § 3º (MENDES, 2020).

[35] Com origem no Latim, é uma expressão usada principalmente no meio jurídico, para indicar que os efeitos de algum ato ou lei atingem todos os indivíduos de uma determinada população ou membros de uma organização, para o direito nacional. Enquanto os atos legislativos (leis, decretos legislativos, resoluções, dentre outros) têm como regra geral o efeito *erga omnes*, na maior parte das decisões judiciais há apenas o efeito *inter partes*, ou seja, restrito àqueles que participaram da respectiva ação judicial (BITTENCOURT, 1949).

Isso se explica, na medida em que, embora minoritária e incapaz de levar a uma mudança legislativa, foi apenas, nessa época, que surgiu uma forte opinião pública a favor de novas configurações de família, o que acabou por influenciar os dois tribunais a reconhecer esses pleitos. A influência das novas percepções da sociedade é declarada expressamente no voto majoritário, do Justice Kennedy (UNITED STATES OF AMERICA, 2015) e no voto do ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011).

Identifica-se assim, que as duas decisões são em decorrência do seu tempo e das condições sociais e políticas estabelecidas numa determinada época de forma peculiar em razão da diversidade cultural. O resultado alcançado em ambos, só foi possível graças à longa luta política dessas minorias sexuais e de gênero, pelo reconhecimento de parte da opinião pública, sem a qual os precedentes não teriam se concretizado. Fomentando dessa forma, a desconstrução da ideia engessada e retrógrada de família patriarcal, apontando para o horizonte através da visibilidade judicial da pluralidade familiar.

Diante do seu (novo) papel de fiscalizador e/ou implementador de políticas públicas das minorias sexuais e de gênero, como no caso em tela, vale observar a posição do próprio STF sobre sua legitimidade e atuação no controle jurisdicional dessas políticas públicas; o que na Parte II deste estudo talvez se torne mais delineado. Principalmente, por ser o Capítulo 3, inteiramente dedicado à análise da jurisprudência da Suprema Corte sobre diversidade sexual e gênero. Muito embora, seja de notória publicidade, a omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas (prestacionais ou de inclusão social) por parte dos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil.

Consoante a isso, a omissão em sentido técnico-jurídico não resulta de um silêncio ou inação do legislador, mas sim desse silêncio ou inação quando a Constituição impõe um “dever de atuação”, isto é, uma exigência constitucional de ação para QUEIROS (2009, p.315). Ao demonstrar que o controle da atividade judicial é algo discutido em outras ocasiões em nível internacional, importa fazer

referência para FAGUNDES (2005, p.39), em sua importante obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”,

> Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel na vinculação da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico.

O Judiciário está muitas vezes exercendo o papel dos Poderes Legislativo e Executivo que não atendem adequadamente às demandas sociais. Na maioria das vezes (quando não pensa discriminatoriamente igual), por receio de se comprometer com uma posição diante do seu eleitorado sobre temas polêmicos, como o da diversidade sexual e de gênero.

Nessa perspectiva, MONTEIRO (2010, p. 168) enfatiza que “o fato é que o sistema político-brasileiro requer, nos termos do artigo 2º da Constituição, os três poderes afinados entre si, independentes e harmônicos. Portanto, se um dos três Poderes não exerce o seu papel tipicamente, compete aos outros suprir sua falta atipicamente”. Nesse sentido,

> [...] o ativismo fornece: a) a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagra uma nova importância ao constitucionalismo; c) realça os reais valores da Constituição; d) garante acesso ao judiciário; e) preserva e oportuniza o exercício dos direitos e garantias fundamentais; f) amplia as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximiza os direitos em geral; h) efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outros.

Uma das críticas ao ativismo judicial, diz respeito aos riscos para a legitimidade democrática e reporta-se ao fato de os membros do Poder Judiciário não serem agentes públicos eleitos. E que, não obstante, realizam um poder político, invalidando decisões dos outros poderes, o que é considerado na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária[36] (BARROSO, 2012, p.8).

---

[36][...] os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Surge, então, o denominado contramajoritarismo, que é a atuação do poder judiciário atuando

De fato, as preocupações são inúmeras quanto ao fenômenos analisados neste capítulo sobre ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização das relações sociais e da política, no Brasil e no mundo. SANTOS (2021, p. 165) nesse sentido, analisa particularmente, a judicialização da política e do ativismo judicial nos últimos anos na política brasileira, que culminaram com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018 e a consequente nomeação do juiz, segundo autor, "estrela da lava jato" ao cargo de Ministro da Justiça.

No entanto, BITENCOURT (2013, p.208) entende que, se uma política pública pressupõe uma série de atos interligados, que devam manter enlaces entre si. Dizer que uma política pública pode ser controlável judicialmente não diz na verdade nada, no seguinte sentido: se o conceito de política pública pressupõe uma série de decisões que mantêm coerência narrativa, logo, quando se pensa em controle de política pública, torna-se impossível tratar isso com um único momento, motivo pelo qual o que se pode controlar em termos de políticas públicas está relacionado às partes e não ao todo.

Assim, pode-se afirmar que, no constitucionalismo vigente, é perfeitamente possível o controle judicial de execução de políticas públicas, enquanto que, no caso de formulação de políticas públicas, o controle judicial seria mitigado, podendo se realizar em casos extremos, como o do mínimo existencial e o da discricionariedade zero, numa clara violação ao direito fundamental, utilizando-se de racionalismo jurídico na construção dos argumentos da decisão proferida, reafirmando-se a força normativa dos textos constitucionais (SOUSA; COURA, 2013, p. 4067).

Não encerrando a discussão, mas como forma de reflexão, para CANOTILHO (1999, p.451), que já se preocupava com o tema da invasão da esfera do Poder Executivo pelo Judiciário, alude que:

> Cumpre destacar também nesse contexto, o risco de politização da Judiciário enquanto fenômeno também identificado na jurisdição constitucional, tendo

---

ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor. Os críticos argumentam também que há intromissão do poder judiciário nos demais poderes da república, ferindo de morte o princípio da separação e harmonia entre os poderes, bem como o estado democrático de direito e a democracia (ALMEIDA, 2011, p.2).

> em vista a estreita relação existente entre direito e política; o que facilitaria escolhas tendenciosas ou partidarizadas, como já visto recentemente no sistema de justiça brasileiro, diante da parcialidade de juízes e membros do Ministério Público amplamente divulgados em rede nacional e internacional.

Os Magistrados, amparados pelo controle difuso[37] de constitucionalidade, passam a efetuar juízos eminentemente políticos. ROSA JUNIOR (2011) assim se posiciona sobre o assunto:

> Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

Oportuno para a demonstração das divergências doutrinárias entre os juristas, está a crítica à atuação do Judiciário como *superego* da sociedade, desenvolvida por MAUS (2000, p.185) e que possui como tema principal a preocupação de uma *"infantilização"* da sociedade, receptiva às decisões judiciais determinadas por um "*pai estatal*". Tem a autora que, quando a justiça a ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle

---

[37] Controle de constitucionalidade de normas seria verificação por um órgão competente da consonância ou compatibilidade de uma determinada espécie normativa, levando-se em consideração uma Constituição, que fundamenta a validade daquela norma e, portanto, não podendo ser contrariada pela aquela norma inferior. Quanto ao controle difuso ou concreto que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, todas as esferas normativas (leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais) estão sujeitas a este controle respeitada a competência do órgão jurisdicional, evidentemente. Também conhecido como controle por via de exceção, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato normativo ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação à terceiros. Em contrapartida à esta espécie de controle difuso, temos o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, onde procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade é, pois, o objeto principal da ação (MORAES, 2020, p.627).

social e, esse controle é normal a qualquer órgão ou instituição inserido numa democracia.

A questão da ordem objetiva de valores é considerada por MAUS (2000, p.187) como um instrumento à disposição do tribunal para disfarçar seu próprio decisionismo, que, ao impor a vinculação das demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada, libera a si próprio, sob o "manto de uma ordem de valores", de qualquer vinculação às regras constitucionais. Além disso, há uma veneração popular da justiça quase religiosa, o que, somado ao fato de que o tribunal atua com métodos específicos de interpretação constitucional, faz com que ele atue menos como "guardião da constituição", e mais como garantidor da própria história jurisprudencial à qual se refere, legitimamente, de modo autorreferencial.

A crítica que BARROSO (2012, p.8) faz, é quanto à capacidade institucional do Judiciário e seus limites, tendo em vista o seu amplo poder de decisão, podendo ocorrer a legitimação da arrogância judicial, mesmo que não seja o órgão mais preparado para proferir a melhor decisão em determinada matéria. O juiz deve avaliar criteriosamente a situação e verificar se realmente é o órgão capaz de produzir a melhor avaliação e decisão naquela matéria.

Todavia, a atividade do Poder Judiciário implica também a intervenção direta no espaço tradicionalmente reservado aos demais Poderes, quando então passa a exercer o controle de políticas públicas, diante da ineficiência[38] por parte do Legislativo e Executivo. Esse controle demanda, pois, plena independência político-administrativa do Poder Judiciário, razão pela qual o constituinte de 1988

[38] Ainda segundo o autor acima referido, a omissão intencional do Poder Executivo pode resultar de um ato de vontade política, consistente na opção de priorizar a implantação de determinados programas sociais ao invés dos almejados por determinados segmentos da sociedade. Toda opção implica a frustração das expectativas de parcela da sociedade brasileira. Somente naqueles casos em que não existe uma prerrogativa constitucional erigida em favor do Poder Executivo é que se pode conceber a intervenção judicial positiva. Bem por isto, a atividade de revisão judicial deve estar assentada nos seguintes pressupostos: 1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa) (APPIO, 2006, p.168).

previu, ao longo do art. 96, as garantias necessárias, na forma de instrumentos jurídicos que lhe asseguram plena autonomia (APPIO, 2006, p.65-66).

No Brasil, diante da atuação do STF, cada vez mais se insere as ideias de Peter HÄBERLE, através do ministro Gilmar Mendes. As ideias häberlianas referem-se a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. Para tanto, “utilizando-se de um instrumento privilegiado de viabilização da participação social no processo, a figura *Amicus Curiae*" (LEAL, 2011, p. 84).

Nota-se, que o debate no campo da jurisdição constitucional é bastante diverso e antagônico. Nesse sentido, destaca-se a aproximação cada vez mais do Brasil, do fenômeno da judicialização das relações sociais e da política, que leva o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resultando na adoção do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições (VIANNA, 1999, p.47).

A judicialização das relações sociais e da política é um fenômeno bastante complexo que ganha força, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, quando a política passou a se confundir com o direito diante da amplitude de conteúdos abrangidos pela Carta Magna. Nesse momento alarga, também, as margens interpretativas da jurisdição constitucional. Para FILHO (2010, p.2) “as questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição".

Ao corroborar com esse entendimento, RAMOS (2010, p.142) assevera que qualquer tentativa de assentar critérios dogmáticos para a filtragem das práticas judiciárias, reputando-as ativistas ou não, há de passar necessariamente, pela doutrina das questões políticas. Com efeito, tem sido esse o parâmetro invocado

com mais frequência, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para extremar o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao Poder Judiciário, daquele em que lhe é vedada a incursão, sob pena de infringência ao princípio da separação dos Poderes. O fenômeno em questão, que se caracteriza por uma transferência de poder para juízes e tribunais, têm várias causas e, para se consolidar, depende de um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias (VALLE, 2009, p. 32-33).

O conceito apresentado por BARROSO (2010, p.2) é bastante esclarecedor quando afirma que a "judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo". Logo, "como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade".

Sendo fatores que justificam a judicialização no Brasil a promulgação da Constituição de 1988, ponto central da redemocratização do país, com a inserção de matéria novas no seu âmbito, que antes eram reservadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, e a grande abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 2-3). Aqui, observa-se, a conexão deste fenômeno com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre diversidade sexual e gênero da última década.

Diversas são as faces do processo de judicialização das relações sociais e da política no cenário jurídico, em que o protagonismo dos tribunais constitucionais faz refletir a discussão acerca de sua neutralidade política e da influência da separação de poderes no âmbito do Poder Judiciário, enquanto novo espaço público não representativo (MAUS, 2000, p.13). Assim, observa-se a expansão do poder dos tribunais assegurando o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, o que se convencionou chamar de direito judicial,

ou ativismo judicial, enquanto fenômeno da normatização de direitos (FORTES, 2011, p. 40-41).

Embora o fenômeno da judicialização tenha muitos aspectos em comum com o ativismo, eles não devem ser confundidos. Com efeito, BARROSO (2012, p. 6) que assim se refere:

> Judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

A judicialização no Brasil é um fato, e não um exercício deliberado de vontade política, é uma consequência que deriva do modelo constitucional adotado. Diante da inércia legislativa, a única alternativa do Judiciário é agir. Já o ativismo é uma atitude (BARROSO, 2012, p. 5). Esse processo de judicialização da política enseja uma atuação compatível entre a responsabilidade democrática dos juízes e o respeito à garantia e à concretização dos direitos assentados em bases do constitucionalismo democrático (CITTADINO, 2002, p.24). No passado, ele sofreu críticas postadas na defesa de uma hermenêutica constitucional e que, notadamente agora, não se sustenta dada a evolução do constitucionalismo democrático e dos princípios da separação dos Poderes.

Ademais, a pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar, haja vista que as soluções para os casos concretos nem sempre (se não raramente) são encontradas prontas no ordenamento jurídico, mas precisam ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais (BARROSO, 2011, p.45-46). Nesses casos, a experiência demonstra que os valores pessoais e

ideologia do intérprete desempenham, conscientemente ou não, papel decisivo nas suas conclusões.

Observa-se até aqui, que o Judiciário é portador, cada vez mais, de novos papéis no cenário constitucional atual. Como visto também, o ativismo judicial é atividade decorrente da judicialização das relações sociais, “fenômeno” que ocorreu no Brasil “a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento” (PAULA, 2014, p. 201).

Sobre a dicotomia do fenômeno da judicialização da política, importante para a análise da conjuntura brasileira e do objeto de estudo dessa pesquisa, é a reflexão de SANTOS (2021, p.160) quando alude que:

> De fato, a judicialização da política beneficiou setores de esquerda nas últimas décadas, buscando compensar um parlamento muitas vezes conservador na promulgação de leis a um Judiciário mais liberal, e portanto, mais sensível às questões das minorias, como a criminalização do racismo e da homofobia. Por outro lado, os setores de uma direita conservadora também se valeram, nos últimos anos, da judicialização da política, como veremos adiante, tanto no episódio de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff, em 2016, como nas eleições de 2018, para ficarmos em dois momentos emblemáticos da nossa democracia inercial. Uma vez “superaquecido” o Judiciário vem o uso do “braço duro da Lei” para subverter a própria democracia, no que a literatura especializada chama de *hardball*[39].

Em relação ao ativismo judicial e à autocontenção, constata-se que o ativismo judicial é uma realidade decorrente da judicialização das relações sociais, razão pela qual os juízes figuram como protagonistas da resolução de conflitos porque os poderes Legislativo e Executivo sofrem de crise de representatividade, o que acaba por legitimar a supremacia judicial nos casos de omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas; inclusive nas prestacionais e de inclusão social da população LGBTQIAP+.

---

[39] *Hardball* constitucional é a exploração de procedimentos, leis e instituições por atores políticos para ganho partidário de maneiras que violam normas pré-estabelecidas e empurram os limites da legalidade. Juristas e cientistas políticos caracterizaram o *hardball* constitucional como uma ameaça à democracia, porque mina a compreensão compartilhada das normas democráticas e mina a expectativa de que o outro lado cumprirá as normas democráticas. Como resultado, o uso do *hardball* constitucional por um lado dos partidários encoraja outros partidários a responder de maneira semelhante (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Nesse sentido, reitera SANTOS (2021, p.161) que, com base na Pesquisa Mundial de Valores, argumenta que houve um declínio na confiança nos Poderes Executivo e Legislativo nos últimos 30 anos no Brasil. Todavia, o Poder Judiciário, teve um certo aumento de sua confiança nos últimos anos da República.

No entanto, esse ativismo pode apresentar riscos à democracia pelo fato de as decisões judiciais estarem eivadas de discricionariedade, razão pela qual a autocontenção judicial surge como atividade oposta (CAMARGO; PAULA, 2015). Assim, o ativismo, realidade proveniente da judicialização das relações sociais e da crise de representatividade do Legislativo, em especial, em que pesem os entendimentos de que possa constituir atividade antidemocrática, é, ao mesmo tempo, fundamental para a estabilidade institucional e para a própria democracia, característica de ambivalência.

Em síntese, sobre os fenômenos do ativismo judicial, politização do judiciário e a judicialização das relações sociais e da política, cada vez mais presentes na atuação do Poder Judiciário brasileiro, muitas são as críticas e ponderações a se fazer. Nesse sentido, um dos temas mais discutidos na atualidade sobre legitimidade, é a questão do controle jurisdicional de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal, em face de possíveis omissões, desvirtuamentos e insuficiência de implementação e/ou fiscalização de políticas públicas, em especial, neste trabalho as que discorrem sobre inclusão social da população LGBTQIAP+ enquanto minorias sexuais e de gênero.

Dito isso, a partir de toda a reflexão teórica trazida na Parte I desse estudo e desenvolvida ao longo dos Capítulos I e II, percebe-se o quanto é necessária a compreensão epistêmica do tema e da perspectiva interdisciplinar do objeto da pesquisa. Dessa forma, com a responsabilidade sistemática das categorias/critérios de análise propostos à luz do espírito crítico científico, passa-se para a Parte II deste trabalho, no qual o Capítulo 3 estará reservado para a análise de casos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre diversidade sexual e gênero (identidade e expressão.

PARTE II

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E GÊNERO – ANÁLISE DE CASOS

Diante da utilização da análise jurisprudencial como método de procedimento da presente tese de doutorado, a aplicação das categorias/critérios de análise na jurisprudência do STF sobre diversidade sexual e gênero, visa identificar: 1) Qual o bem jurídico tutelado?; 2) Teses defendidas, resultados e direitos aferidos; 3) Visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico) e 4) Relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvam orientação sexual e identidade/expressão de gênero.

O que se passa a fazer a seguir.

3.1 Reconhecimento das uniões homoafetivas como família e extensão da licença-maternidade para mães não gestantes

A mudança que redireciona a forma do pensar jurídico referente à população LGBTQIAP+ no Brasil ocorreu em maio de 2011 (há exatamente 10 anos), quando o Supremo Tribunal Federal, tendo como marco inicial dessa nova era, então reconheceu como entidade familiar as uniões homoafetivas. O que mudou radicalmente muitas das decisões/entendimentos que serão analisados até o presente momento sob à égide da jurisdição constitucional brasileira.

A ADI 4.277/DF foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na ADPF 132/RJ, o governo do Estado do Rio de

Janeiro, alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Sob a perspectiva das categorias de análise que norteia esse estudo conforme mencionado no início desta pesquisa, este julgado pode ser popularmente definido como a "pedra fundamental" na qual se estrutura basicamente toda a jurisprudência do STF sobre diversidade sexual e gênero. Foi a primeira decisão tomada em nível de jurisdição constitucional e que visivelmente pela extensão do seu acórdão de 270 páginas, a Suprema Corte preocupa por ser um *hard case*[40]*,* em fundamentar a decisão com uma riqueza de fontes do direito.

Assim os dez ministros que votaram a favor do reconhecimento das uniões homoafetivas foram: Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era advogado-geral da União.

Por ter sido o primeiro caso, e que abriu o marco temporal da jurisprudência a ser analisada do STF sobre diversidade sexual e gênero; faz-se necessário que se possa perceber, mesmo que minimamente, a ideia central do voto de cada ministro na época. Por certo, essa não será a técnica utilizada durante a extensão da análise dos demais julgados, posto que se tornaria demasiada a fragmentação do entendimento das decisões. Afinal, o que importa para esse estudo é a posição e interpretação colegiada da Suprema Corte, por isso, as análises dos demais julgamentos serão com enfoque na decisão colegiada, e não do pensamento de cada ministro.

---

[40] Os *hard cases* são considerados casos complexos/difíceis, pois se faz necessário levar em consideração um enorme leque de fatores e em decorrência disso é preciso ir além do texto positivado e pôr na balança princípios jurídicos capazes de fundamentar a decisão a ser tomada.

No entanto, espera-se que com esse recurso descritivo, neste *hard case* em específico, possa se identificar através da linguagem, o conteúdo que revestia a fundamentação/sentimento dos ministros em julgamento tão importante e que já sabiam, provavelmente, que seria o marco inicial de uma nova Era na jurisdição constitucional brasileira. Muitos deles, já nem mais estão na Suprema Corte. A partir daquele momento, uma década de jurisprudência sobre diversidade sexual e de gênero percorreria até os dias atuais, além de envolta em polêmicas pelo ineditismo do acórdão no país que mais mata pessoas transexuais no mundo e é um dos mais violadores de direitos humanos das minorias sexuais e de gênero.

Destaca-se ainda, que como já visto em capítulo anterior, essa decisão que reconhece as uniões homoafetivas como família no Brasil, se deu quatro anos antes que a da Suprema Corte estadunidense sobre o tema. Com isso, nota-se a relevância desse julgado à época, visto que a jovem jurisdição constitucional brasileira foi protagonista diante da já sólida, madura e respeitada jurisdição constitucional dos Estados Unidos da América, conhecida principalmente por criar o entendimento da Supremacia da Constituição; como já visto no caso *Marbury vs. Madison.*

Sendo assim, o ministro Luiz Fux lembrou que homossexualidade não é crença, nem opção de vida, ainda mais se levado em conta a violência psicológica e física que a sociedade ainda tem contra os homossexuais. Para o ministro, se a homossexualidade não é crime, não há por que impedir os homossexuais de constituírem família. O homossexual, em regra, não pode constituir família por força de duas questões que são abominadas por nossa Constituição: a intolerância e o preconceito (BRASIL, 2011). Segundo Fux, a Constituição prega uma sociedade plural, justa, sem preconceito, com valorização da dignidade da pessoa humana e destacando que todos os homens são iguais perante a lei.

No mesmo entendimento, a ministra Cármen Lúcia aduz que, “a forma escolhida para viver não pode esbarrar no Direito e todas as formas de preconceito merecem repúdio, sendo enfática ao defender o combate à violência e ao preconceito”. Enquanto o ministro Ricardo Lewandowski, adotou o que chamou de

'integração analógica', ou seja, que se aplique a essa nova relação a legislação mais próxima, até que ela seja definitivamente regulada por lei aprovada pelo Congresso Nacional. Concordando também, o ministro Joaquim Barbosa com o reconhecimento das ações e entendendo que “as relações homoafetivas fazem parte dos direitos fundamentais, assim como se deve promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação”. E ainda ressalta,

> O não reconhecimento da união homoafetiva simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

Para o ministro Gilmar Mendes, que embora tenha anunciado voto favorável à união homoafetiva, manifestou preocupação e ressalvas preferindo não se pronunciar quanto a desdobramentos, como no que diz respeito à adoção, e afirmou:

> O limbo jurídico contribui inequivocamente para que haja quadro de maior discriminação, até para as práticas violentas que temos notícias. É dever do Estado a proteção e dever da jurisdição dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi concebida pelo legislador (BRASIL, 2011).

A ministra Ellen Gracie, entendeu que “o reconhecimento à época, pelo Tribunal, desses direitos, responde a pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida”. “O Tribunal lhes restitui o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura sua dignidade, afirma sua identidade e resgata a sua liberdade”. O ministro Marco Aurélio de Mello, por sua vez, também deu parecer favorável justificado a partir do argumento de que o Estado existe para auxiliar indivíduos a realizar seus projetos de vida, incluindo os que têm atração pelo mesmo sexo. E segue,

> Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite que seja a união homoafetiva admitida como tal (BRASIL, 2011).

Também favorável o ministro Celso de Mello, corroborando que “ninguém deve ser privado de seus direitos ou sofrer restrições jurídicas por causa de sua

orientação sexual". Ele disse à época que "não se devem confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou religioso porque o Brasil é um País laico". O presidente da Corte era o ministro Cezar Peluso, proferiu o último voto a favor das ações, lembrando que ainda não se está em análise o voto do ministro relator Ayres Britto. Peluso enfatizou, que "a Constituição não exclui outras modalidades de entidade familiar", e seguiu,

> Ao tomar a decisão, o Supremo condenou todas as formas de discriminação, contrárias não apenas ao nosso direito constitucional, mas contrária à própria compreensão da raça humana à qual todos pertencemos com igual dignidade. Há uma convocação que a Corte faz para o Poder Legislativo para que assuma essa tarefa a que não se sentiu muito propenso a exercer: regulamentar essa equiparação (BRASIL, 2011).

Feito simbolicamente esse pequeno memoriais, em alusão ao julgamento paradigma do que seria o início de uma jurisprudência sobre diversidade sexual, identidade de gênero e expressão de gênero no Brasil; passamos para a percepção e análise do voto estrutural do *hard case*, feito pelo já mencionado ministro relator Ayres Britto. Que inicia seu voto se manifestando, quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade[41], lembrando que, embora essa tese na atualidade pareça claramente superada, já se tendo passado mais de uma década de jurisprudência no caso de violações de direitos das minorias sexuais e de gênero; neste caso ela foi crucial para a estruturação do entendimento, que futuramente, recepcionaria todas

[41] Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda com preliminar de mérito, que tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade. Requisito que se constitui em "verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente" (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, verbi gratia, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção. Entendimento que se coaduna com a "posição mais abrangente" da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (caput do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele apresentada (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência (BRASIL, 2011).

as outras demandas sobre o tema. Ao ponto de, nesta pesquisa, estar-se-á analisando todos os julgados que posteriormente formariam a jurisprudência, objeto de pesquisa dessa tese de Doutorado.

Britto faz referência ainda à omissão da Constituição da República Federativa do Brasil quando discorre que quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade, assevera o até então ministro relator, de volta ao caso em apreço, quanto ao silêncio legislativo sobre as uniões homoafetivas (omissão). Para ele, nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. Segundo o relator, "é a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação" (BRASIL, 2011).

O relator deixa claro em seu voto a importância, do que poderíamos chamar de política pública de inclusão social, quando afirma que a aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares merecem o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar danos às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se esse último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença (BRASIL, 2011).

O ministro Ayres Britto ainda afirma, que cabe ao Poder Público garantir esse direito, o que deixa bastante evidente, uma vez que já se está em fase judicial, que os Poderes Legislativo e Executivo foram omissos quanto à temática debatida. Nesse sentido, assevera então que,

> Anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental (BRASIL, 2011).

O ministro Luiz Fux, demonstra em seu voto o fato de ser favorável ao controle jurisdicional dessa política pública de inclusão social devido à omissão quando afirma que cumpre, pois, passar ao exame da pertinência temática, necessária ao ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público; "há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos deveres de proteção *(Schutzpflichten)*, relevante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais" (BRASIL, 2011).

Afirma ainda o ministro (BRASIL, 2011) que, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a esse último, abstenções ou o fornecimento de prestações positivas; os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, isso se irradia por todo o ordenamento jurídico.

Cumpre ressaltar que, no julgamento se referência a doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária (BRASIL, 2011). Traduz-se na "*mais-valia" jurídica* a que se refere ANDRADE (2001, p. 138), vale dizer, um reforço

de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que disporiam de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

E justamente, no tocante às omissões dos Poderes Legislativo e Executivo frente ao reconhecimento das uniões homoafetivas, é que o ministro Luiz Fux se posiciona discorrendo que serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No oportuno magistério, SARLET (2009, 148-149),

> Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), como objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]

Quanto à sua posição em relação ao controle jurisdicional, o que se estende, para o caso em tela da política pública de inclusão de igualdade, entende como o do STF (BRASIL, 2011), que o processo jurisdicional é, por excelência, o locus da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem respeito aos direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as pôr em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.

O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o (a) parceiro (a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades (BRASIL, 2011).

Quanto à omissão legislativa, o STF ainda se refere que de volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

A questão do reconhecimento também toca o tema da segurança jurídica. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Muito relevante, é a colocação que a explicação que o ministro Gilmar Mendes faz no sentido de tornar clara a possibilidade de interpretação conforme a Constituição lembrando que a ideia do legislador originário era realmente ser omisso

quanto à inclusão de Uniões homoafetivas como entidades familiares na Carta Magna de 1988.

Discorre ainda que, talvez, o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

Para o STF naquela ocasião, era preciso que deixassem essa questão de forma muito clara porque isso teria implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte (BRASIL, 2011).

Parece, para a Suprema Corte, ser um caso muito claro de proteção dos direitos fundamentais. Sabe-se e isso foi dito de forma muito objetiva, a partir de algumas sustentações da tribuna e também destacado no voto do ministro relator, que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, ultima ratio, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente (BRASIL, 2011).

Para o STF, não há exorbitância por parte da Suprema Corte nesta ocasião, quando dizem que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz

respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minorias sexuais e de gênero.

Dessa forma, ao se fazer uma análise ainda superficial dos fundamentos dos ministros do STF no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar; torna-se evidente o (novo) papel da Corte ao utilizar de sua legitimidade para implementar, no caso em tela, uma política pública de inclusão social de igualdade, fazendo-se valer da possibilidade do controle jurisdicional na sua própria percepção.

Mas ainda não é clara a sua posição, se progressista ou conservadora. Uma vez que, epistemologicamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro parece julgar o caso em tela, embora de forma vanguardista, ainda aparentemente utilizando-se de uma pauta heteronormativa; pois atenta mais ao paralelo com as relações de afeto heterossexuais, do que propriamente com o direito humano de diversidade sexual e de gênero.

Ao primeiro olhar, em síntese, quanto às categorias propostas para a análise de cada julgado, nesse caso se evidencia que o bem jurídico tutelado na ADI 4.277 e ADPF 132 é de proteção da pluralidade familiar. Tem como principais teses defensivas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana; o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; da inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; bem com a analogia com à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Como resultado e direitos aferidos, especialmente o do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.

Na visão e discussão jurídica com o campo interdisciplinar, se tem a homenagem como aporte teórico do julgamento, ao pluralismo como valor sócio-político-cultural, para que haja dessa forma liberdade do indivíduo em dispor da própria sexualidade, expressão essa que é da autonomia da vontade. Direito de intimidade e vida privada que transita no campo social e antropológico da vida em

sociedade. E por fim, quanto ao critério da relação da decisão do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais, é de relevante evidência e destaque a utilização do sistema internacional de proteção de direitos humanos; visto que o documento internacional utilizado para fundamentação do acórdão é que se refere aos Princípios de Yogyakarta[42].

Ainda no contexto de entidade familiar, a Corte Constitucional também se manifestou diante do Recurso Extraordinário 1.211.446/SP, que teve como relator o ministro Luiz Fux. A questão constitucional trazida à apreciação desta Suprema Corte se cinge à possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. No presente caso, a recorrida é servidora pública, mãe não gestante, em união estável homoafetiva com sua companheira, cuja gestação decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga. Veja:

> Com efeito, o direito à licença-maternidade consiste em benefício de natureza previdenciária destinado a assegurar à mãe um período de amplo convívio com a criança, mediante afastamento laboral remunerado. É benefício que tanto empregadas celetistas como servidoras públicas possuem, nos termos do art. 7º, XVIII, e art. 39, § 3º, da Constituição da República. O escopo dessa licença é justamente tutelar o vínculo formado entre mãe e filho (a), independentemente da origem biológica ou adotiva dessa relação, consoante assentado por esta Suprema Corte, ao julgar o mérito do RE 778.889, rel. min. Roberto Barroso, DJE de 10-3-2016 (Tema 782 da Repercussão Geral) (BRASIL, 2020).

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que a legislação não pode instituir prazos diferenciados de licença-maternidade entre as servidoras gestantes e as adotantes, por ambas constituírem um novo vínculo familiar constitucionalmente protegido. A titularidade da licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre mãe e filho (a), de modo que o alcance do benefício não mais

---

[42] Os Princípios de Yogyakarta são um documento sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero, publicado em novembro de 2006 como resultado de uma reunião internacional de grupos de direitos humanos na cidade de Jogjakarta (em indonésio: Yogyakarta), na Indonésia. Os Princípios foram complementados em 2017, expandindo-se para incluir mais formas de expressão de gênero e características sexuais, além de vários novos princípios. Os Princípios, e sua extensão de 2017, contêm um conjunto de preceitos destinados a aplicar os padrões da lei internacional de direitos humanos ao tratar de situações de violação dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, intersexuais e afins.

comporta uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.

Certamente, a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar. Considerando que a Constituição alçou a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (CF, art. 203, I), revela-se dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal, independentemente da origem da filiação ou da configuração familiar que lhe subjaz (BRASIL, 1988).

Deveras, a partir do regime constitucional inaugurado em 1988, o modelo de família patriarcal, centrado no vínculo indissolúvel do casamento, foi substituído pelo paradigma do afeto, que propiciou o reconhecimento dos mais variados formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais, permitindo o fim do engessamento dos arquétipos familiares (BRASIL, 1988). A própria Constituição reconhece, expressamente, como legítimos diferentes modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º).

No mesmo sentido, a Corte atribuiu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas, em julgamento histórico que declarou a “imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil” e a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico” (BRASIL, 2011).

Nesse prisma, o art. 7º, XVIII, da Constituição da República, que prevê o direito à licença-maternidade, deve ser interpretado em consonância com os princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade reprodutiva, do melhor

interesse do menor e da proporcionalidade, na dimensão da vedação à proteção deficiente. O âmbito de incidência desse direito constitucional ainda reclama conformação à luz da necessidade de proteção ao vínculo maternal constituído por mães não gestantes, bem como do paradigma da isonomia jurídica entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas. É nesse sentido que,

> No caso sub examine, o reconhecimento da condição de mãe à mulher não gestante, em união homoafetiva, no âmbito da concessão da licença-maternidade, tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material e, simbolicamente, de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes. Outrossim, imperioso destacar que, no caso concreto, (i) a recorrida é servidora pública, enquanto a sua companheira, que vivenciou a gestação, é trabalhadora autônoma e não usufruiu do direito à licença-maternidade, e (ii) a gestação decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga, no qual fecundado o óvulo da recorrida, de sorte que a criança possui duas mães biológicas (BRASIL, 2019b).

Nesse contexto, emerge relevante questão jurídica que tangencia não só a possibilidade de extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, em união homoafetiva, mas também os limites e parâmetros fixados para essa extensão.

Por todo o exposto, depreende-se que a questão constitucional ora debatida apresenta repercussão geral sob o prisma social, jurídico e econômico: (i) social, em razão da própria natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora (art. 7º, XVIII, e art. 39, § 3º, da Constituição Federal) que vivencie a situação fática sub examine; (ii) jurídico, posto que envolve a proteção especial consagrada à maternidade (CF, art. 6º c/c art. 201), bem como a construção do âmbito de incidência do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, que deve albergar as múltiplas hipóteses de criação do vínculo maternal, e (iii) econômico, porque discute a concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade e reflexos no equilíbrio atuarial dos sistemas de previdência social (BRASIL, 2020).

O debate ainda transcende os limites subjetivos da causa, porquanto passível de repetição em inúmeros feitos em que se confrontam o interesse da mãe não gestante, em união homoafetiva, a usufruir da licença-maternidade, e o interesse social concernente aos custos do pagamento do benefício previdenciário e à

construção de critérios isonômicos em relação às uniões heteroafetivas. Configura-se, assim, a relevância da matéria sob os pontos de vista social e jurídico, bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio da Corte (BRASIL, 2019b). Ex positis, nos termos dos arts. 323 e 323-A do RISTF, o relator manifesta-se pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e submete então a matéria à apreciação dos demais ministros da Corte.

Neste caso, considerando as categorias de análise/critérios desse estudo, identifica-se como bem jurídico tutelado dessa demanda o benefício previdenciário de caráter contributivo de licença maternidade às mães LGBTQIAP+. As teses constitucionalmente defendidas são de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias para os casos de RGPS e de cento e oitenta dias para servidoras públicas em RPPS; cumulado com a analogia com a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, bem como de se entender como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). Como resultado e direito aferido se confirmou o da extensão da licença-maternidade para mães não gestantes em uniões homoafetivas.

Interdisciplinarmente, em conexão com a visão/discussão jurídica da fundamentação do acórdão, é perceptível a preocupação do relator quando refere a subjetividade da causa e a relevância da matéria sob os pontos de vista social e jurídico. No entanto, carece de fundamentação teórica sobre diversidade sexual e gênero na decisão. Não utiliza o relator de bibliografia sobre o tema para construir uma decisão inovadora sobre o assunto, apenas busca na decisão que reconhece às uniões homoafetivas como família pelo próprio STF os fundamentos de forma sequencial.

Não que desprestigie assim o direito assegurado na sentença, mas em nível de Corte Constitucional é esperado o olhar mais complexo da hermenêutica tão necessária nesse julgado sobre diversidade sexual e especialmente sobre gênero. Podemos dizer que há uma “pobreza” de domínio sobre o assunto diante da

quantidade de assessores que poderiam fazer pesquisas sobre o tema, além da facilidade tecnológica da atualidade para acessar a bibliografia necessária para construir um entendimento menos jurídico e mais preocupado com a repercussão geral do seu voto no campo de real preocupação com o machismo estrutural.

Por fim, diante do critério de análise que verifica a relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero; torna a carecer a decisão de fundamentação que busque no vasto âmbito do direito internacional as recomendações dos órgãos internacionais sobre o tema.

Especialmente porque nos anos anteriores à referida decisão que concede a extensão da licença-maternidade para mães não gestantes em uniões homoafetivas, o Brasil pertenceu ao *Core Group (Grupo Principal)* da ONU sobre direitos LGBTQIAP+ do Conselho de Direitos Humanos e também da OEA, sendo um dos principais líderes sobre o tema e propositor das principais iniciativas pelo menos até o ano de 2016. O que, coincidentemente ou não, deixa de ser referência na ONU sobre temas de diversidade sexual e identidade/expressão de gênero, pois é o ano do *impeachment*[43] da Presidenta da República Dilma Rousseff. Depois disso, o Brasil se tornou um país inexpressivo e internacionalmente conhecido por ter lideranças políticas abertamente discriminatórias e omissas quanto às políticas públicas de proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAP+.

3.2 Criminalização da homotransfobia (LGBTfobia)

Em conclusão de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26, que teve como relator o ministro Celso de Mello e do mandado de injunção (MI) 4.733, que teve como relator o Ministro Edson Fachin; o Plenário,

[43] Impeachment ou destituição ou impedimento, é um processo político-criminal que visa destituir alguém de um cargo governativo em países com modelos de governo presidenciais, por grave delito ou má conduta no exercício de suas funções (CITTADINO, 2002).

por maioria, julgou procedentes os pedidos formulados em ADO e em MI para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia (homotransfobia[44]). Determinou, também, até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção.

Trata-se de ADO proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente.

Para o ministro relator, a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo e, nessa condição, subsumíveis à

---

[44] Homotransfobia é um neologismo que visa englobar em uma única palavra os termos “homofobia” e “transfobia”, para assim designar a discriminação contra a população LGBTQIAP+ como um todo (termo este cuja autoria o signatário desconhece), visto que, em sentido estrito, o termo homofobia abarca apenas a discriminação contra homossexuais e bissexuais (logo, a gayfobia, a lesbofobia e a bifobia), ao passo que o termo transfobia designa a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral (BRASIL, 2017). Por vezes se vê no movimento a utilização do termo “homo-les-bi-transfobia”, pois lesbofobia (discriminação contra lésbicas) e bifobia (discriminação contra bissexuais) também têm especificidades relativamente à gayfobia (discriminação contra [homens] gays) – exemplo paradigmático sobre a lesbofobia é o horrendo “estupro corretivo”, pelo qual homens heterossexuais cisgêneros estupram mulheres lésbicas sob o absurdo “fundamento” delas verem o que estariam “perdendo”, em horrenda violação da liberdade sexual destas. De qualquer forma, por convicção acadêmico-terminológica relativamente ao prefixo “homo”, que se refere a “homossexuais” e não a “homens gays”, usa-se o termo homofobia como abarcando a gayfobia, a lesbofobia e a bifobia (com o termo transfobia, como dito, abarcando a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral). Logo, quando se fala aqui em homotransfobia está-se a falar em “homofobia e transfobia” e, portanto, em discriminação contra a população LGBTQIAP+ (as pessoas intersexos porque, caso adquiram uma identidade de gênero distinta daquela que lhe foi imposta, pela cirurgia mutiladora de genital, feita quando de seu nascimento, para tentar adequá-la a um dos gêneros da ideologia do binarismo de gêneros [masculino e feminino], acabam sofrendo discriminações similares àquelas sofridas por pessoas travestis e transexuais) (BRASIL, 2017).

tipificação penal constante da Lei 7.716/1989, objetiva fazer preservar no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além da incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

Narra a peça inicial que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBTQIAP+ relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). Acrescenta que a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, onde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas (BRASIL, 2019a). Argumenta-se ainda naquela ocasião que,

> Considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício do s direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população. Entende que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra (BRASIL, 2019a).

O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional.

Exatamente, nessa conduta negativa consiste a inconstitucionalidade.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omisso configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão. Note-se que esta omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), como afirma o Ministro Gilmar Mendes pois “a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar” (MENDES, 1996, p.289).

Na ADO 26, a fundamentação do autor é reforçada pela manifestação de diversos *amicus curiae*, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas. As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBTQIAP+, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º (BRASIL, 1988) com a devida edição legislativa para “punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero”.

Em todo o período de vigência da Constituição Federal, o padrão protetivo de implementação legislativa adotado pelo Congresso Nacional, ao editar as leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos. Para Celso de Mello (BRASIL, 2019a):

> Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

> fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional nesses últimos 30 (trinta) anos.
>
> Declaro, portanto, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da CRFB/88, caracterizando-se assim, consequentemente, que se define como o estado de mora inconstitucional.

Verifica-se na decisão na questão essencial sobre a possibilidade de o STF colmatar, ainda que provisoriamente, a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal; exige-se uma interpretação que compatibilize a representação popular (Poder Legislativo), enquanto direito da maioria, e a efetiva defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, inclusive das minorias. Devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição, que dentre outros, podem ser destacados: o de justiça, de equidade, de equilíbrio de interesses, de resultados satisfatórios,razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica (HÄBERLE, 1997, p.11)

Em análise, demonstra claramente o acórdão da ADO 26 não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial” (BRASIL, 2019a).

Neste julgamento, consequentemente na visão do STF, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, etc. Estendendo-se a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos,

independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2019a). Afirmando assim o relator que:

> Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas) (BRASIL, 2019a).

Importante destacar que, um dos critérios de análise feitos profundamente em cada julgado, que é o critério de perceber se nos julgamentos dessas ações, a fundamentação dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da comunidade internacional aparece; é evidente no caso em tela a preocupação da Suprema Corte brasileira em tecer essa fundamentação proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAP+ e os tratados internacionais em respeito à diversidade sexual e gênero dos Estados signatários.

É preciso também não desconhecer, segundo o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019a) em seu voto, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero.

Essa importante Carta de Princípios, fruto de conferência realizada, na Indonésia, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, fez consignar as seguintes considerações: “Introdução aos Princípios de Yogyakarta". Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de

cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso" (YOGYAKARTA, 2006). Dispõe ainda que,

> Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros (YOGYAKARTA, 2006).

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

De forma bastante pontual no julgamento da ADO 26 (BRASIL, 2019a), o ministro relator afirma que o sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente. Para enfrentar essas deficiências, é necessária uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero; na visão do próprio ministro. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos

Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação (BRASIL, 2019a).

Já quanto ao critério de discussão teórica em análise, o STF atenta para a necessidade de se direcionar as regras hermenêuticas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand LASSALE e Konrad HESSE (1991, p.24), no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em sua gênese é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, após sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”.

Nesse sentido, segundo o relator, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica (BRASIL, 2019a). Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do poder público, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Os integrantes do grupo LGBTQIAP+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

Garantir aos integrantes do grupo LGBTQIAP+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode

significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

Por fim, é evidente a alusão ao critério quanto ao bem jurídico tutelado e a tese defendida. Quando no seu voto o relator afirma que o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTQIAP+) (BRASIL, 2019a).

E por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Assevera ainda, em linhas gerais, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019a), que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros). Que é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva. Desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a

discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de não ser heterosexual.

Dessa forma, pode-se verificar no julgamento da ADO 26 em relação às categorias de análise da pesquisa, primeiramente que os bens jurídicos tutelados são destacadamente a vida e integridade física/moral da população LGBTQIAP+. Possui como principais teses constitucionais defendidas: o princípio da dignidade da pessoa humana; o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, associada a prática do racismo constituir crime inafiançável e imprescritível. Como fundamento infraconstitucional, adequado ao julgamento da Suprema Corte foi a análise da Lei 7.716/89 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Nesse sentido, se percebe como resultado e direito aferido ao fim do julgamento do referido acordão, a aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição ao crime de racismo nos casos de discriminação da população LGBTQIAP+ por orientação sexual e identidade/expressão de gênero, com o objetivo de reconhecer como crime a homotransfobia; independentemente da omissão legislativa durante os mais de 30 anos de promulgação da CRFB/88.

Contudo, cumpre ressaltar que essa decisão foi uma das mais polêmicas envolvendo o tema da diversidade sexual e gênero do STF, visto que existe um dispositivo constitucional que afirma que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. E justamente com este argumento de aplicar a letra da lei sem interpretação, é que o Poder Legislativo de forma preconceituosa e discriminadora nunca deixou aprovar os inúmeros projetos de lei apresentados no Congresso Nacional brasileiro que regulamentaria essa e outras infinitas violações de direitos humanos da população LGBTQIAP+ em nosso país.

Por esse motivo, o STF foi muito criticado pelos conservadores na sua decisão, sendo acusado de praticar nesse caso o ativismo judicial. Ao analisar o

julgado, não se percebe o acórdão como ativista, mas sim como garantista de direitos fundamentais à luz das violações de diversos dispositivos da CRFB/88 só no caso em tela. Nesta ocasião, o que está evidente na fundamentação dos votos é a interpretação conforme à Constituição decorrente da sua própria supremacia, diante de um movimento conhecido e respeitado pela Cortes Constitucionais denominado neoconstitucionalismo[45].

Dessa maneira, de forma muito inteligente e fundamentadamente construída, o STF entendeu que é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CRFB/88, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBTQIAP+ (condutas homofóbicas e transfóbicas).

Quanto ao critério da visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero - aporte teórico, se torna claro diante dessa categoria de análise que o STF faz muita referência nos seus votos. Dessa forma, cumpre com excelência ao que se espera de uma decisão tão emblemática e que possui finalidade não só jurídica, mas social-educativa sobre o tema.

E isso fica evidente quando do julgado se pode extrair, principalmente do voto do relator, tópicos e expressões como sobre o significado da sigla LGBT (hoje LGBTQIAP+) e a consagração do termo no Brasil. Quando trata da diversidade sexual humana: noções de sexo, gênero e sexualidade. Também ao discorrer sobre o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual versus “ideologia de gênero”. Quando menciona o debate atual dos atos

[45] Chama-se neoconstitucionalismo o movimento do Direito que garante, preserva e promove os direitos fundamentais. Representa, em sentido amplo, a superação do positivismo jurídico, pois promoveu a reestruturação do ordenamento jurídico, que deixou de ser calcado no estrito respeito à lei para ser, totalmente, influenciado pela Constituição, natural repositório dos direitos fundamentais. Com isso muda-se, também, o sistema de interpretação do Direito, não mais adstrito ao método silogístico, mas voltado para a análise valorativa das normas em face da Constituição. Seus efeitos são: supremacia do texto constitucional, promoção dos direitos fundamentais, força normativa dos princípios constitucionais, a constitucionalização do Direito e a ampliação da jurisdição constitucional. Com o neoconstitucionalismo sepulta-se o Estado de Direito que cede lugar para o Estado Democrático de Direito (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012).

homofóbicos e transfóbicos e as formas contemporâneas do racismo. Discorrendo ainda, sobre a garantia da cidadania plena aos integrantes do grupo LGBTQIAP+. E por fim, de forma complexamente interdisciplinar, discute a dimensão social do racismo e subjugação de grupo vulnerável, bem como da compatibilidade entre a repressão penal à homotransfobia e a liberdade religiosa.

De forma muito crítica e protagonista, quanto ao último critério das categorias de análise, o STF fundamentou seu acórdão de modo a enfatizar as recomendações internacionais na proteção dos direitos da população LGBTQIAP+. Utilizou os Princípios de Yogyakarta já mencionado em outro julgado; a Convenção Americana de Direitos Humanos; referiu documento da ONU “Nascidos Livres e Iguais – Orientação sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” que aponta os “5 principais tópicos”[46] para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual/ identidade de gênero/expressão de gênero.

No mesmo sentido, fundamentou com a alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de

[46] 1. Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica. Incluir a orientação sexual e a identidade de gênero como características protegidas por leis criminais contra o ódio. Estabelecer sistemas efetivos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio. Assegurar investigação efetiva, instauração de processo contra os perpetradores e reparação das vítimas de tal violência. Leis e políticas de asilo devem reconhecer que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser um motivo válido para um pedido de asilo.
2. Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBTQIAP+ em detenção através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas. Investigar todos os atos de maus tratos por agentes do Estado e levar os responsáveis à justiça. Prover treinamento apropriado aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e garantir um controle eficaz dos locais de detenção.
3. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo. Assegurar que não sejam presos ou detidos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não sejam submetidos a exames físicos degradantes e desnecessários com a finalidade de determinar sua orientação sexual.
4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBTQIAP+.
5. Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGTQIAP+. Qualquer limitação destes direitos deve ser compatível com o direito internacional e não deve ser discriminatória. Proteger indivíduos que exercem seus direitos de liberdade de expressão, de associação e de reunião dos atos de violência e intimidação por grupos privados (ONU, 2019).

São José da Costa Rica em relação à presente matéria que exige amplo sistema legal protetivo da diversidade sexual e de gênero. Logo, é evidente a relação dessa decisão do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero.

3.3 Direito ao ensino sobre diversidade sexual/identidade de gênero/expressão de gênero e dever de prevenção/coibição do *bullying* LGBTfóbico nas escolas públicas e privadas

Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia desse subcapítulo, é importante revisitar o significado de expressões como: sexo, gênero e orientação sexual no primeiro capítulo desta tese. Conceitos e definições essas, que nesse momento se entrelaçam interdisciplinarmente com o campo da educação.

A tentativa de se vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero ou que utilizem tal expressão, significa buscar impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto. Especialmente pelo fato de que a diversidade sexual e de gênero são um fator importante da vida e presentes na sociedade que a integram.

No primeiro ponto de que trata esse capítulo, ou seja, sobre o direito ao ensino sobre diversidade sexual e de gênero nas escolas; inúmeros foram os atos de preconceito e discriminação por parte de entes do Poder público e também do ensino privado pelo país. Por esse motivo, recorrentemente foram as ações de controle de constitucionalidade ajuizadas no STF com o objetivo de interromper tais práticas atentatórias aos direitos humanos.

Como por exemplo a ADPF 457/GO, ADPF 460/PR, ADPF 462/SC, ADPF 465/TO, ADPF 466/SC, ADPF 467/MG e ADPF 600/PR. Importante ressaltar, que nestas situações não se está violando tão somente os direitos humanos da população LGBTQIAP+, mas da sociedade em geral, especialmente das crianças e

adolescentes em fase formação escolar que estão sendo impedidos de ter acesso à uma educação integral, plural, diversa, inclusiva e humanizadora.

Em destaque, tem-se arguição de descumprimento de preceito fundamental 600 com pedido de medida cautelar, proposta, originalmente, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e pela Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais (ANAJUDH LGBTI), em face da Emenda à Lei Orgânica n. 55, de 14 de setembro de 2018, que altera o artigo 165-A da Lei Fundamental do município de Londrina, Estado do Paraná, para proibir a adoção de conteúdos que adotem a “ideologia de gênero” nos ambientes escolares (BRASIL, 2019c).

Esclarecidos tais pontos, o exame do caso impõe que se examinem as seguintes questões: Os municípios detêm competência para legislar sobre políticas de ensino com o alcance aqui examinado? É possível suprimir conteúdos sobre gênero da educação escolar, à luz dos mandamentos constitucionais que tratam do direito à educação? Tal supressão é compatível com o direito à igualdade e com a doutrina da proteção integral, aplicável a crianças, jovens e adolescentes? Para o ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019c) as respostas são todas negativas. Assevera ainda o ministro que,

> Como já tive a oportunidade de explicitar, legislar sobre as diretrizes da educação significa dispor sobre a orientação e sobre o direcionamento que devem conduzir as ações na matéria. Tratar das bases do ensino implica, por sua vez, prever os alicerces que servem de apoio à educação, os elementos que lhe dão sustentação e coesão. Ocorre que a Constituição estabelece expressamente como diretrizes para a organização da educação: a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, do desenvolvimento humanístico do País, do pluralismo de ideias, bem como da liberdade de ensinar e de aprender. A norma impugnada veda a adoção de política educacional que trate de gênero. Suprime, portanto, saber das salas de aula e do horizonte informacional de crianças e jovens, interferindo sobre as diretrizes, que, segundo a própria Constituição, devem orientar as ações em matéria de educação. Ao legislar em tais termos, o Município dispôs, portanto, sobre matéria objeto da competência privativa da União sobre a qual deveria se abster de tratar. Além disso, estabeleceu norma que conflita com a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), editada pela União, com base no exercício de tal competência privativa, e que prevê, além da garantia dos valores constitucionais acima elencados, o respeito à liberdade, o apreço

> à tolerância e a vinculação entre educação e práticas sociais como princípios que devem orientar as ações educacionais.

Desse modo, reforça o relator que, sequer seria possível defender que a norma atacada decorre apenas do exercício da competência normativa suplementar por parte do Município de Londrina. Ainda que se viesse a admitir a possibilidade do exercício de competência suplementar na matéria, seu exercício jamais poderia ensejar a produção de norma antagônica às diretrizes constantes da Lei 9.394/1996 (BRASIL, 2019c). Assim, há plausibilidade na alegação de violação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, quer porque os Municípios não detêm competência legislativa, nem mesmo concorrente, para dispor sobre diretrizes do sistema educacional quer porque, ainda que se admitisse sua competência para suplementar as normas gerais da União na matéria, a lei municipal jamais poderia conflitar com essas últimas.

Quanto à teoria da proteção integral mencionada em um dos questionamentos pelo relator, tem-se como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Dessa forma, em linhas gerais, o princípio da proteção integral norteia a ideia de construção de um ordenamento jurídico totalmente voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente, o que está teoricamente previsto na Carta Magna brasileira.

Nesse sentido, compreende CUSTÓDIO (2015):

> O princípio da proteção integral é decorrente do reconhecimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes como direitos fundamentais e tem por objetivo o desenvolvimento físico, psicológico, moral, espiritual e social da criança e do adolescente em condições de liberdade e dignidade, considerando a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. A responsabilidade quanto à efetivação e garantia de tais direitos é compartilhada pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo poder público que devem prover por todos os meios sua realização.

Ainda em reflexão ao pensamento do autor, podemos compreender que dessa forma se reconhece a vinculação dos direitos fundamentais à teoria da proteção integral e aos princípios do garantismo jurídico. No entanto, para que haja uma real efetivação desses direitos, deve estar a mesma orientada por outros princípios,

como: a descentralização, a desjudicialização, a prioridade absoluta, a despoliciação e a democratização (CUSTÓDIO, 2015).

A educação sexual, por exemplo, nada mais é que proteção integral da criança e do adolescente, que com acesso à informação, pode evitar violações de seus direitos como nos casos de abuso sexual. Abusos esses, que quase sempre ocorrem na intimidade familiar e raramente são denunciadas.

É importante considerar, ainda, que os alunos são seres em formação, que experimentam a sua própria sexualidade, que desenvolvem suas identidades de gênero e que elas podem ou não corresponder ao padrão cultural naturalizado. A educação sobre o assunto pode ser, assim, essencial para sua autocompreensão, para assegurar sua própria liberdade, sua autonomia, bem como para proteger o estudante contra a discriminação.

Nessa linha, deve-se ter em conta que o art. 227 da Constituição (BRASIL, 1988) assenta o princípio da proteção integral da criança, do adolescente e dos jovens, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de lhes assegurar todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, entre os quais se destacam: o direito à educação, à liberdade e à proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, destacam CUSTÓDIO e VERONESE (2009, p. 141), que o “sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente foi constituído com base em princípios norteadores da ação estatal, tais como a descentralização, o reordenamento e a integração operacional do sistema”. Todavia, ainda que existam ferramentas integradas, na lógica de uma gestão com compartilhamento de responsabilidades, visando a efetivação desses direitos, há um longo caminho a percorrer, segundo autores.

Os problemas são inúmeros, como a questão denunciada neste julgamento em análise. Identificando-se se à luz da teoria da proteção integral, que realidade brasileira tem se agravado nos últimos. A quantidade de ADPFs ajuizadas nesse caso, por exemplo, decorrentes da pulverização de atos discriminatórios contra a

população LGBTQIAP+ por todo o Brasil, inclusive por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, sem considerar as ações referentes à esfera privada; em ataque às minorias sexuais e de gênero mesmo quando crianças e adolescentes, confirmam o abismo entre a teoria de proteção integral e seus efeitos na realidade empírica brasileira.

Afirma o relator no seu voto, que em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, dos adolescentes e dos jovens, a Constituição sujeita-os a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Educar jovens sobre gênero integra tal regime especial de proteção porque é fundamental para permitir que se desenvolvam plenamente como seres humanos (BRASIL, 2019c). Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos ou praticar doutrinação sobre o assunto. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade, as distintas identidades e protegê-los contra a discriminação e a violência. Segundo o relator,

> A escola não pode ser um palco de mentiras no qual não entre em cena uma parte importante da vida: a dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. E os dados mostram que aqueles e aquelas que chegaram à universidade lidam melhor com essa realidade do que todos aqueles que param nas primeiras séries do ensino formal. É fundamental investir em uma revisão do currículo e das relações escolares, privilegiando a igualdade entre os sexos e as expressões de gênero. Não bastasse o exposto, a escola, ao lado da família, é identificada como um dos principais espaços de discriminação e de estigmatização de crianças e jovens transexuais e homossexuais.

Nesse sentido, o mero silêncio da escola na matéria, a não identificação do preconceito, a omissão em combater a ridicularização das identidades de gênero ou em ensinar o respeito à diversidade é replicadora da discriminação e contribui para a consolidação da violência às crianças homo e trans. Com suas bases emocionais fragilizadas, travestis e transexuais na escola têm que encontrar forças para lidar com o estigma e a discriminação sistemática e ostensiva.

Expostas a sistemáticas experiências de chacota e humilhação e a contínuos processos de exclusão, segregação e guetização, são arrastadas por uma rede de exclusão que vai se fortalecendo, na ausência de ações de enfrentamento ao estigma e ao preconceito, assim como de políticas públicas que contemplem suas

necessidades básicas, como o direito de acesso aos estudos, à profissionalização e a bens e serviços de qualidade em saúde, habitação e segurança (PERES, 2004, p. 121).

Também expressiva e que teve como relator o ministro Alexandre de Moraes, foi a ADPF 457 proposta pelo Procurador-Geral da República, com pedido de medida cautelar, em que se questiona a constitucionalidade ou não da Lei Municipal 1.516/2015, do Município de Novo Gama-GO, que proíbe a utilização em escolas públicas municipais de material didático que contenha “ideologia de gênero”.

Sob a ótica material, ao vedar a divulgação de material com referência a ideologia de gênero, estabelecer normatização correlata concernente à censura desses materiais, estender a proibição aos materiais que fazem menção ou influência ao aluno sobre “ideologia de gênero” e aos que foram recebidos mesmo que por doação. A referida lei impugnada violou os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, regentes da ministração do ensino no País, amplamente reconduzível à proibição da censura em atividades culturais em geral e, consequentemente, à liberdade de expressão (BRASIL, 2020b).

Nos dispositivos da Lei municipal impugnada, está presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato. A lei pretende interditar o conteúdo que se pretende supostamente prejudicial num contexto de aprendizagem, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição. Por outro lado, considerando que a Lei municipal adere à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia (LIONÇO; DINIZ, 2009).

Da mesma maneira, fundamentou com a Organização das Nações Unidas que editou o documento “Nascidos Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” (Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law), no qual

aponta os “cinco principais tópicos” para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero (ONU, 2020).

No mesmo sentido, volta a reforçar o STF nesse julgamento a importância do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2017), ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo. Reconhecer a identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans . O que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direto à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social; assim como o direito à liberdade de expressão.

Dessa forma, em análise desses julgados a partir das categorias propostas, fica evidente o direito das crianças e adolescentes à uma educação plural, diversa e inclusiva como o bem jurídico tutelado desses ajuizamentos de ADPFs sobre o tema. E que possui como pontos centrais constitucionais defendidos o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e combater toda e quaisquer outras formas de discriminação. Cumulado ao direito da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Associado ainda ao fundamento constitucional de que o ensino será ministrado com base nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Como resultados e direitos aferidos nessas ADPFs, se tem basicamente o entendimento da Suprema Corte brasileira da plausibilidade da inconstitucionalidade formal e material das mesmas. Ressaltando nos acórdãos que o perigo na demora é igualmente inequívoco, uma vez que a norma compromete o acesso imediato de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral.

E por esse motivo, tendo por base o terceiro critério de análise, que trata do aporte teórico sobre diversidade sexual e gênero na visão e discussão jurídica interdisciplinar, parece atender o STF atender a esse requisito no desenvolvimento das fundamentações desses julgados. Especialmente, por discorrer por exemplo, ao longo dos votos perspectivas doutrinárias sobre: conceitos de sexo, gênero e orientação sexual; competência legislativa da União para dispor sobre educação; a educação como instrumento de transformação cultural e de promoção do direito à igualdade; a escola e a diversidade de gênero; as leis municipais que previam a proibição de divulgação de material com informação de ideologia de gênero em escolas municipais; além do debate sobre questões de gênero e sexualidade nas escolas e o dever estatal de promover políticas públicas de igualdade e não discriminação.

Quanto à análise da última categoria é importante destacar, a visível preocupação dos ministros, principalmente os relatores dos casos expostos, com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na proteção dos Direitos Humanos da população LGBTQIAP+ e a responsabilidade do STF na concretização dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Por diversas vezes mencionam as recomendações da Organização das Nações Unidas para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais em razão de orientação sexual e identidade/expressão de gênero; os Princípios de Yogyakarta; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; bem como Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sendo possível compreender que mesmo sendo ações de controle de constitucionalidade distribuídas aleatoriamente para diferentes relatores, existe uma

uniformização da jurisprudência nessas decisões. O que sinaliza nesse cenário, uma ideia de consolidação de entendimento sobre a matéria de diversidade sexual e gênero do STF, que é hipótese desta pesquisa.

No segundo ponto de que trata esse subcapítulo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADI 5.668. Na ocasião, pede ao STF interpretação conforme a Constituição Federal ao Plano Nacional de Educação (aprovado pela Lei 13.005/2014). Reconhecendo assim o dever constitucional das escolas públicas e particulares de prevenir e coibir o *bullying*[47] LGBTfóbico. Discriminações pautadas na diversidade sexual e de gênero das crianças e adolescentes, bem como de respeitar os direitos de jovens LGBTQIAP+ no ambiente escolar. A lei tem como objetivo dar cumprimento ao artigo 214 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A ADI foi distribuída ao ministro Edson Fachin em março de 2017.

O inciso II do artigo 2º da lei prevê, entre as diretrizes do plano, a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação, de maneira genérica. O plano prevê uma série de metas e estratégias, entre elas o acompanhamento do acesso, permanência e aproveitamento escolar dos beneficiários de programas de transferência de renda, bem como das situações de discriminação, preconceitos e violências na escola, visando ao estabelecimento de condições adequadas para o ensino, em colaboração com as famílias e com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, adolescência e juventude.

Para o partido, é preciso combater a noção de que a escola funciona como uma espécie de “curso técnico” voltado à aprovação de adolescentes no vestibular ou no Enem. Isso porque, sustenta o PSOL, a escola deve ensinar crianças e adolescentes a conviverem com a diversidade, em uma sociedade plural, e, com isso, a respeitarem pessoas com características distintas das suas. O partido afirma que parlamentares contrários aos direitos humanos da população LGBTQIAP+

[47] *Bullying* é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos às vítimas. Ocorre realmente na escola. O termo surgiu a partir do inglês *bully*, palavra que significa tirano, brigão ou valentão, na tradução para o português (BRASILESCOLA, 2022).

conseguiram retirar dos Planos Nacional, Estaduais e Municipais de Educação menções ao enfrentamento das discriminações por gênero, identidade de gênero e orientação sexual também pelas escolas (BRASIL, 2017).

O autor da ADI acrescenta que o papel da escola, é no mínimo o de coibir a prática do *bullying* contra os alunos em geral. Sempre com especial atenção aos alunos integrantes de minorias e grupos vulneráveis. Como no caso em questão, as minorias sexuais e de gênero. Afirma ainda, que:

> É preciso que a sociedade em geral e as escolas em particular respeitem essas crianças e adolescentes que não se enquadram na heterossexualidade cisgênera. É obrigação do educador promover o respeito à diversidade e não fomentar a segregação. Ou seja, as crianças e adolescentes que não sentem atração por pessoas do gênero oposto (‘não-heterossexuais’) e que se identificam com o gênero socialmente atribuído a si em razão de sua genitália (‘não-cisgeneridade’) (BRASIL,2017).

O autor pede liminar para que escolas públicas e particulares se abstenham de reprimir crianças e adolescentes que manifestam comportamentos entendidos como de pessoas homossexuais, bissexuais, assexuais, travestis, transexuais ou intersexos, respeitando a identidade de gênero de crianças e adolescentes que queiram ser identificadas e tratadas de acordo com o gênero com o qual se identificam. De forma muito pontual e cirúrgica, a ADI 5668 discute a partir da inicial, sobre a homotransfobia perpetrada nas escolas que constitui fato notório, gerando o gravíssimo problema de evasão escolar, em que estas crianças e adolescentes trans fogem da opressão cotidianamente vivida nas escolas e em casa por ser um sofrimento imensurável ser tratado por um gênero com o qual não se identifica.

O fato é que, ao se fechar os olhos à realidade empírica e quem se recusa a reconhecer a notória existência de crianças e adolescentes LGBTQIAP+, cria um ambiente propício para a notória situação de discriminação social que tais crianças e adolescentes sofrem nas escolas. Daí a necessidade de se impor, às escolas, que coíbam as discriminações por gênero, identidade de gênero e orientação sexual (BRASIL, 2017). Justifica-se assim, a que a Suprema Corte reconheça o dever constitucional das escolas prevenirem e coibirem todas as formas de *bullying*

discriminatório, em especial aquelas contra minorias e grupos vulneráveis vítimas de histórica discriminação.

Grupos vulneráveis são aqueles que sofrem discriminação social do restante da sociedade sem deter o poder jurídico necessário para alterar esta situação por conta própria. Trata-se do elemento da não-dominância. Ele não é suficiente para conceituar juridicamente as minorias, pois “o elemento da não-dominância per se é o que igualmente caracteriza os chamados ‘grupos vulneráveis’” (WUCHER, 2000, p.46). Portanto, percebe-se que os grupos vulneráveis constituem um gênero do qual o conceito jurídico de minorias constitui espécie, pois toda minoria jurídica é um grupo vulnerável, mas nem todo grupo vulnerável constitui uma minoria jurídica.

Nesse sentido, VECCHIATTI (2012, p.12) define minoria como,

> [...] o grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em uma posição não-dominante, cujos membros possuem características que diferem daquelas da maioria e que são discriminadas socialmente por conta de sua diferença em relação à maioria, tenham ou não um senso de pertencimento/solidariedade direcionado à preservação de sua identidade minoritária (senso este que só deve ter relevância para fins de ações afirmativas e não para medidas antidiscriminação

Logo, é inegável que as minorias sexuais e de gênero se enquadram no conceito sociológico de minorias. Enquanto grupos que, além de numericamente minoritários, são merecedoras de específica proteção jurídica do Estado, na medida em que sofrem opressões discriminatórias que outros grupos não sofrem, a saber, as discriminações por orientação sexual (minorias sexuais) e por identidade de gênero (minorias de gênero) (BRASIL, 2017). No mínimo, grupos vulneráveis são e merecem, assim, proteção do Estado por força do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de proteção insuficiente.

Em matéria juntada na referida ação[48], “na escola, o preconceito de gênero manifesta-se com mais força do que todos os outros, inclusive de cor e [orientação] sexual” (CAMARGO, 2012), com humilhação de meninas por meninos, consoante pesquisa encomendada pelo Ministério da Educação (MEC), em 2010.

Aqui surge o sério problema do *bullying* homofóbico e transfóbico, com a perseguição de crianças e adolescentes LGBTQIAP+. Ao passo que as pessoas intersexos sofrem preconceitos e discriminações similares com aqueles direcionados a travestis e transexuais, na medida em que sua identidade de gênero é distinta daquela que lhes foi designada (por vontade e por intervenção cirúrgica) quando de seu nascimento. Podendo se extrair da exordial da ADI 5.668 que:

> Logo, é preciso que a sociedade em geral e as escolas em particular respeitem essas crianças e adolescentes que não se enquadram na heterossexualidade cisgênera. Ou seja, as crianças e adolescentes que não sentem atração por pessoas do gênero oposto (“não-heterossexuais”) e que se identificam com o gênero socialmente atribuído a si em razão de sua genitália (“não-cisgeneridade”). Aqui entra o papel do professor. É preciso superar o senso comum que aparentemente entende que as escolas deveriam se limitar a fornecer um ensino técnico direcionado à aprovação das pessoas no vestibular. A função da escola é muito superior a essa. A escola tem o dever legal e constitucional de garantir a convivência das pessoas com a diversidade, ensinando crianças e adolescentes a respeitarem ou, no mínimo, tolerarem o próximo, sem discriminá-lo ou ofendê-lo de qualquer forma (BRASIL, 2017).

---

[48] Com base no resultado da pesquisa, o MEC decidiu ampliar os cursos sobre gênero e orientação sexual oferecidos regularmente aos professores da rede pública. Trata-se de uma questão complexa, porque exige uma mudança cultural. ‘A escola, tanto a pública quanto a particular, deve ser proativa para superar os preconceitos que constrangem as liberdades das mulheres’, afirma André Lázaro, pesquisador da Universidade Federal do Rio de Janeiro e ex-secretário Nacional da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do MEC. Essa proatividade é a chave da questão. Não existem lições de igualdade eficazes se ficarem apenas no discurso. Assim como em qualquer outra área da educação, vale o exemplo. Atitudes sexistas tidas como normais – como segregar meninos e meninas – têm a força de mil palavras. De acordo com os especialistas, as escolas devem trazer o tema à tona sempre que possível e evitar reproduzir em sala os estereótipos da sociedade. ‘É preciso vencer a inércia, pois os professores começam a fazer escolhas cotidianas sem questionar quanto são preconceituosas’, reforça Cláudia Tricate, psicóloga educacional, de São Paulo. Claudia dirige uma escola que recentemente construiu um mini salão de beleza, parte de um ambiente lúdico que imita uma cidade, e estimulou a participação de meninos e meninas, que, segundo ela, se divertiram igualmente no espaço. Graças a esforços como esse, surgem alguns avanços. Há dez anos, ao analisar a forma como os jovens enfrentam conflitos na escola, Isabel Leme, pesquisadora do Instituto de Psicologia da USP, identificou uma tendência das meninas a não reagir. ‘Felizmente, esse traço de submissão vem se modificando’, afirma Isabel, que segue acompanhando o tema. Entre as meninas, é mais comum tentar negociar a resolução dos problemas, colocando-se melhor e dialogando. O mesmo deveria ser estimulado entre meninos, mas para eles continua valendo o ‘te pego lá fora’. Também começam a rarear no universo pedagógico as clássicas frases ‘isso é coisa de menino’ ou ‘de menina’. Mas ainda há muito a ser feito (CAMARGO, 2012).

Portanto, o papel do professor é o de, no mínimo, coibir a prática do *bullying* contra os alunos em geral, com especial atenção a alunos integrantes de minorias e grupos vulneráveis. E escolas deveriam ter necessariamente disciplinas durante toda a formação das crianças e dos adolescentes sobre diversidade e inclusão.

Evidentemente, de acordo com a idade dos alunos, com um ensino de forma lúdica para os mais novos. Tudo sob a fiscalização do Ministério da Educação (MEC), aprovando normas de obrigatório cumprimento por escolas (e universidades) em geral, o que garante o controle democrático *(accountability)*[49] (BRASIL, 2017). Mas sempre ensinando o respeito àqueles diferentes de si. Lembrando que todo e qualquer professor, de qualquer disciplina, tem o dever legal e constitucional de coibir discriminações dos alunos entre si.

A principal crítica que se faz à análise desse julgamento para a tese, é quanto ao fato do acórdão ainda não existir, mesmo com a relevância da matéria. Muito embora o autor da ADI pedir liminar para que escolas públicas e particulares se abstenham de reprimir crianças e adolescentes que manifestam comportamentos entendidos como de pessoas homossexuais, bissexuais, assexuais, travestis, transexuais ou intersexos, respeitando a identidade de gênero de crianças e adolescentes que queiram ser identificadas e tratadas de acordo com o gênero com o qual se identificam. Até o presente momento a ADI 5.668 ainda não foi julgada.

Tanto é a necessidade de urgência do objeto desta demanda, que o ministro relator Edson Fachin em menos de 4 meses (julho de 2017) já havia despachado

---

[49] Accountability é um conjunto de mecanismos que permitem que os gestores de uma organização prestem contas e sejam responsabilizados pelo resultado de suas ações. O termo accountability não tem uma tradução específica para o português, mas pode ser relacionado com responsabilização, fiscalização e controle social. Esse termo pode ser aplicado em organizações privadas, mas é utilizado especialmente no contexto das organizações públicas e é um conceito importante quando se fala em participação democrática. O exercício da accountability na gestão pública tem como objetivo reduzir os riscos da concentração de poder e garantir que a população participe da tomada de decisão dos governos. Isso contribui para uma gestão democrática e exige que os gestores públicos sejam transparentes com a sociedade em relação ao seus atos.Ora, se os recursos públicos são provenientes da sociedade, nada mais justo que os cidadãos tenham conhecimento sobre como o dinheiro de seus impostos está sendo investido. Assim, os agentes públicos e as organizações como um todo devem mostrar para a população quais são as políticas públicas desenvolvidas, onde os recursos estão sendo utilizados e quais os resultados dessas ações para a sociedade (POLITIZE, 2021).

para que a Defensoria Pública do Distrito Federal, a ANTRA e ANAJUDH-LGBTI como amicus curiae, facultando-lhes a apresentação de informações, memoriais escritos nos autos e sustentação oral por ocasião do julgamento da presente ADI. Mesmo assim, a referida ação de controle de constitucionalidade só entrou na pauta para julgamento muito posteriormente, marcada a sessão de votação para 11/11/2020, ou seja, mais de 3 anos do reconhecimento da relevância e necessidade de julgamento célere da demanda.

No dia 04/11/2020, uma semana antes do julgamento, o presidente do STF, ministro Luiz Fux, suspendeu a votação da Suprema Corte sobre o referido tema e desde então não remarcou a pauta, o que desse dia até hoje já faz mais de 1 ano. Cumulando no total até o presente momento, desde o ajuizamento da ADI 5668, quase 5 anos de inércia do STF sobre um tema tão importante e necessário para o sistema educacional brasileiro e para a proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes LGBTQIAP+ no ambiente escolar. Principalmente em decorrência da omissão do Congresso Nacional brasileiro em regulamentar o tema, bem como do Governo federal em instrumentalizar políticas públicas prestacionais educativas ou de inclusão social na atual gestão.

Dessa forma, resta prejudicada a análise completa dos critérios utilizados para mapeamento desses julgados, visto que não se tem como mensurar resultados e direitos aferidos, nem a visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico). Menos ainda, quanto à relação da decisão do STF (que não existe) com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero. Sendo possível apenas identificar a integridade física, moral, psicológica e patrimonial de crianças e adolescentes LGBTQIAP+ como o bem jurídico tutelado.

Podendo-se apenas, em análise da exordial da ADI 5.668 protocolada no STF, identidicar a principal tese constitucional defendida: a consagração do princípio da integral proteção de crianças e adolescentes, onde Estado e sociedade (portanto, também as escolas) têm o dever de proteger crianças e adolescentes de toda forma

de violência, negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão – o que significa a obrigação da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo do *bullying.*

3.4 Pessoas trans: direito à alteração do prenome e sexo no registro civil, direito à dano moral e cumprimento de pena em local correspondente ao seu gênero

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O contexto trata dos julgamentos da ADI 4275, que teve como ministro relator Edson Fachin e o do RE 670422, que teve como relator o ministro Dias Toffoli. Em ambos os casos, a questão constitucional em jogo envolve definir a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 consentânea com a Carta Federal, relativamente à possibilidade de transexuais alterarem o registro civil de nome e gênero.

A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade.

Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos, que se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, sendo imperativo, o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se desta forma, os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária.

Para o relator, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que representa restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana.

O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero (BRASIL, 2018b).

Para o ministro Dias Toffoli,

> Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo “transexual”. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a

> alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos (BRASIL, 2018b).

Como relator da ADI 4275 (BRASIL, 2018a), o ministro Edson Fachin demonstra preocupação em se alinhar ao Direito Internacional na proteção da população LGBTQIAP+, quando afirma que é nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Reforçando a ideia de que os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero autopercebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos:

> a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais (BRASIL, 2018a).

Observa-se que, tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.

Para o STF, a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo “transexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública (BRASIL, 2018b). Dessa forma, atende-se o desejo da pessoa de ter reconhecida

sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança que regem o sistema registral.

Para o ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018a), a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

Nesse sentido, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2017), assentou que é possível sustentar que os Estados têm em princípio uma possibilidade para determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação de nome e, se for o caso, da referência ao sexo/gênero e a imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se ajusta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é que é de natureza materialmente administrativa ou notarial, dado que o processo de caráter jurisdicional eventualmente podem incorrer, em alguns Estados, em excessivas formalidade e demoras que se observam nos trâmites dessa natureza.

De fato, se a livre expressão da identidade de gênero desonera a pessoa de provar quem é, a via para a adequação de sua identidade nos assentos públicos pode ser administrativa ou judicial, não sendo esta imperativa. No Brasil, porque o procedimento constante do art. 109 da Lei 6.015/1973 exige documentação e instrução probatória, não é ele instrumento indispensável para a retificação do nome, devendo o oficial de registro proceder, se assim o desejar a pessoa, nos termos do art. 110:

> O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público (...) (BRASIL, 2018a).

Em caso de dúvida, poderá o oficial ou as partes suscitá-la ao juiz, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/1973.

As travestilidades e transexualidades sempre existiram na história humana. A não identificação com o sexo de nascimento coloca as mulheres trans dentro desse parâmetro e tendenciam essa disparidade. A escolha pela transformação do corpo desses indivíduos, passa a ser dificultada por uma sociedade abarrotada de preconceitos, julgamentos e violência desde a infância e adolescência, pois são consideradas desviantes do binarismo dominante e que partem inicialmente e na maioria dos casos, das próprias famílias das pessoas trans.

Nesse cenário, o tema transexualidade nunca se sobressaiu tanto. Identidade social, modificações corporais, acesso à saúde e patologizações. Embora tanto se fale sobre identidades de gêneros, a discussão quanto à alta demanda de políticas públicas de inclusão de gênero, especialmente dentro do sistema prisional brasileiro, é assunto recente em pauta. A demanda cresce a cada dia mais e o que se vê de resposta dos órgãos competentes para solucionar tal problemática é a inércia e a omissão.

Os problemas não param no âmbito social. Quando se fala de sistema carcerário, é inviável desviar o pensamento das celas abarrotadas de presos, situações de higiene precárias, desrespeito às próprias normas penais, desrespeito ao conceito de humanidade e sem a possibilidade de ser exercido o caráter restaurativo da aplicação da sanção penal. Se o cenário já é horrível nessa descrição, quando se analisa o que passam as mulheres trans dentro de um presídio masculino têm-se a real identificação do conceito de desumanidade.

Diante do retratado, se veem pessoas alocadas em lugares que não condizem com a sua realidade vivenciada, sofrendo os mais diversos tipos de abusos. Abusos físicos, psicológicos, morais. Seres humanos que não tem apenas sua liberdade privada, mas toda a sua existência e a sua essência. Seus cabelos cortados, suas roupas adaptadas ao cenário masculino, seus corpos que passavam por

transformações de adaptação vão se perdendo, assim como a sua feminilidade, uma vez que em muitos casos as mulheres trans são privadas do uso de seus hormônios.

Os direitos e garantias fundamentais das presidiárias trans são fortemente agredidos no tocante à realidade vivenciada. A situação de miserabilidade que se encontram nesses locais, com celas excedendo o número de presos homens que as violam usando seus corpos como se fossem objetos. Corpo objeto sexual, objeto para o tráfico de drogas. Elas veem suas individualidades desrespeitadas a ponto de muitas tirarem a própria vida por não aguentarem a situação que vivenciam cotidianamente, ou quando são tão negligenciadas que suas vidas são tiradas pelas mãos de outrem.

Em verificação das categorias de análise aqui propostas quanto ao julgados apresentados, em ambas situações o bem jurídico tutelado é o mesmo: o direito à identidade de gênero. Como principais teses de sustentação das referidas demandas no âmbito constitucional têm-se: o princípio da dignidade da pessoa humana; o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; da inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e o princípio da igualdade.

Importante ressaltar que, já nesse primeiro critério e de forma inovadora até então, os relatores já sinalizam que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; gerando uma clara uniformidade das decisões inclusive, com o objeto da última categoria de análise desta tese, a conexão com o direito internacional.

No que tange aos resultados e direitos aferidos, o entendimento do STF foi de prover a alteração do registro civil segundo a identidade de gênero, sem anotação da condição transexual, pela inviolabilidade constitucional do direito à personalidade, à luz do princípio da dignidade da pessoa, da solidariedade e não discriminação, da igualdade material e da universalidade dos direitos fundamentais. Assegurando à

pessoa humana, na condição de transgênero, a alteração do prenome e do sexo originariamente lançados no registro civil de nascimento, segundo aqueles com os quais se identifica, por autodeclaração, na via administrativa (cartorária), independentemente de prévia autorização judicial.

Quanto ao critério sobre visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico); ambos julgados demonstram preocupação em suas fundamentações com essa reflexão quando discorrem doutrinariamente, por exemplo, sobre pessoa transgênero: direito à alteração do prenome e do sexo no registro civil; requisitos para alteração do prenome e do gênero nos assentos públicos; possibilidade de adequação da identidade nos assentos públicos pela via administrativa; diferenças entre sexo, orientação sexual e identidade de gênero; bem como do caráter sigiloso da alteração do prenome e do sexo.

Por fim, quanto à relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero; os julgados estão ricos de fundamentação com fonte no direito internacional. Se confirmando a hipótese de conexão quando nas estruturas dos acórdãos são encontradas as seguintes menções: Princípios de Yogyakarta, Pacto de São José da Costa Rica, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Importante ao estudo proposto para esse subcapítulo, foi a análise do RE 845779 quanto ao cabimento de dano moral quando o fato envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O processo revela ação de indenização, por danos morais, ajuizada por transexual contra um shopping center, ao fundamento de que teria sido impedido de entrar em banheiro de uso comum destinado ao público feminino e, devido ao

nervosismo acarretado pela situação, não conseguiu controlar as necessidades fisiológicas, fazendo-as nas roupas. Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa. Requereu, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta-se que o tema debatido no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, possuindo relevância social e jurídica, pois envolve reconhecer a indivíduo integrante de uma minoria o direito a uma vida digna. Portanto, a subsistência do acórdão recorrido que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas pelo STF, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais.

Nesse sentido, afirma o ministro relator que:

> E, não bastasse, a mantença da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito. Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente (BRASIL, 2014).

Importante ressaltar nesse estudo, que o caso em questão, envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil.

Verifica-se na decisão em análise que, para a Suprema Corte brasileira (BRASIL, 2014), o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. E que as teses ora discutidas se inserem na órbita de uma das

missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias.

A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Lembrando ainda que o caso em questão não é isolado. Assim, a decisão proferida no RE 845779 poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário; ultrapassando evidentemente os interesses subjetivos da causa.

De forma não tão complexa, mas nem por isso menos importante, foi possível identificar as categorias de análise no acórdão referido; visto que o ministro relator Luís Roberto Barroso, para além de proximidade com o tema é bastante didático e objetivo neste voto. Sendo o bem jurídico tutelado nesse caso, é o direito de personalidade à luz da dignidade humana. Por esse motivo, as principais teses defendidas constitucionalmente e que se destacam no julgamento são sobre princípio da igualdade, assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Para além disso, o fundamento da CRFB/88 de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente; sempre norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Como direito aferido, o STF entendeu que as transexuais têm direito a serem tratadas socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público. E que, em relação ao caso concreto, dava provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente manutenção da sentença, que condenou a ré a indenizar a parte autora pelos danos morais sofridos, restabelecendo-se a indenização fixada na ocasião.

Sobre o aporte teórico da visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero, o julgamento confirma essa relação quando

entende que cabe o dano moral justamente pelo fato envolver a projeção social da identidade sexual do indivíduo. Quando principalmente, além de redigir um capítulo sobre terminologias para diferenciar sexo, gênero e orientação sexual, cria um capítulo no seu voto para tratar de alguns dados, casos e premissas.

Capítulo esse, que discute por exemplo no acórdão, o fato dos transexuais serem uma das minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade; e da incompreensão, o preconceito e a intolerância que acompanham os transexuais durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social.

Finalizando esse critério, se extrai facilmente do referido voto, que é possível que a convivência social e a aceitação (ou respeito) de identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido geram estranheza e até constrangimento em grande parte das pessoas. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo.

“Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais - de quem quer seja, qualquer que seja sua identificação de gênero”, afirma o relator. Certamente um dos votos mais completos e educativos sobre teoria de gênero do STF e talvez o mais emblemático quanto à essa categoria de análise.

Excepcionalmente quanto ao critério de análise sobre a relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero, o ministro relator não debruça sua fundamentação deste voto no âmbito do direito internacional.

O curioso e talvez mais interessante do seu voto quanto a esse aspecto, é que se analisarmos todas manifestações feitas e as que faria depois desse caso pelo ministro Luís Roberto Barroso sobre diversidade sexual e gênero; quase sempre o mesmo fez/faria menção aos tratados e recomendações internacionais, inclusive pelo fato do Brasil aderir aos mesmos.

É perceptível o voto altamente direcionado para a fundamentação teórica sobre diversidade sexual e identidade/expressão de gênero como uma estratégia proposital. Dessa forma, de modo muito teleológico e inteligente, preencher eventuais lacunas teóricas sobre o tema que tenham ficado ao longo das decisões do STF até aquele momento sobre assunto. Além disso, consolida o entendimento da Suprema Corte sobre o tema para julgamentos futuros ao qual teriam que se manifestar em sede de jurisdição constitucional sobre violação de direitos humanos da população LGBTQIAP+.

No entanto, pode-se afirmar que o julgamento no geral não carece de fundamentação quanto a esse último critério de análise, pois outros ministros que também votaram com o relator supriram esse eventual déficit, o que na visão desse autor, realmente foi proposital por ter o relator, como objetivo maior, atender ao critério já mencionado no parágrafo anterior.

Dessa forma, merece destaque no seu voto quanto à essa última categoria, o ministro Edson Fachin quando, dentre os inúmeros aportes teóricos trazidos, faz referência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) que registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente. Faz também referência ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto ao combate à todas as formas de discriminação.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Ademais, afirma por fim o ministro, que não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. Tornando dessa forma o julgamento completo quanto às categorias de análise deste estudo.

No caso específico do julgamento do Habeas Corpus (HC) 152.491, que teve como relator o ministro Luís Roberto Barroso, discutiu-se o cumprimento de pena das mulheres trans em presídios femininos. Problematizou-se a instrumentalização de garantias de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, diante da falha gestão do sistema carcerário brasileiro e da inserção de mulheres trans em repartições que não condizem com a sua identificação de gênero, bem como a omissão dos Poderes Executivos e Legislativos em garantir políticas públicas inclusivas.

Diante disso, o STF aduz que essa omissão dos órgãos competentes estatais demanda ao Poder Judiciário a interpretação e aplicabilidade de normas condizentes com a realidade social atual, justificando assim sua maior atuação pela via do garantismo judicial e da proteção ao que a Constituição (BRASIL, 1988) apresenta como Direitos Humanos.

Em seu voto, o ministro relator afirma que neste habeas corpus, a parte impetrante sustenta a possibilidade, no caso, da fixação de regime inicial mais brando. Alega, ainda, a ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar. Destaca, por fim, que “o” paciente “travesti” “está “preso” em penitenciária masculina, sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais.

Com essa argumentação requer a concessão da ordem a fim de assegurar o direito da paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta no tribunal estadual. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto, ou, ainda, “em caso de rejeição de todos os pedidos – seja determinada a Secretaria de Administração Penitenciária, que, transfira a paciente para local adequado, posto que ela, a despeito de sua opção sexual, está presa em uma cela com 31 homens, quando a capacidade é apenas 12” (BRASIL, 2018c). Discorre ainda o relator que,

> A notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta 1, de 15-4-2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP [Secretária da Administração Penitenciária] 11, de 30-1-2014, do Estado de São Paulo. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o

> paciente (...) e o corréu (...) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais (BRASIL, 2018c).

Dessa forma, está evidente a preocupação do Supremo Tribunal Federal brasileiro com os critérios de análise deste trabalho, pois no inteiro teor da decisão percebe-se a menção ao bem jurídico tutelado. Note-se que, a menção no masculino dá ré e corré na manifestação do ministro, se dá justamente pelo protocolo do HC não ter sido feito no nome social das pacientes, mas sim no nome de registro; o que já denota uma falta de preparo do sistema de justiça no respeito à diversidade de forma inclusiva.

O interessante nesse julgamento é que pela natureza do remédio constitucional, imagina-se que o único bem jurídico tutelado do HC 152.491 é somente a liberdade de locomoção. Liberdade essa que no caso específico foi denegada em virtude do delito cometido inclusive. Na realidade, a maior dimensão e inovação nesse bem jurídico que se visa proteger, está no direito de personalidade e identidade de gênero das rés pacientes do referido habeas corpus.

A construção de uma tese teleológica com as tomadas de decisões anteriores da própria Suprema Corte, corresponde ao segundo critério de análise; sendo cumulada para a fundamentação pretendida da Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, de 15-4-2014 e da Resolução 11 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, de 30-1-2014. Assim, como resultado e direito aferido de forma inédita na jurisprudência do STF, já que as rés foram incluídas em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais, se teve nas palavras do ministro relator “concessão da ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP para que coloque o paciente Pedro Henrique Paciente Polo (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais”.

Por fim, e de forma até decepcionante por assim dizer, quanto às categorias de análise sobre a visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico), bem como da relação das decisões do

STF com os compromissos brasileiros nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvam orientação sexual/identidade/expressão de gênero; o julgado é pobre e carece de fundamentação.

Poderia o ministro Luís Roberto Barroso ter desenvolvido estes pontos, até pelo domínio do tema, afinal, é uma decisão em nível de Corte Constitucional. No entanto, mesmo com esse evidente déficit teórico, não se desmerece o precedente original e inovador criado na jurisprudência do STF em combate à discriminação da população LGBTQIAP+ até na hora de cumprir a pena por um crime cometido.

3.5 Utilização do termo gênero nas relações internacionais e o direito à informação sobre orientação sexual e gênero na literatura infanto-juvenil

O primeiro caso trata de agravo regimental contra decisão que negou seguimento à reclamação (RCL) 37.231, diante da ausência de estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma indicado (ADI 4.275).

Na hipótese dos autos, a reclamante (Associação brasileira de gays, lésbicas e transgêneros) aduz que o Ministério das Relações Exteriores, ao determinar aos diplomatas brasileiros restrições quanto ao uso do termo ‘gênero’ no âmbito das negociações multilaterais, afrontou o decidido pelo STF na ADI 4.275. Um prazo de 10 dias foi dado na época pelo ministro Gilmar Mendes ao ministro das Relações Exteriores, o chanceler Ernesto Araújo, para que este prestasse informações ao STF.

Nesta ação (ADI 4.275), foi reconhecida a possibilidade aos transgêneros de alteração do nome e gênero no assento do registro civil, mesmo que não tenha sido realizado procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. O ministro Gilmar Mendes informou em seu despacho que apenas após receber as informações do chanceler iria decidir o pedido da liminar feito na reclamação.

Para o relator, ministro Gilmar Mendes, no julgamento do citado paradigma, o STF cingiu-se a reconhecer o direito da pessoa transgênero à alteração do prenome e do sexo no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico ou realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, com fundamento no direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Segundo o ministro, no caso dos autos, embora se discuta o respeito à identidade de gênero, a questão constitucional é distinta do paradigma indicado, na medida em que se trata de inúmeros atos relativos à efetivação da igualdade de gênero no plano internacional. Assim, não se verificou estrita aderência entre o ato reclamado e o assentado por esta Corte na ADI 4.275 para o relator, o que acarretou na inadmissibilidade da ação por ausência de pressuposto de cabimento necessário (BRASIL, 2020c).

Afirma Gilmar Mendes,

> Nas razões do agravo, sustenta-se que há estrita aderência entre o ato reclamado e o conteúdo da decisão-paradigma expressa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275. Aduz-se, ainda, que a ação possui todos os fundamentos necessários para a conversão da petição inicial da reclamação em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, reiteram-se os argumentos da inicial, no sentido de que o ato expedido pelo Ministério das Relações Exteriores resulta em violação aos direitos da população LGBTI e aos preceitos fundamentais garantidos por esta Corte na ADI 4.275 (BRASIL, 2020c).

No seu voto o relator reitera seu posicionamento acerca da capacidade de autodeterminação do indivíduo além do binarismo de gênero. Importe destacar que o exercício da liberdade de gênero constitui garantia fundamental de cada indivíduo que compõe a sociedade e nela busca o pertencimento e a concretização dos seus projetos de vida. Destaca ainda, que nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988) elencou um núcleo de proteção aos direitos fundamentais cujo objetivo é garantir o exercício da liberdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do livre exercício da individualidade de cada cidadão.

Nesse rol de direitos, encontram-se a orientação sexual e a liberdade de gênero, que são, igualmente, manifestações do exercício de uma liberdade fundamental e do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Dessa forma,

reafirma o relator o dever dos poderes constituídos de combater qualquer forma de descriminação de gênero, tanto no âmbito das instituições do Estado quanto na elaboração de políticas públicas. Assim, efetiva-se a proteção constitucional dos direitos das minorias numa sociedade plural (BRASIL, 2020c).

Todavia, mesmo com toda a fundamentação apresentada por ele, conforme já demonstrado pela decisão agravada, os atos reclamados devem possuir estrita aderência com os julgamentos proferidos por esta Corte e apresentados como paradigma na sua visão. E por um critério meramente formal, desconsidera questões maiores de violação dos direitos da população LGBTQIAP+ no âmbito do direito internacional.

O que parece ser uma visão menos liberal e progressista até mesmo quanto ao contexto de hermenêutica constitucional. Destoando da postura garantista que a Suprema Corte tem assumido na última década quando se trata de diversidade sexual e de gênero. Nesse ato, a forma superou o direito humano fundamental violado.

Diametralmente oposto ao engessamento pela formalidade do Ministro Gilmar Mendes, tem-se por exemplo, o voto do Ministro Edson Fachin. Que inclusive atenta para os critérios de análise deste trabalho, como o bem jurídico tutelado e discussões teóricas sobre diversidade sexual e de gênero; mas principalmente, e com destaque, lastreia sua fundamentação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAP+.

Fachin (BRASIL, 2020c) lembrou que a Associação reclamante argumenta, em apertada síntese, que o Ministério das Relações Exteriores, ao adotar tal instrução, orientou os representantes diplomáticos a utilizar o vocábulo gênero como referente tão somente ao sexo biológico feminino ou masculino e que tal conduta retira proteção e viola direitos da população travesti, transexual, intersexo, violando o entendimento esposado por esta Suprema Corte no âmbito do julgamento da ADI 4.275.

Importante destacar que a autora requereu a procedência da reclamação para determinar que o Ministério das Relações Exteriores expeça nova orientação aos representantes diplomáticos brasileiros, revogando a determinação anterior no sentido de que o termo gênero somente seja utilizado sob uma perspectiva biológica, porquanto isso viola o direito à igualdade sem discriminações, nele abrangido a identidade e/ou expressão de gênero.

Como pedido alternativo, requereu a aplicação do princípio da fungibilidade, de modo a conhecer a presente reclamação como ADPF. Lembrando que, conforme já mencionado anteriormente, o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento à reclamação, ao entendimento de que não houve estrita aderência entre o ato reclamado e o assentado por esta Corte na ADI 4.275.

A questão em debate, na presente reclamação, portanto, diz com saber se a orientação emanada do Ministério das Relações Exteriores, de apenas identificar com o vocábulo gênero o sexo biológico, viola o entendimento firmado na ADI 4275. E sobre isso, utilizando-se dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito do direito internacional, a posição do ministro Edson Fachin é oposta ao relator, veja:

> A resposta, em meu sentir, é afirmativa. Para compreensão da noção de identidade de gênero, conforme também referi no julgamento da ADI 4275, é extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2020c).

Além disso, também fundamentou com decisão da Corte Interamericana e discorreu que o reconhecimento da identidade de gênero é, portanto, constitutivo da dignidade humana. Essa foi a compreensão que orientou o julgamento do acórdão paradigma. Afirmar que o resultado prático daquele julgado tenha sido no sentido de assegurar o direito fundamental das pessoas transgênero ao registro civil não permite retirar desta compreensão o entendimento de que o vocábulo gênero engloba não apenas o sexo biológico. É inerente ao reconhecimento do direito fundamental ao registro civil das pessoas transgêneras brasileiras, baseado na autoidentificação, a tese de que a identidade de gênero constitui a dignidade

humana e é indissociável do direito à identidade (BRASIL, 2020c). E de forma contundente, divergindo do relator em defesa dos direitos da população LGBTQIAP+, Fachin afirma:

> O ato reclamado, consubstanciado na orientação do Estado brasileiro no sentido de que seus representantes diplomáticos vetem a utilização do termo gênero em documentos e negociações perante a ONU, portanto, desafia a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal, emanada do acórdão proferido na ADI 4275. O ato reclamado condiciona a expressão da identidade ao padrão biológico, restringindo gama diversa de manifestações apenas à condição de nascimento como homem ou como mulher, violando, ademais, direitos da população travesti, transexual e intersexo, reconhecidas por esta Suprema Corte no âmbito do julgamento da ADI 4.275. Ante o exposto, pedindo vênia àqueles que manifestam compreensão diversa, voto pelo provimento do agravo regimental e para julgar procedente a reclamação (BRASIL, 2020c).

Sendo assim, em síntese quanto às categorias de análise, pode-se extrair da Reclamação 37.231/DF que o bem jurídico tutelado é a dignidade humana da comunidade LGBTQIAP+. Tendo como a principal tese defensiva a contrariedade ao entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI 4.275 relativo à possibilidade de transexual alterar o registro civil de nome e gênero.

Dessa forma, como critério de análise sobre resultado e direito aferido, não se teve a suspensão dos atos administrativos do Itamaraty de abril a julho daquele ano e dirigidos a delegações diplomáticas em Genebra (Suíça) e Washington (EUA). Em virtude, principalmente, das instruções do Ministério das Relações Exteriores a diplomatas brasileiros no exterior para que reforçassem o entendimento do governo de que a palavra gênero significava o sexo biológico em negociações durante foros multilaterais.

Isso porque, para o STF no caso dos autos, apesar de a questão de gênero ser igualmente central, o fundamento constitucional é divergente do paradigma indicado pela recorrente. Trata-se de ato do MRE, no plano internacional, que, da forma como colocado, não viola a autoridade deste Tribunal. Sendo assim, não se verifica a estrita aderência necessária para o acolhimento do presente agravo.

Em linhas gerais quanto a visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico) e relação das decisões do STF

com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero; o STF não atendeu como deveria aos requisitos por não utilizar, como já demonstrado, como base teórica sua própria jurisprudência diante do julgamento da ADI 4.275 já analisada em subcapítulo anterior.

Dessa forma, infelizmente, a segunda turma do STF, por maioria, negou provimento ao agravo regimental na RCL 37.231, nos termos do voto do relator por entender não ser cabível reclamação constitucional ou discussão de política externa no Judiciário, vencidos os ministros Edson Fachin e Celso de Mello.

O segundo tema trata da RCL 36.742 ajuizada pela GL Events Exhibitions Ltda., organizadora da Bienal do Livro do Rio de Janeiro, em face de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos da (SL 1.248 / RJ), que suspendeu os efeitos de decisão de Desembargador do TJRJ que concedera medida liminar em mandado de segurança (SL 1.248 MC/RJ) para compelir a Prefeitura do Rio de Janeiro a se abster de buscar e apreender obras em função do seu conteúdo, notadamente aquelas que tratam do “homotransexualismo”. Aqui, notadamente a discriminação no termo, visto que o sufixo “ismo” significa doença e o “dade” modo de ser, o correto seria homotransexualidade.

Em síntese, o reclamante sustentou que a decisão questionada afrontou o disposto na ADPF 130 e, também, os entendimentos fixados na ADI 4.277 e na ADPF 132. Anotou que, com fundamento em suposta lesão à ordem pública, o Município do Rio de Janeiro restou autorizado a fiscalizar, verificar e apreender os livros comercializados na BIENAL que estejam em conflito com os princípios morais. Alegou que tal ato constitui ato de censura baseado em visão ideológica e religiosa, além de prática de racismo contra grupo vulnerável (BRASIL, 2019e).

O ministro relator Gilmar Mendes ao se manifestar monocraticamente diz:

> Deferi a liminar para que fosse determinada a suspensão os efeitos da decisão proferida pela autoridade coatora, impedindo-se a administração municipal de exercer qualquer tipo de fiscalização de conteúdo, ostensivamente ou à paisana, determinando ainda que: (i) abstivesse de apreender qualquer livro exposto na Feira Bienal do Livro, e em especial a

> publicação “Vingadores: A Cruzada das Crianças” e (ii) abstenha-se de cassar o alvará de funcionamento da Bienal do Livro. Dessa forma, como não mais subsistem os atos reclamados, julgo prejudicada a presente reclamação, ante a perda superveniente de seu objeto (BRASIL, 2019e).

Ao determinar de forma sumária o recolhimento de obras que tratem do tema da homotransexualidade de maneira desavisada para público jovem e infantil, a ordem da administração municipal consubstanciou-se em verdadeiro ato de censura prévia, com o nítido objetivo de promover a patrulha do conteúdo de publicação artística. Cabe registrar que, conforme informado nos autos, a própria entidade organizadora do evento já promovia a comercialização da obra em embalagens lacradas.

A insurgência do poder público parece não dizer respeito verdadeiramente à forma de acondicionamento do livro comercializado, mas sim ao seu próprio conteúdo, considerado pelo ato judicial como atentatório aos interesses públicos. Além de violar diretamente a proibição constitucional a qualquer tipo de censura prévia, a decisão reclamada também contraria frontalmente a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal ao veicular uma interpretação das normas do ECA calcada em uma patente discriminação de gênero.

Não há, portanto, como extrair do dispositivo legal voltado às publicações do público infanto-juvenil (art. 79 do ECA), correlação entre publicações cujo conteúdo envolve relacionamentos homoafetivos com a necessidade de “obrigação qualificada de advertência”. Referida obrigação que se localiza apenas para as publicações que, por si, são impróprias ou inadequadas para o público infanto-juvenil (art. 78 do ECA), não pode ser invocada para destacar conteúdo que não seja, em essência, dotado daquelas características, sob pena de violação imediata ao princípio da legalidade (BRASIL, 2019c).

No caso, a decisão cuja suspensão se pretendia, ao estabelecer que o conteúdo homoafetivo em publicações infanto-juvenis exigiria a prévia indicação de seu teor, findou por assimilar as relações homoafetivas a conteúdo impróprio ou inadequado à infância e juventude, ferindo, a um só tempo, a estrita legalidade e o princípio da igualdade, uma vez que somente àquela específica forma de relação

impôs a necessidade de advertência, em disposição que – sob pretensa proteção da criança e do adolescente – se pôs na armadilha sutil da distinção entre proteção e preconceito.

Dessa forma, para o ministro Dias Toffoli, relator da SL 1.248 MC/RJ (BRASIL, 2019c), o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito a voz. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo.

Segundo Gilmar Mendes (BRASIL, 2019e), nos últimos anos, o STF tem reconhecido de forma clara que o direito fundamental à liberdade demanda a proteção das múltiplas opções de orientação sexual e de identidade de gênero. A postura do Tribunal em precedentes históricos tem sido justamente avessa à tese de escusabilidade da deficiência de proteção por conta da inação do Poder Legislativo nessa matéria. Alude ainda que,

> A afirmação da liberdade de orientação sexual por este Tribunal restou cristalizada no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, quando se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 226, § 3º, do texto constitucional, o qual limitava o reconhecimento da União Homoafetiva a casais heterossexuais. No julgamento da multicitada ADPF 132, destaquei que, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual. Mais recentemente, o Tribunal reafirmou este entendimento ao julgar a Ação Direta por Omissão 26, no qual se decidiu que devem ser consideradas crimes, nos termos da Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo), todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas individuais e coletivas, as ameaças, as agressões e as discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima (ADO 26). É válido destacar que, nesse julgado, a ação deste Tribunal deu-se a partir do reconhecimento de um quadro reiterado de violações de direitos individuais da comunidade LGBT e de outras minorias (BRASIL, 2019e).

A decisão ora reclamada, ao taxar que publicações relacionadas à temática homossexual podem ser consideradas “conteúdos impróprios” ou potencialmente indutor e potencialmente nocivo à criança e ao adolescente”, tenta atribuir um desvalor a imagens que envolvem personagens homossexuais. Salienta-se que em

nenhum momento cogitou-se de impor as mesmas restrições a publicações que veiculassem imagens de beijo entre casais heterossexuais.

Todavia, o juízo reclamado considerou que o conteúdo objeto da demanda mandamental não seria “corriqueiro” e não se encontraria, na sua visão, “no campo semântico e temático próprio da publicação do livro (livro de quadrinhos de super-heróis que desperta notório interesse em enorme parcela das crianças e jovens, sem relação direta com matérias atinentes à sexualidade). O entendimento de que a veiculação de imagens homoafetivas é “não corriqueiro” ou “avesso ao campo semântico de histórias de ficção” reproduz um viés de anormalidade e discriminação que é atribuído às relações homossexuais (BRASIL, 2019e).

Tal interpretação revela-se totalmente incompatível com o texto constitucional e com a jurisprudência desta Suprema Corte, na medida em que diminui e menospreza a dignidade humana e o direito à autodeterminação individual. A situação posta nos autos suscita relembrar que a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, afastado o preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

Dessa forma, a posição do STF parece ser progressista quanto ao tema diversidade sexual e de gênero, como de modo geral sinaliza a Suprema Corte nos julgados sobre o tema. O que é antagônico, é o fato de que, a decisão é do próprio Ministro Gilmar Mendes. Que no caso anterior deste mesmo capítulo foi formalista/conservador quanto ao tipo de ação, desconsiderando o princípio da fungibilidade que poderia ter aplicado na concretização de direitos humanos da população LGBTQIAP+ e garantindo estaria dessa forma, o respeito ao conceito de “gênero” no âmbito das relações internacionais.

Para o Supremo Tribunal Federal brasileiro (BRASIL, 2019c), é esclarecedora a noção de “mercado livre de ideias”, oriunda do pensamento do célebre juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes, segundo o qual ideias e

pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade. Além desse caráter instrumental para a democracia, a liberdade de expressão é um direito humano universal previsto no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), sendo condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual.

Nesse sentido, podemos interpretar que, ao se verificar os critérios de análises utilizados para esse estudo, temos o seguinte: no primeiro momento a clareza do direito constitucional à informação como bem jurídico tutelado das presentes demandas. Na sequência, como principal tese constitucional defendida, os casos semelhantemente possuem como base os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para além disso, os direitos fundamentais de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e principalmente o de ser assegurado a todos o acesso à informação.

Como resultado e direitos aferidos, tem-se principalmente no caso do julgamento da SL 1.248 MC/RJ o deferimento da liminar, para conceder a suspensão da decisão da Presidência do TJRJ, nos autos da Suspensão de Segurança a qual havia suspendido a decisão do Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, nos autos do mandado de segurança de mesmo número. Podendo assim, os livros e obras que contivessem conteúdo sobre homossexualidade, continuarem sendo expostos e comercializados na Bienal do Livro do Rio de Janeiro.

A liberdade de expressão está amplamente protegida em nossa ordem constitucional. As liberdades de expressão intelectual, artística, científica, de crença religiosa, de convicção filosófica e de comunicação são direitos fundamentais e essenciais à concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil, notadamente o pluralismo político e a construção de uma sociedade livre, justa,

solidária e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

A liberdade de expressão é um dos grandes legados da Carta Cidadã, resoluta que foi romper definitivamente com um capítulo triste de nossa história em que esse direito – dentre tantos outros – foi duramente sonegado ao cidadão. Graças a esse ambiente pleno de liberdade, temos assistido ao contínuo avanço das instituições democráticas do país. Por tudo isso, a liberdade e os direitos dela decorrentes devem ser defendidos e reafirmados firmemente (BRASIL, 2019c).

Por todo o exposto, quanto às categorias de análise sobre aporte teórico da visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero; e da relação das desses julgados do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero não se tem nenhuma inovação.

As decisões, até por serem já de 2019, são fundamentadas basicamente com a própria jurisprudência Suprema Corte de já quase 9 anos de decisões até aquele momento, sobre diversidade sexual e identidade/expressão na jurisdição constitucional brasileira.

Invoca os Princípios de Yogyakarta referentes à proteção internacional dos direitos humanos relativos à orientação sexual e identidade de gênero e suscita o julgamento da ADI 4.275 do STF, por meio do qual, argumenta, se reiterou que o direito à igualdade sem discriminações abrange a liberdade de identidade (ou expressão) de gênero. O que sinaliza mais uma vez, evidencia uma eventual confirmação da hipótese dessa pesquisa, sobre haver ou não um entendimento consolidado do STF na hora de sentenciar sobre o referido tema objeto desta tese.

3.6 Direito à doação de sangue por homens *gays* e bissexuais e vedação do art. 235 do Código Penal Militar por relacionar homossexuais com pederastia

Primeiramente, importante é ressaltar, que os bancos de sangue dos hospitais e hemocentros estão de forma recorrente alertando para falta de doadores em todo o Brasil, com matérias veiculadas nos mais diversos veículos de comunicação. Mesmo diante da pandemia de Covid-19, o Brasil ainda estava discutindo até recentemente, se o sangue da população LGBTQIAP+, especialmente dos homens homossexuais, servia para salvar outras vidas. Assim, esse último subcapítulo, inicia sua análise no contexto histórico de discriminação decorrente da orientação sexual e da identidade/expressão de gênero de seus cidadãos. Transcendendo ao ponto de alcançar, direta e indiretamente, até mesmo a população não pertencente às minorias sexuais e de gênero. O que por falta de transfusão de sangue, todos acabam sendo afetados, colocando em risco a saúde de toda a população.

O primeiro caso trata-se de ADI 5543, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), partido político com representação no Congresso Nacional, cujo objeto é o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), os quais dispõem sobre a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

Como se não bastasse toda a sorte de violências nas suas mais diversas formas que a população LGBTQIAP+ tem sofrido historicamente, ainda temos que assistir as infinidades de atos dos Poderes públicos em discriminá-los, especialmente do Legislativo e do Executivo, que também são financiados pelos tributos desses cidadãos que não possuem visibilidade, quando se trata da omissão, insuficiência e desvirtuamento das políticas públicas de inclusão social e prestacionais como da saúde no caso da negatória de aceite do sangue de homossexuais masculinos para doação enquanto os estoques estão vazios... flerta com o sadismo. Lembrando que em todo o sangue é feita uma triagem antes do

possível descarte, ou seja, não interessa a orientação sexual ou gênero do doador, o que interessa é o teste laboratorial a que todos são submetidos antes da transfusão.

Hoje, porém, é de comum conhecimento da ciência que o sangue humano é responsável pelo suprimento de oxigênio e nutrientes para as células que compõem o organismo, pela retirada de componentes químicos nocivos, pelas funções imunológicas, pela regulação da temperatura corporal, entre tantas outras funções estudadas pela literatura médica. O sangue que circula nas veias representa a possibilidade de construção e reconstrução diária da existência, o palpitar de uma história a ser vivida. Para além dessa dimensão individual, no campo simbólico o sangue corresponde à negativa de qualquer possibilidade de arrebatamento da humanidade de quem quer que seja por motivos como raça, cor, gênero, orientação sexual, língua, religião, origem, etc. O sangue como metáfora perfeita do que nos faz inerentemente humanos.

Constitui, assim, a prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, afortunada pelo dom da consciência e reconhecida em sua inerente dignidade e fugaz existência. E é justamente esse pertencimento ressignificado que permite que se exerça o empático e eminentemente altruísta gesto de doar sangue em auxílio a outrem dotado da igual condição humana. No seu voto, o ministro relator Edson Fachin assevera:

> Nessa toada, a exclusão a priori de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue – deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas, enfim). Aqui se está, pois, diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica. Não se pode coaduna, portanto, com um modo de agir que evidencie um amiudar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. Dessa forma, o desate da questão posta perante esta Corte deve passar necessariamente pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana, pelos direitos da personalidade à luz da Constituição, pela fundação que subjaz aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, bem como pela cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º de nossa Constituição (BRASIL, 2020d).

Pensar a doação de sangue por homens que mantêm relações sexuais com outros homens e/ou as suas parceiras, tal qual dispõem os dispositivos impugnados, requer um exercício anterior de compreensão sobre o lugar do outro no Direito, a fim de que a alteridade seja o embasamento ético do fazer decisório segundo o ministro.

Muito importante destacar que o relator, se utiliza do compromisso do Brasil em respeito aos direitos humanos da população LGBTQIAP+ quando afirma que, à luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo, dos tratados internacionais de direitos humanos e da triste realidade a que se submete essa minoria, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (BRASIL, 2020d).

Diante disso, é de se perguntar, segundo Fachin: o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco a partir da orientação sexual de homens e a submissão dessas pessoas (a incluir aqui suas eventuais parceiras) a medidas restritivas ao ato empático de doar sangue é justificável? Ele mesmo responde que não. O estabelecimento de grupos, e não de condutas de risco, incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadoras de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores (BRASIL, 2020d).

Ele mesmo enquanto doutrinador, muito antes de se tornar Ministro do STF, já teve a oportunidade de assentar há mais de vinte anos em uma de suas obras doutrinárias, que o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado (FACHIN, 1996, p.49).

Os dispositivos impugnados (art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da

Agência Nacional de Vigilância Sanitária), no entanto, partem da concepção de que a exposição a um suposto maior contágio de enfermidades é algo inerente a homens que se relacionam sexualmente com outros homens e, por consequência, igualmente inerente às eventuais parceiras destes.

Para o relator (BRASIL, 2020d), não cabe valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação. Ademais, percebe-se que para além de arrematar do outro a sua humanidade ao atribuir-lhe, a partir de sua sexualidade, a pecha de desviante, gera-se a externalidade negativa de se considerar que aquilo que erroneamente se reputa como a sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão que se almeja evitar.

Ademais, não se sustentaria o tratamento discriminatório sequer em função de uma suposta promiscuidade dos homossexuais a justificar sua classificação como um grupo de risco. Em suas palavras, além de ser absolutamente discriminatório, o fundamento não possui qualquer lógica jurídica. Isso porque a legislação brasileira já prevê a exclusão da doação de sangue de pessoas promíscuas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais.

Diante do exposto, observa-se no critério de análise sobre o bem jurídico tutelado da ADI 5.553, que o mesmo trata da violação do princípio da igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.

No segundo critério, verificou-se que a principal tese de sustentação é a de que o estabelecimento de grupos re risco e não de condutas de risco, incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades.

Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim segundo a tese defensiva.

Dessa forma, se obteve como resultado e direito aferido, mas de forma não unânime (importe para perceber se há ou não consolidação de entendimento); o acordão dos ministros do STF, em sessão plenária virtual (em virtude da pandemia de Covid-19), o julgamento procedente do pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 34/2014 da ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello que julgavam improcedente o pedido.

Quanto ao terceiro critério sobre aporte teórico da visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero, fica claro o protagonismo dessa categoria de análise no processo, só pela quantidade da *amicus curiae*[50] que são admitidos nessa ADI. Como o IBDFAM; Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros; IBDCIVIL; DPU; DPE da Bahia; ABRAFH; GADVS; ABGLT; CADIR- UNB; Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e

[50] Amicus curiae ou amigo da corte ou também amigo do tribunal (amici curiae, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto. É importante destacar que o Amicus Curiae é amigo da corte e não das partes. Seu desenvolvimento teve início na Inglaterra pela English Common Law, e na atualidade é frequentemente utilizado nos Estados Unidos. A função histórica do amicus curiae é chamar a atenção da corte para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados. O amigo da corte se faz necessário em casos atípicos, levando informações relevantes à discussão do caso, ampliando a visão da corte de modo a beneficiar todos os envolvidos, pois pode tornar a decisão mais justa. Sua atuação traz à Corte uma grande variedade de informações adicionais contendo experiências, fatos, citações, artigos jurídicos, e com efeito, levam ao tribunal uma base antes que a decisão seja tomada. Seu papel no ordenamento é exercer com seu acervo de informações o controle de constitucionalidade, agindo proporcionalmente ao ato normativo ou lei, visando eficiência e segurança a este controle com maior democraticidade. Por todo o exposto, constata-se a relevância do amicus curiae ensejando a possibilidade de o tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões sociais. A fortiori, o exercício do amicus curiae é o exercício próprio de cidadania na busca da segurança jurídica, da preservação dos princípios e da ordem constitucional com base no aperfeiçoamento do processo (BUENO FILHO, 2002).

Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea do PPGD-UFPR; NPJ-UFPR; CFOAB; ANADEP, etc.

Ademais, tais atos tolheriam o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não se coaduna com a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados.

E provavelmente por esse motivo, o referido acórdão é um dos mais bem fundamentados quanto a esse critério. Trazendo em seu escopo, discussões como: atrocidades cometidas contra a população LGBTQIAP+; altruísmo na doação de sangue: necessidade de ampla, racional e aprofundada justificativa para negação; o outro no Direito; direitos fundamentais de grupos minoritários: homossexualidade versus AIDS; a dignidade da pessoa humana; refreamento da autonomia pública para a população homossexual; direito fundamental ao reconhecimento; os direitos da personalidade à luz da dignidade da pessoa humana e da Constituição da República; direito fundamental à igualdade independentemente do gênero ou da orientação sexual e o impacto desproporcional da restrição prevista pelo art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e pelo art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da Anvisa.

Por fim, mas não menos importante, o acórdão do relator possui um capítulo exclusivo para tratar do caráter materialmente constitucional, dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. E sobre a proteção internacional dos direitos humanos, como: a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, A Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância e os Princípios de Yogyakarta.

Como aduz RAMOS (2014, p.107), ao explicar o princípio da máxima efetividade, “no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação deve contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais”.

Ainda pode-se extrair do julgado, menção ao art. 5 º, §2 º, CRFB/88, e o papel do Poder Judiciário quanto a interpretação e aplicação das normas internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais. Enquanto órgão de interpretação e aplicação do Direito, o Poder Judiciário, em nosso desenho institucional, também é o Poder responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade, devendo, enquanto tal, desenvolver, entre tantos outros, dois relevantes papéis segundo o relator:

> Em primeiro lugar, cabe-lhe vivificar o postulado hermenêutico de prevalência dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, ao interpretar a ordem jurídica pátria à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e humanos (§§ 1º e 2º do art. 5º, CRFB) o Poder Judiciário ressalta a eficácia imediata de tais direitos, reconciliando compromissos fundamentais internos e externos...
>
> ...em segundo lugar, ao assim proceder e fundamentar suas decisões, o Poder Judiciário concorre para conferir publicidade eficaz e viva dos compromissos firmados na ordem jurídica internacional em favor dos direitos humanos, dando à população, ao se deparar com as questões postas à sua análise, a adequada ciência da proteção internacional desses direitos (BRASIL, 2020).

Mesmo sendo uma das decisões mais recentes do STF sobre o tema por ser do ano de 2020 e existindo já toda uma lógica jurisprudencial construída pela Suprema Corte brasileira, não deixam os ministros estruturar de forma clara a decisão da ADI 5543 à luz do direito internacional. Cumprindo assim, com a identificação deste acordão com o último critério das categorias de análise deste estudo, qual seja, da relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero.

Em síntese, em contexto geral das categorias de análise, o julgamento da ADI 5543 reafirma a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014- ANVISA: ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento) e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são; vituperam os direitos da personalidade à luz da Constituição da República; aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade ao impedir as

pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos;

Além disso, fazem a República Federativa do Brasil derrubar o que ela deveria construir: uma sociedade livre e solidária; induzem o Estado a empatar o que deveria promover, o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação; afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB/88, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional.

Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil se torna parte destes. O último caso analisado, por sua vez, trata de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 291/DF, com pedido liminar, proposta contra o art. 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), que possuía o seguinte teor:

> Pederastia ou outro ato de libidinagem
>
> Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:
>
> Pena - detenção, de seis meses a um ano.

A parte autora, refere precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Dudgeon vs. UK*, 1981) e do Comitê de Direitos Humanos da ONU (*Toonen vs. Austrália,* 1994), segundo os quais as leis antissodomia violam direitos fundamentais. Narra que países como Israel (1993), Inglaterra (2000) e Estados Unidos (2010) revogaram políticas que baniam das Forças Armadas pessoas que assumiam publicamente serem gays. O que é levado em consideração pelo ministro relator Luís Roberto Barroso na fundamentação do seu voto (BRASIL, 2015.

A homossexualidade não apenas nas Forças Armadas brasileiros, como também na sociedade em geral, é um tema muito delicado e polêmico. Em diversas situações os direitos e garantias individuais defendidos pela CRFB/88 acabam sendo violados dentro dessas instituições. A busca por igualdade, liberdade e mudança é cada vez necessariamente maior. O preconceito ainda permanece vivo, como se a homossexualidade fosse indigna e desonrosa, porém indigno e desonroso é perseguir pessoas por sua orientação sexual ou identidade/expressão de gênero. As Forças Armadas, caracterizadas por sua estrutura verticalizada e baseada nos princípios de disciplina e hierarquia, devem manter a observância aos princípios morais e éticos estabelecidos no Estatuto dos Militares, bem como do CPM.

Todavia, a condição de militar não é o bastante para livrar os indivíduos de suas mazelas, os quais por dispor de autoridade ou sentimento de superioridade, se sentem no direito de tratar de forma preconceituosa e discriminatória indivíduos com orientação sexual diferente, dando-lhes tarefas desumanas, os fazendo passar por constrangimentos e humilhações, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana; ou até mesmo criminalizando a homossexualidade. O assédio moral, sofrido por homossexuais, causa muitos problemas, como, comprometer a identidade da pessoa, lesar sua personalidade e influenciar em suas relações.

O dispositivo impugnado, portanto, é o único a criminalizar atos libidinosos consensuais entre adultos, desde que concorram duas circunstâncias, segundo o relator (BRASIL, 2015): (i) o agente seja militar (crime próprio, em razão da pessoa, ou ratione personae); e (ii) o ato ocorra em “lugar sujeito à administração militar” (crime em razão do lugar, ou ratione loci). A literalidade do tipo inclui tanto atos homossexuais quanto heterossexuais. Daí a impropriedade da classificação do delito previsto no art. 235 do Código Penal Militar entre os crimes contra a pessoa, e especificamente entre os crimes sexuais, já que a definição da conduta típica não envolve qualquer violação à liberdade sexual. Pelo contrário: o crime ocorre precisamente quando da prática de atos libidinosos consensuais entre adultos,

desde que ao menos um deles seja militar e que a conduta ocorra em lugar sujeito à administração militar.

No Brasil, afirma ainda Barroso, a existência de preconceitos contra os homossexuais nas Forças Armadas é demonstrada por manifestações explícitas em defesa do tipo penal impugnado, seja por profissionais da área jurídica, seja por parlamentares. Sendo assim, no entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo (BRASIL, 2015).

Segundo os dicionários Aurélio, Houaiss e Michaelis, a expressão “pederastia” está associada ao homossexualismo masculino. A palavra vem do grego paiderastia, que identificava, na antiguidade, a educação sexual de adolescentes por mestres: daí porque a palavra também tem a acepção que indica a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem (BRASIL, 2015). É um termo de cunho claramente pejorativo segundo pode-se extrair julgado.

Para o STF, não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.

A discriminação por orientação sexual é uma prática corrente nas Forças Armadas e é revelada na aplicação prática e na interpretação conferida ao art. 235 do CPM pela Justiça Militar, afirma o relator. Diversas decisões, relativas à aplicação desse preceito demonstram que a homossexualidade, por vezes é vista com um comportamento desviante (disciminação), uma deformação desonrosa e moralmente reprovável, capaz de desqualificar o militar na carreira Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou

heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares *gays.*

Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (disparate impact), originária da jurisprudência norte-americana (BRASIL, 2015). Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade. Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva, reflete o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2015)

Como exemplo de discriminação e assédio contra a população LGBTQIAP+ no ambiente militar, tem-se o caso de um soldado que teve grande repercussão na cidade de Santa Maria/RS (cidade que este autor vivia na época e que é o 2º maior contingente militar do país). O jovem de 19 anos demandou contra o exército na Justiça militar no ano de 2011. O soldado afirmou ter sido violentado por 4 colegas de pelotão, enquanto os outros colegas apenas olhavam e não faziam nada para ajudar. Ele também expôs que já sofria discriminação por vestir calças coloridas usadas pelos integrantes da banda *Restart,* a qual era fã, e pelos colegas era rotulado como gay, mas o garoto não imaginava chegar ao ponto a qual chegou.

Entretanto o Ministério Público Militar revidou a acusação, alegando o crime de “pederastia e outros atos libidinosos”, pois na versão militar, o jovem queria indenização por isso inventou a violação, e sim, era a palavra de um contra a de quatro. O jovem passou de vítima à ré, pois para os militares este caso foi visto como uma "brincadeira" entre companheiros (OLIVEIRA, 2021).

O discurso do general do Exército brasileiro naquela ocasião, Raymundo Nonato de Cerqueira, era de que o exército não é lugar para homossexuais e estes não teriam capacidade de comandar, pois os soldados não obedeceriam, ainda ressalta que deve haver outras atividades destinadas a “indivíduos deste tipo”, os gays (CERQUEIRA, 2021). Afirmou ainda que:

> Não é que eu seja contra o homossexual, cada um tem que viver sua vida. Entretanto, a vida militar se reveste de determinadas características que, em meu entender, tipos de atividades que, inclusive em combate, pode não se ajustar ao comportamento desse tipo de indivíduo.

Para o presidente da Associação Brasileira LGBT, Toni Reis, a posição do general Raymundo Nonato de Cerqueira é apenas um espelho do que é visto dentro do direito militar. E este ponto de vista também foi reprovado por organizações que defendem os direitos humanos da população LGBTQIAP+.

> É lamentável que este tipo de discriminação ainda exista nas Forças Armadas. A defesa do país tem que ser feita por homens e mulheres preparados, independentemente da opção sexual de cada um (CAVALGANTE, 2021).

A questão sobre o tema Direito militar e homossexualidade é complexa e não termina com as considerações deste estudo. Todavia, não se pode negar que, atos discricionários de assédio moral e preconceito sofridos por homossexuais dentro das Forças Armadas é uma realidade com a qual enfrentamos e mesmo não sendo explícito, o preconceito, é mascarado, produzindo uma evidente violação da CRFB/88, que defende e assegura os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, ao se analisar esse último julgado quanto aos critérios/categorias justificadas para o presente estudo, podemos em síntese pontuar que quanto ao o bem jurídico tutelado na ADPF 291, entende-se como o combate ao preconceito e discriminação no ambiente militar. Tendo como principal tese defensiva, o fato que não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo.

Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. Aferindo assim, como resultado alcançado no presente acórdão, no entendimento majoritário do Plenário STF, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantendo o restante do dispositivo.

Ao se analisar o julgado referido quanto ao critério sobre a visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero, percebe-se nesse sentido a preocupação do quanto o que está sendo discutido transcende ao Direito e se conecta com a pluralidade das relações sociais da vida. Especialmente, quando o voto faz referência de que a humanidade já sofreu e continua a sofrer por tantas e tão graves formas de preconceitos, um dos quais é exatamente esse. No caso, bastaria lembrar exemplos de grandes nomes da arte, da literatura, que foram sacrificados, e é essa a ideia, de sacrifício, pelas suas opções, pelas suas escolhas pessoais.

Quanto mais amplas forem as liberdades em suas manifestações de pensamento, de vida, de escolha do modo de cada um viver, em todos os campos - profissional, sexual, religioso, de crença, de ideologia, haverá de prevalecer o que é exatamente o contrário do que se contém nesta referência. Dentre tantas outras afirmações nesse contexto ao longo do julgamento.

E como última categoria de análise, o acordão da ADPF 291 refere-se ao preceito do Código Penal Militar insere-se num contexto internacional de leis antissodomia, cuja origem remonta ao período colonial, no qual predominava a visão religiosa de que a homossexualidade era condenável. Além disso, refere e reforça precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos da ONU, segundo os quais as leis antissodomia violam direitos fundamentais. Narra que países como Israel, Inglaterra e Estados Unidos revogaram

políticas que baniam das Forças Armadas pessoas que assumiam publicamente serem gays (BRASIL, 2015).

Por fim, faz o STF menção quanto ao levantamento feito no ano 2000, sobre a aceitação de homossexuais nas Forças Armadas de países da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)[51]. Reiterando a conexão dessa decisão com a comunidade internacional, sob a perspectiva de proteção de direitos humanos das minorias sexuais e de gênero, já mencionados em subcapítulos anteriores.

[51] Organização do Tratado do Atlântico Norte, por vezes chamada Aliança Atlântica, é uma aliança militar intergovernamental baseada no Tratado do Atlântico Norte, que foi assinado em 4 de abril de 1949 (OTAN, 2021).

CONCLUSÃO

O tema da diversidade sexual e gênero discutido nessa tese, especialemente no recorte espacial brasileiro e temporal da atualidade, preocupa progressivamente diante da intolerância, do preconceito, dos discursos de ódio disfarçados de livre manifestação de pensamento e da discriminação recorrente que coloca o nosso país, como já mencionado nessa pesquisa, como um dos protagonistas na violação de direitos humanos da população LGBTQIAP+ no planeta. Além de líder no *ranking d*entre os países que mais matam pessoas trans no mundo inteiro. Dessa forma, assuntos como a homossexualidade, por exemplo, que era culturalmente natural em civilizações como as da Grécia e Roma antigas, hoje são visivelmente uma problemática a ser enfrentada em uma sociedade estruturalmente machista e heteronormativa como a brasileira.

Sendo cada vez mais necessária a intervenção do Estado através dos seus Poderes, na proteção e/ou concretização dos direitos humanos das minorias sexuais e de gênero. O que decorre da série exponencial de ataques aos cidadãos brasileiros que não são respeitados, simplesmente, por não pertencerem ao padrão imposto socialmente em virtude da diversidade sexual e de gênero que lhes são próprias. E não uma “opção” como a classe opressora e conservadora, estruturada em uma organização social quase sempre não Laica, costuma se referir ao promover e/ou fomentar a exclusão social de qualquer indivíduo que represente alusão à pluralidade e diversidade da sexualidade/identidade humana.

Todavia, percebe-se na presente tese, que o Legislativo e o Executivo, por refletirem a sociedade que os elegem, acabam por serem decorrente disso: omissos, insuficientes e desvirtuados na implementação e/ou fiscalização de políticas públicas (prestacionais ou de inclusão social) da população LGBTQIAP+ no Brasil e em alguns, não raros, lugares do mundo. O que fere diretamente, a ideia da teoria dos deveres de proteção (SARMENTO, 2006), que significa, basicamente, que o legislador tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, o administrador tem a obrigação de agir materialmente para

prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos e o Judiciário tem a obrigação de, na prestação jurisdicional, manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais esses que por possuírem uma dimensão objetiva, tem como um dos seus principais aspectos, gerar um efeito de irradiação. Dessa forma, as autoridades públicas deveriam produzir, interpretar e aplicar a estrutura normativa, que hierarquicamente está no patamar infraconstitucional, de acordo com os direitos fundamentais; produzindo dessa forma a necessidade, do que a doutrina jurídica denomina e foi possível perceber nessa pesquisa, de uma “interpretação conforme à Constituição”. Podendo-se perceber, para além desse efeito irradiante, a teoria dos deveres estatais de proteção (TAVARES, 2007). Logo, o efeito irradiante obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais, bem como a teoria dos deveres estatais de proteção, pressupõe o Estado (Estado-legislador; Estado-administrador e Estado-juiz) como parceiro na realização/proteção desses direitos fundamentais, e não como seu algoz.

E é exatamente nesse contexto, que se encontra a problemática que pela necessidade, motivou a análise do objeto de pesquisa desta tese. No sentido de compreender qual a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao decidir sobre o tema das minorias sexuais e de gênero postos para sua apreciação, bem como interpreta essa matéria na jurisdição constitucional do país. Destarte, a análise que se propôs, não era somente de verificar se a Suprema Corte estaria ou não cumprindo com o dever de proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAP+, em razão da discriminação recorrente e ascendente (como já demonstrado ao longo da pesquisa) no Brasil; mas sobretudo, de verificar a maneira que Corte Constitucional interpreta a referida matéria. Sinalizando assim, através da análise dos julgados, eventual avanço ou retrocesso na consolidação de um entendimento hermenêutico-constitucional sobre minorias sexuais e de gênero. Por esse motivo, se fez tão necessária a análise da relação da omissão do Poder Legislativo e de gestão pelo Poder Executivo nas políticas públicas (prestacionais ou de inclusão social) também para a população LGBTQIAP+. No intuito de perceber tal

relação, como fator relevante ou não, para a legitimidade de atuação do STF na jurisprudência construída ao longo da última década sobre as referidas demandas.

Desse modo, diante da responsabilidade científica quanto à abordagem crítica que se fez dos julgados, foi de vital importância na construção desta tese, uma reflexão mediante o aporte teórico apresentado na Parte I conectado com a análise dos casos práticos na Parte II. Visto que, a interdisciplinaridade do objeto da presente pesquisa, mediante o entrelace dos Estudos de Gênero com o Direito na jurisdição constitucional brasileira; além do prisma da intersecção com a Sociologia e a Ciência Política quando da judicialização das relações sociais e de política; ainda à luz do compromisso social com a proteção de direitos humanos da população LGBTQIAP+ encontrado no Direito Internacional; é que, especificamente com esse recorte espacial, temporal e científico, torna esta tese de doutorado, original e inovadora.

Portanto, estruturar teoricamente a definição de minorias sexuais e de gênero sob o *locus* do Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos da população LGBTQIAP+, foi de grande valia para a compreensão na análise das fundamentações dos votos dos Ministros do STF. E se os mesmos demonstravam ao decidir, uma sintonia fina com o entendimento acadêmico-sócio-científico quanto ao conceito e definições de orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero; o que se pode constatar de forma recorrente na maioria dos julgados. E ainda, quanto à eventual menção da Suprema Corte nos acórdãos, sobre documentos internacionais de proteção da população LGBTQIAP+. Utilizando-se do Direito Internacional como fonte de fundamentação, diante da alarmante quantidade de violações de direitos humanos dessa população como já mencionado anteriormente. O que o STF faz inclusive com muita técnica na sua jurisprudência sobre diversidade sexual e gênero até então.

Com a mesma relevância, foi a discussão sobre os fundamentos teóricos da jurisdição constitucional como espaço de concretização de direitos humanos, justamente pela polêmica gerada sobre a atuação do Judiciário no contexto das políticas públicas. Principalmente diante da omissão, insuficiência ou desvirtuamento

das mesmas pelo Legislativo e pelo Executivo, como já constatado por respeitados teóricos nessa tese. Sendo assim, o desenvolvimento de um capítulo sobre o histórico da jurisdição constitucional, associado à interpretação constitucional, à *judicial self-restraint* e ao Estado Democrático de Direito, foram cruciais para o desenvolvimento de uma raciocínio crítico-científico sobre fenômenos presentes na jurisdição constitucional e se as mesmas se enquadram ou não na brasileira. Como o ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização das relações sociais e da política, enquanto fenômenos associados ao controle jurisdicional das demandas sobre diversidade sexual e gênero. Podendo-se, portanto, verificar que quanto à referida jurisprudência, que o STF não pratica o ativismo judicial como alguns críticos apontam, mas conforme doutrina dominante, atua de forma garantista em interpretação conforme à Constituição em virtude da sua força normativa nos julgados aqui analisados.

Nesse sentido, a presente tese propôs a utilização de categorias/critérios de análise dos julgados visando identificar: o bem jurídico tutelado; teses defendidas, resultados e direitos aferidos; visão e discussão jurídica/interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero (aporte teórico) e relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero. O que se passou a fazer na Parte II. Sendo analisados os julgamentos do STF sobre: reconhecimento das uniões homoafetivas como família e extensão da licença-maternidade para mães não gestantes nessas uniões; a criminalização da homotransfobia (LGBTfobia); direito ao ensino sobre diversidade sexual e de gênero nas escolas; direito das pessoas trans: à alteração do prenome e sexo no registro civil, à dano moral e ao cumprimento de pena em local correspondente ao seu gênero; direito à utilização do termo gênero nas relações internacionais e direito à informação sobre orientação sexual e gênero na literatura brasileira; e por fim, o direito à doação de sangue por homossexuais e vedação do art. 235 do Código Penal Militar brasileiro que relacionava o crime de pederastia com os homossexuais.

Assim, quanto à primeira categoria/critério de análise, observa-se que em todos os julgamentos pesquisados, o STF faz menção expressa ao bem jurídico

tutelado. Na maioria das vezes de forma direta, por vezes de forma indireta, mas ainda de forma fundamentada o suficiente para perceber, senão na ementa, ainda no relatório dos acórdãos, qual a proteção jurídica que se pretendia ao acessar o Judiciário na mais alta Corte. Em continuidade, já na segunda categoria/critério, que trata das teses defendidas, resultados e direitos aferidos, destaca-se que, as fundamentações aportadas aos autos, principalmente dos votos dos ministros relatores, são rigorosamente construídas na intenção de demonstrar, pormenorizadamente: os princípios, dispositivos constitucionais e legislação infraconstitucional pertinente ao caso concreto. O que obviamente, por estarem sendo discutidos no campo da jurisdição constitucional, possuem eficácia *erga omnes*.

Neste aspecto, tem-se quase a unanimidade das decisões analisadas do STF desta tese, em procedência aos pedidos pleiteados. Como raras as exceções, tem-se: a Reclamação 37.231/DF, sobre restrições quanto ao uso do termo ‘gênero’ no âmbito das relações internacionais, que acarretou na inadmissibilidade da ação por ausência de pressuposto de cabimento necessário, ou seja, decorrentes única e exclusivamente de não preenchimento de requisitos formais. No entanto, mesmo assim, o ministro relator fez questão de reiterar seu posicionamento acerca da capacidade de autodeterminação do indivíduo para além do binarismo de gênero. Ou como no caso da ADI 5.668/SP, sobre reconhecimento do dever constitucional das escolas públicas e particulares de prevenir e coibir o *bullying* LGBTfóbico), que ainda está para julgamento há mais de 5 anos. Importante contextualizar que nesse ínterim, houve o advento da pandemia de Covid-19 que ainda persiste, e consequente interrupção, por longo período, das aulas presenciais nas escolas em função da necessidade de distanciamento social. O que poderia justificar, a não priorização do julgamento ao retorno tão urgentemente à pauta, cumulada às outras inúmeras ações que a Suprema Corte tem e/ou teve para julgar originárias da própria pandemia. De modo geral, o STF fundamentadamente no contexto de um neoconstitucionalismo, moderno e contemporâneo, e não de forma ativista, tem reconhecido os direitos da população LGBTQIAP+ no Brasil.

Referente à terceira categoria/critério de análise, qual seja, sobre a visão e discussão jurídica e intersecção interdisciplinar específica sobre diversidade sexual e gênero. Verifica-se no teor dos votos dos ministros do STF, com ênfase nos dos ministros relatores, a preocupação em fundamentar suas decisões com aporte teórico sobre Estudos de Gênero. Essa característica é visível já no julgamento das ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, que abriram o histórico jurisprudencial sobre o tema no Brasil em 2011. Justamente por imaginarem que ocorreria isso, os ministros construíram na medida do acesso à informação da época, um debate jurídico consistente que transcende o mundo jurídico e reforçando a interdisciplinaridade da demanda, reconhecendo ineditamente as uniões homoafetivas como família. Principalmente, pela responsabilidade que tinha o ex-ministro Ayres Britto como relator, ao discutir a expansão do conceito de família da perspectiva patriarcal e heteronormativa, para o patamar da pluralidade familiar.

Ressalta-se ainda quanto a esse critério, o destaque ao ministro Luís Roberto Barroso, quanto à busca por fundamentação que abarcasse os Estudos de Gênero nos seus votos. Evidentemente, na intenção de que a partir daquele julgamento específico, tivesse o STF base teórica jurídico/interdisciplinar sobre diversidade sexual e gênero, e que servisse para ser referenciada em eventuais futuras ações em que a Suprema Corte tivesse que se manifestar. O que de fato realmente ocorreu, conforme analisado nesta tese. Dessa forma, pode-se dizer que, embora em alguns votos haja carência de descrição sobre pontos específicos sobre Estudos de Gênero, todas elas ao menos mencionaram precedente da própria Corte sobre o tema nesse período para fundamentar suas decisões.

Quanto à quarta e última categoria de análise/critério, no sentido de identificar relação das decisões do STF com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais, na proteção de direitos humanos que envolvem orientação sexual e identidade/expressão de gênero; não há dúvidas ao analisar os julgados, que a Suprema Corte se serviu amplamente do Direito Internacional como fonte para fundamentação. Em absolutamente todos os julgados analisados, há referência aos compromissos assumidos pelo Brasil diante da comunidade internacional. Lembrando que, por um expressivo período entre os anos de 2003 e

2016 (13 anos), o país foi liderança sobre o tema através da diplomacia brasileira, como já visto nesta pesquisa. Participando do *Core group* do Conselho de Direitos Humanos sobre Direitos LGBTQIAP+ na ONU e na OEA. Desde então, o país que tem o maior índice de homicídios transfóbicos do planeta, líder em violência contra a população LGBTQIAP+ das Américas e um dos mais violentos quanto a esse mesmo critério no mundo, parou de propor iniciativas na proteção dos direitos humanos das minorias sexuais e de gênero.

Contudo, ao STF utilizar da interpretação conforme Constituição, faz menção ao dispositivo da Carta Magna que prevê, que os direitos e garantias expressos na mesma, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O que está evidente nas fundamentações dos votos, pela quantidade de excertos extraídos da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto ao combate à todas as formas de discriminação, dos Princípios de Yogyakarta (documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU), dos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos (Europeu, Americano e Africano), dentre outros.

Conclui-se ainda que, referente à hipótese que se apresentava ao início da presente tese, a mesma se confirma. Qual seja: a de que embora, ainda haja uma lacuna na proteção aos direitos da população LGBTQIAP+ no Brasil; por todo o exposto, há um avanço nesse sentido, o que consolida o entendimento da Suprema Corte, na proteção das minorias sexuais e de gênero à luz dos compromissos assumidos pelo país diante da comunidade internacional . Logo, o suposto "ativismo progressista" do STF, no sentido de garantir mais direitos a grupos historicamente vulnerabilizados, tem como marco o neoconstitucionalismo: uma leitura baseada na supremacia constitucional, na força normativa da Constituição, na Constituição dirigente, na normatividade dos princípios, na nova hermenêutica e outras fontes de interpretação mais. Ou seja, não é um STF militante de esquerda; é uma filosofia constitucional moderna, segundo a qual, é papel das Cortes dar máxima eficácia à

Constituição, em especial dos direitos fundamentais, através da hermenêutica e arcando com o ônus de fundamentação.

Por fim, mesmo com todos os avanços alcançados na jurisdição constitucional brasileira na proteção das minorias sexuais e de gênero, ainda estamos muito distantes das condições ideais de segurança jurídica dos direitos LGBTQIAP+ no país. Justamente pelo fato, de que quase todas as conquistas referentes ao tema nos últimos anos, foram asseguradas tão somente pelo Poder Judiciário, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo em nível federal seguem inertes. Dessa forma, a presente tese de doutorado, verifica e confirma: uma posição garantista e consolidada do STF sobre diversidade sexual e gênero na atualidade. No entanto, a discussão não se esgota aqui, pois ainda não há legislação específica sobre o tema. E para além disso, há uma rotatividade das cadeiras da Suprema Corte, que são preenchidas por indicações políticas feitas pela Presidência da República e sabatinadas pelo Senado Federal. Órgãos esses, que são historicamente omissos quanto à proteção das minorias sexuais e de gênero no Brasil. Logo, com o decorrer dos anos, dependendo da visão política que terão os referidos órgãos quando eleitos, a Corte Constitucional pode, paulatinamente, se tornar mais conservadora e com isso, uma mudança de entendimento da atual do STF pode ocorrer com as novas indicações. Seria o início de um grande retrocesso.

REFERÊNCIAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. *Manual de Comunicação LGBT*. Curitiba: ABGLT, 2010.

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. *Gênero, Diversidade Sexual e de Gênero nas Relações de Trabalho: afirmar direitos e promover inclusão.* Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2019.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos directos fundamentais*. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Celso. *A ONU hoje*. In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional / Arraes Editores. Ano 103, vol. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. (Boletim 100 ANOS). 1408p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001b.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ARAÚJO, Rubenilson Pereira. *Gênero, Diversidade Sexual e Currículo: um estudo de caso de práticas discursivas e de (não) subjetivação no ambiente escolar.* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ensino de Língua e Literatura) – UFT, Araguaína, 2011.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MIRANDA, Paula Mandagará. *Supremo Tribunal Federal: ativismo ou self-restraint na efetivação de direitos sociais*. Revista Quaestio Iuris. vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 519-543. Disponível em: file:///C:/Users/Alberto/Downloads/22847-87851-1-PB.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021.

BARACHO, José Alexandre de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Revista ampliada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARRETO, Vicente. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição no direito constitucional contemporâneo.* In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.18, abril/maio/junho de 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 25/10/12.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* Disponível em: http://www.oab.org.br/ena/pdf/LuisRobertoBarroso_ConstituicaoDemocraciaeSupremaciaJudicial.pdf. Acesso em: 18/10/12.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo.* Belo Horizonte: Nova Fronteira, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BLUMENFELD, W. J. *Internalized homophobia: from denial to action – an interactive workshop.* In: BLUMENFELD, W. J. (Ed.). Homophobia: how we all pay the price. Boston: Beacon Press, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.* Madrid: Trotta, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais:* o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado.* In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

BORGES, Bruna Angélica. *"Aqui tem homofobia! ": um estudo das representações sociais de gênero e diversidade sexual no contexto escolar".* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Psicologia) – UNIR, Porto Velho*,* 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1955/2010. *Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ*, julgado em 05 e 06/05/2011. Rel. Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 845779 RG / SC*, julgado em 13/11/2014. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 291/DF*, julgado em 28/10/2015. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Secretaria Especial de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Orientações para apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária anual – PLOA 2017 – PL Nº 18/2016/CN.* Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.275, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin,* j. 1º-3-2018a. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, j.* 15-8-2018b. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 152.491, rel. min. Roberto Barroso, j. 14-2-2018.* DJE de 14-02-2018c. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26, rel. min. Celso de Mello, e MI 4.733, rel. min. Edson Fachin, j. 13-6-2019a.* Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.211.446 RG*. Rel. min. Luiz Fux, j. 7-11-2019, P, DJE de 19-11-2019b, Tema 1.072, mérito pendente de julgamento. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na de liminar 1.248 Rio de Janeiro (SL 1248 MC/RJ).* Rel. min. Dias Toffoli, j. 8-9-2019, P, DJE de 8-9-2019c. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de liminar 1.248 Rio de Janeiro (SL 1248/RJ)*. Rel. min. Dias Toffoli, j. 4-10-2019, P, DJE de 4-10-2019d. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 36.742 RG*. Rel. min. Gilmar Mendes, j. 7-11-2019, P, DJE de 19-11-2019e. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Diversidade / Supremo Tribunal Federal*. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020a. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 457, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020*, P, DJE de 3-6-2020b. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agr. Reg. na Reclamação 37.231, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 27-4-2020*, P, DJE de 3-6-2020c. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.543, voto do rel. min. Edson Fachin, j. 8-5-2020*, P, DJE de 3-6-2020d. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://stf.jus.br> Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASILESCOLA. *Sociologia: bullying.* Disponível em https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/bullying.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as Constituições Alemã, Norte-Americana e Brasileira.* Revista de Direito. Santa Cruz do Sul, n.28, julho/dezembro de 2007.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade.* Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 85-89, out/dez. 2002.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional*

*da criminalização. S*ão Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/s3.allout.org/images/LGBTIfobia_no_Brasil_-_All_Out_e_Instituto_Matizes.pdf. Acesso em: 07 ago.2021.

BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do "sexo".* En Louro, G.L. (Org.), O corpo Educado: pedagogias da sexualidade (3th ed., pp. 151-172). Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BUTLER, Judith. *Ideologia anti-gênero e a crítica da Era Secular de Saba Mahmood.* Porto Alegre, 2019. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/debatesdoner/article/view/99586. Acesso em: 12 mar. 2021.

CADERNO, Globo 12. *Corpo: artigo indefinido*. São Paulo: Globo Comunicação e Participantes S.A., 2017.

CAMARGO, Paulo de. *O machismo vai à escola*. In: Revista Claudia, abril/2012. Disponível em: https://claudia.abril.com.br/sua-vida/machismo-na-escola-como-esse-comportamento-interfere-a-vida-adulta/. Acesso em: 18 dez. 2021.

CAMARGO, Gerson Ziebarth; PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *Ativismo judicial versus autocontenção judicial: qual postura concretiza direitos fundamentais e promove a manutenção da Democracia?* RECSA, v.4, n.2, jul/dez, 2015, Faculdade FISUL, Garibaldi, RS, Brasil. Disponível em: https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/download/47/44. Acesso em: 28 abr. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5.ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CAVALCANTE, Ophir. *Gazeta do Povo*. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/general-recusa-gays-no-exercito-e-sofre-criticas-erwkwh1aneoijhy5vm2ogtc9a. Acesso: 20/11/2021.

CERQUEIRA, Raymundo Nonato. *Gazeta do povo.* Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/general-recusa-gays-no-exercito-e-sofre-criticas-erwkwh1aneoijhy5vm2ogtc9a. Acesso: 20/11/2016.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Esclarecendo: Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/esclarecendo-tribunal-europeu-de-direitos-humanos-e-tribunal-africano-de-direitos-humanos-e-dos-povos/. Acesso em: 13 dez. 2021.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.* In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Transexualidade não é transtorno mental, oficializa a OMS.* Disponível em: https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/. Acesso: 07/01/2022.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasi*l. Curitiba: Multideia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. *Os novos direitos da criança e do adolsecente*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 7(1), 7–28, 2015. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/878. Acesso em: 11 dez 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado.* 25. ed. São Paulo: 2005.

DIAS, Adriana. *Deficiências e direitos LGBTI.* In*:* REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. - 6.ed. reformulada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, D. *Quem tem medo da laicidade?* Brasília, 2011. Disponível em: https://exame.com/brasil/diniz-da-unb-religiao-na-esfera-publica-fere-estado-laico/. Acesso em: 06 set. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. s/a, p. 459-473. 2011. Disponível: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf. Acesso: set. 2021.

DONNELLY, Jack. *The Relative Universality of Human Rights. In Human Rights Quarterly*. Vol.29, Denver, 2007, disponível em https://www.researchgate.net/publication/236754959_The_Relative_Universality_of_Human_Rights, consultado pela última vez a 31 de julho de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. In: Revista dos Tribunais, V. 732, p. 47-54, Out./1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos.* Curitiba: Juruá, 2002.
FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ativismo judicial e política*. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

FINDLAW. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Marbury v. Madison (1803).* 2021. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html. Acesso em: 10 jun. 2021.

FORTES, Francielli Silveira. *Jurisdição constitucional aberta: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da convocação da audiência pública da saúde.* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2011.

FREY, klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil.* Planejamento e políticas públicas, n.21, jun 2000, p.211-259. Disponível em: www.ipea.gov.br/pub/ppp. Acesso em: 13/05/12.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GÊNERO. *Diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais*. Livro de conteúdo. Versão 2009. – Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009.

GENDER IDENTITY & EXPRESSION. *Identidade e expressão de gênero.* Disponível em: https://smartsexresource.com/topics/gender-identity-expression. Acesso em: 21 de dez. de 2021.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial: A (auto)compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – Uma análise teórica e jurisprudencial.* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2011.

GLAAD, Media. *Reference Guide.* New York e Los Angeles, *2016*. Disponível em: Acesso em 20 ago. 2018.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/22345. Acesso em: 8 jan. 2022.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da

Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Traducción de Carmen Zevala. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

HABERMAS, Jürgen.. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARDING. Sandra. *Gênero, democracia e filosofia da ciência*. Revista Reccis, 2007. Disponível em: https://brapci.inf.br/index.php/res/download/133827. Acesso em: 18 nov. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

ILGA – International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. *State-sponsored homophobia: a world survey of sexual orientation laws, criminalisation, protection and recognition*. Disponível em: https://ilga.org/. Acesso em 20 ago. 2018.

INÁCIO, Emerson da Cruz. *Para uma estética pederasta*. In: COSTA, Horácio... [et al] (Orgs.). Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KMIEC, Keenam D.. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism".* Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), pp. 1441-1477. California Law Review, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3481421. Acesso em: 18 jan. 2022.

KINSEY, A. C; POMEROY, W. B; MARTIN, C. E. *Sexual Behavior in the Human Male.* Philadelphia; London: W. B. Saunders Co., 1948.

KLEIN, Jessica. *Demissexualidade: a orientação sexual que ainda intriga muita gente.* Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-59305497. Acesso em: 25 nov. 2021.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio:* os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Estado de Direito.* In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de filosofia do direito. *São* Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Manual de metodologia da pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007b.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro.* In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta.* In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Amicus Curiae: Instrumento de abertura e de democratização da jurisdição constitucional ou mecanismo judicial de legitimação das decisões? Uma análise de sua função justificadora no Recurso Extraordinário n. 597.165/DF*. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización X activismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporáneos. Tomo 12. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira.* In: LEAL, R. G.; LEAL, M.C.H. (Org.) Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. *Homofobia e educação: um desafio ao silêncio.* Brasília: LetrasLivres, Universidade de Brasília, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem.* Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2018.

MAAS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de*

inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei de biossegurança. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – UNISC, Santa Cruz do Sul*,* 2011.

MACIEL, Silvio Luiz. *Controle de Constitucionalidade e a Interpretação conforme a Constituição.* Revista de Direito Constitucional e Internacional n. º 53. Ano 13. Outubro/dezembro de 2005. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGLIORINI, Bruno et.al. *Dizionario italiano multimediale e multilingue d'ortografia e di pronunzia*, Rai Eri, 2007. Disponível em: http://www.dizionario.rai.it/poplemma.aspx?lid=17043. Acesso em: 13 set. 2021.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição:* o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas*.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARSHALL CAVENDISH CORPORATION. *Sex and society*. 2010. Disponível em: Acesso em: 19 ago. 2018.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAURÍCIO, Álvaro Filipe da Silva. *A atuação dos sistemas de proteção de direitos humanos na defesa da comunidade LGBT.* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa*,* 2018.

MAUS, Ingeborg. José Renato. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã".* Tradução de Martonio Mont'alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: Novos Estudos, n.58, São Paulo: CEBRAP, 2000.

MELGARÉ, Plínio. *Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea - para além dos reducionismos tradicionais.* Revista Ajuris, n. 88, dezembro/2002.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gabriel Ribeiro Perlingeiro. *Obergefell v. Hodges: uma análise comparada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Anais do Encontro Nacional de Pós-Graduação – IX ENPG Vol.4, 2020. Disponível em: https://periodicos.unisanta.br/index.php/ENPG/article/view/2617. Acesso em 13 jan. 2021.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade.* Editora Unijuí, 2005.

MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade.* Revista Pensar. Vol. 12. Fortaleza, 2007. Disponível em: http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/1084/1667. Acesso em: 09 dez. 2020.

MENEZES, Wagner; IACOMINI, Vanessa. *A sociedade internacional contemporânea e seus impactos sobre os direitos de personalidade.* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/15_652.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

MINAYO, M.C.S. *Violência e saúde [online*]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006.

MOITA LOPES, Luiz Paulo da. *Gêneros e sexualidades nas práticas discursivas contemporâneas: desafios em tempos queer*. In: SILVA, Antonio de Pádua Dias da (Org.). Identidades de Gênero e práticas discursivas. Campina Grande: EDUEP, 2008.

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais.* In JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo, Atlas, 2020.

MOREIRA , G. A. R. et al. *Manifestações de violência institucional no contexto da atenção em saúde às mulheres em situação de violência sexual*. Saúde e Sociedade [online]. v. 29, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sausoc/a/YHkQDt7KQRYzbbYVh3Nw7mc/abstract/?lang=pt. Acesso em: 8 ago. 2021.

NAGAMINE, R. *Os direitos de identidade sexual*: *a não discriminação por orientação sexual no direito internacional.* Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga.* 2.ed. Campinas: Millennium, 2008.

OEA, Organização dos Estados Americanos. *AG/RES. 2435 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.* 2008. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2020.

OEA, Organização dos Estados Americanos*. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de gênero*. Asamblea general. Resolución n. 2807, de 06 de jun. de 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/derechos_humanos_orientacion_sexual_identidad_genero_resoluciones_ag.asp. Acesso em: 15 abr. 2021.

OLIVEIRA, Renan Antunes. *Estupro de soldado no Exército em Santa Maria.* Disponível em: http://www.sul21.com.br/jornal/soldado-estuprado-no-quartel-em-santa-maria-farda-nunca-mais/. Acesso:20/11/2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* 1948. Disponível em: https://www.un.org/en/. Acesso em: 11 out. 2020.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law.* 2019. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx. Acesso em: 11 out. 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Joint Statement No. A/63/635 on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity.* 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx. Acesso em: 19 nov. 2021.

OTAN. *Organização do Tratado do Atlântico Norte.* Disponível em: https://www.nato-pa.int/. Acesso em: 18 set. 2021.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Democracia e jurisdição*. 1. ed.- Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREIRA, M. V. T. *A Promoção dos Direitos Humanos da Diversidade Sexual no Direito Internacional dos Direitos Humanos.* In: GUERRA, Sidney. GUERRA, Caio. PINTO, Felipe (Org.). 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: olhares e desafios. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. *Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina.* Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – UFSC, Florianópolis*,* 2007.

PINHEIRO, Ester. *Há 13 anos no topo da lista, Brasil continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo.* 2022. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2022/01/23/ha-13-anos-no-topo-da-lista-brasil-continua-sendo-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo. Acesso em: 24 jan. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

POLITIZE. *Accountability: o que significa?.* Disponível em: https://www.politize.com.br/. Acesso em: 12 dez. 2021.

QUARESMA DA SILVA, D. *Instrumentación de la educación sexual en escuelas municipales de enseñanza fundamental en Rio Grande do Sul, Brazil*. EccoS. São Paulo, n.35, p. 125-140. set./dez. 2014. Disponível em: https://periodicos.uninove.br/eccos/article/view/3722/2886. Acesso em: 16 abr. 2019.

QUARESMA DA SILVA, D.R.; ROCHA, C.M.F. Cristina. *Gênero e diversidade sexual na escola: Apresentação do dossiê.* Revista de Educação, Ciência e Cultura.

UniLasalle: 2019. Disponível em: https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Educacao/article/view/6276/pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

QUEIROS, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra/São Paulo: Editora Coimbra e Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, T., org. *Manual de Comunicação LGBTI+*. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018.

REIS, T.; EGGERT, E. *Ideologia de gênero: uma falácia construída sobre os planos de educação brasileiros.* Educ. Soc., Jan 2017, vol.38, no.138, p.9-26. ISSN 0101-7330. Disponível em: https://www.scielo.br/j/es/. Acesso em 20 ago. 2018.

REVERBEL. Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier latin, 2010.

ROSA JUNIOR, Faustino da. *O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro.* Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833. Acesso em 16/07/2019.

RUDMAN, Annika. *The Protection against discrimination based on sexual orientation under the African Human rights system*. In: African Human Rights Journal, 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2015/v15n1a1/. Acesso em: 8 set. 2020.

.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências na Transição para uma Ciência Pós-Moderno.* Estudos Avançados, USP. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, maio/ago. 1988.

SANTOS, Moara de Medeiros Rocha; ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de. *Intersexo: o desafio da construção da identidade de gênero*. Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 17- 28, jun. 2004.

SANTOS, Everton R. *Ciência Política: Lições sobre o Jogo do Poder.* Ijuí.Ed. Unijuí. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. In: Educação e Realidade. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, v. 20, n.2. p. 71-99, jul/dez 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SCHUMPETER, José. *O conceito do valor social*. Quarterly Journal of Economics, volume 23, pág. 213-232. Disponível em: https://socialsciences.mcmaster.ca/. Acesso em: 05 jul. 2021.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. *Democracia e justiça [recurso eletrônico]: uma abordagem comparativa.* Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/571147/1/3183.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

SOUSA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas.* Conpedi, 2013.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de janeiro: Lumem Júris, 2005.

STURZA, J.M.; NUNES, J.B.A. Reflexões acerca da concretização de direitos: democracia e cidadania como elementos essenciais para a consecução de políticas públicas de inclusão social. In: GORCZEVSKI, Clovis; (Org.). Direitos humanos e participação política. Vol II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.* Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Unisinos, vol.38, n.1, jan.- abr.2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul. Acesso: 23 ago. 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Interpretação conforme a Constituição*. Teresina. Ano 4. N.º 39. Fevereiro. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=133>. Acesso em: 29 ago. 2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

TGEU, Transgender Europe*. Sob o radar: documentando a violência contra pessoas trans.* Disponível em: https://tgeu.org/about-us/. Acesso em: 10 dez. 2021.

UNHCHR – United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. *Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos.* Nova York e Genebra, 2012, Brasília, 2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx. Acesso em 20 ago. 2020.

UNHCHR – United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. *Regional Human Rights Systems in other Parts of the World: Europe, the Americas and Africa*. Disponível em http://bangkok.ohcr.org/programme/other-regional-systems.aspx. Acesso em: 6 set. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. S*upreme Court of the United States. Obergefell et al. v. Hodges, Director,* Ohio Department of Health, et al. Julgado em 26/06/2015. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em 29/10/20201.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Minorias Sexuais e Ações Afirmativas*. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, Brasília: Ed. Consulex, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Helena. *Afinal, o que é a Teoria Queer? O que fala Judith Butler?.* 2015. Disponível em: https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/cultura/51728/afinal-o-que-e-a-teoria-queer-o-que-fala-judith-butler. Acesso em: 10 set. 2021.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin.* Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

YOGYAKARTA, Princípios de. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.* Yogyakarta, Indonésia, 2006.

WILLIAM, Nelson. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. University Press of Kansas, 2000. Disponível em: https://kansaspress.ku.edu/978-0-7006-2653-3.html. Acesso em 18 mar. 2021.

WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual.* In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.