

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS SEXUAIS

Características e perspectivas no direito brasileiro

Mestrado em Direito

São Paulo

2015

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS SEXUAIS

Características e perspectivas no direito brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Thiago Matsushita.

São Paulo

2015

ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS SEXUAIS

Características e perspectivas no direito brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Thiago Matsushita.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Thiago Matsushita (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura_____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura_____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura_____

Julgamento: _____

Agradecimentos

Especialmente, ao Professor **Thiago Matsushita**, pelas conversas, conselhos e observações sempre tão pertinentes.

Aos entrevistados, **Heloisa Gama Alves** e **Luis Pereira Justo**, ouvidos para esta dissertação, que, gentilmente, aceitaram responder a vários questionamentos sobre o cotidiano de quem lida e se preocupa com a população LGBT, cujas informações prestadas provocaram profunda meditação sobre as dificuldades enfrentadas pelas minorias sexuais.

RESUMO

A dissertação propõe-se a analisar a configuração das minorias sexuais, discutindo conceitos e as razões de entendê-las como grupos vulneráveis. A pesquisa traça uma análise geral acerca dos direitos humanos, destacando os fundamentais, sua evolução ao longo da história, em especial, após a Segunda Guerra Mundial. Põe em relevo a posição assumida pelos princípios, tão marcantes no estágio pós-positivista do direito. Observa que, embora haja controvérsia, tanto a inclusão ampla de princípios nas Constituições mais recentes quanto o movimento do neoconstitucionalismo ou do pós-positivismo indicam a valorização da carga axiológica no direito, completando e enriquecendo a antiga visão positivista.

O estudo procura traçar as características das políticas públicas, promovidas em benefício das minorias sexuais, realizando uma breve análise do perfil que se apresenta, suas dificuldades (limitações), além de traçar perspectivas para futuro próximo e alternativas para atender mais satisfatoriamente a população-alvo deste estudo.

A pesquisa faz um comparativo com exemplos que sucederam em Estados europeus no que se refere à aparente maior amplitude do papel do Poder Judiciário brasileiro na definição e provocação (da iniciativa) das políticas públicas em estudo. Assim, realçando características próprias do Brasil, em especial, em função de sua Constituição demasiadamente analítica e rica em carga axiológica (e princípios), tentou-se explicar os motivos pelos quais o Brasil mostra sua função jurisdicional tão marcadamente pós-positivista, fazendo valer direitos fundamentais e conteúdo próprio de princípios adotados na Constituição; inclusive, próprios dos grupos componentes das minorias sexuais e na contramão da maioria estabelecida no Parlamento nacional.

Palavras-chave: Minorias sexuais. LGBT. Políticas Públicas. Ativismo Judicial. Pós-positivismo. Princípios.

ABSTRACT

The dissertation proposes to analyze the configuration of so-called sexual minorities, discussing concepts and reasons to understand them as vulnerable groups. It provides an overview about human rights, emphasizing the fundamental rights. Also their evolution through history, especially after the Second World War. It highlights the position taken by the principles, so striking in the post-positivist stage right. It notes that, although there is controversy, both the broad inclusion of principles in the latest Constitutions as the movement of said neoconstitutionalism or postpositivism indicate the valuation of axiological load on the right, completing and enriching the old positivist view.

It seeks to trace the characteristics of public policy, promoted on behalf of sexual minorities, performing brief analysis of the profile that presents difficulties (limitations) and draw prospects for the near future, as well as alternatives to answer more satisfactorily the target population of the study.

It makes a comparison with examples that succeeded in European States with regard to the apparent greater range of the Brazilian Judiciary's role in defining and provocation (the initiative) public policy under study. Thus, making highlighting the characteristics of Brazil, in particular due to its overly analytical and rich constitution in axiological charge (and principles), it focused to explain the reasons why Brazil shows its judicial function as markedly Postpositivist, enforcing fundamental rights and own content of principles adopted in the Constitution; even on behalf the component groups of so-called sexual minorities and against established majority in the National Parliament.

Keywords: Sexual Minorities. LGBT. Public Policy. Judicial Activism. Post-positivism. Principles

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	12
2.1	Os direitos humanos e (algumas) classificações	14
2.1.1	Sobre os direitos fundamentais	19
2.2	Proteção dos direitos humanos na sociedade mundial pós-guerra	27
2.3	Evolução do positivismo com recepção de valores éticos no direito: o pós-positivismo	30
2.3.1	Os princípios e sua carga ética	32
2.3.2	Os princípios e a subjetividade do julgador	36
2.4	Do direito da antidiscriminação e grupos vulneráveis	44
2.5	Persistência no tratamento desigual, especialmente, em relação a questões de gênero e sexualidade	50
3	GÊNERO, SEXUALIDADE E MINORIAS SEXUAIS	53
3.1	Orientação sexual e identidade de gênero: distinções e conceitos	56
3.2	Diagnóstico da sigla melhor aplicável à realidade social	58
3.3	Peculiaridades do grupo “TT”	61
3.4	Constatação da vulnerabilidade do grupo e critérios relevantes	63
3.5	Proteção da diversidade nos sistema global (ONU) e regional (Interamericano)	67
3.5.1	Parâmetros sugeridos pela ONU e a situação do Brasil	70
4	POLÍTICAS PÚBLICAS E MINORIAS SEXUAIS	73
4.1	Políticas públicas	73
4.2	Lenta evolução nacional	75
4.3	Ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais	78
4.3.1	A palavra final do STF em políticas públicas: efeitos “erga omnes” e vinculante	82
4.3.2	Espaço amplo para o ativismo judicial brasileiro: ações diretas de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção e ação civil pública	86
4.3.3	Hipertrofia do ativismo judicial brasileiro	94
5	ANÁLISE DE POLÍTICAS EXISTENTES PARA MINORIAS SEXUAIS	97
5.1	No Estado de São Paulo	97
5.2	Em âmbito federal	99
5.3	A sistemática de tratamento ao transexual: limitações e insuficiência	105
6	PERSPECTIVAS: MEDIDAS A SEREM TOMADAS PARA PLENO RESPEITO ÀS MINORIAS SEXUAIS	107
6.1	Cabimento de ações afirmativas para minorias sexuais	108
6.2	Persistência da amplitude do ativismo judicial brasileiro	111
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	117

REFERÊNCIAS	120
-------------	-----

APÊNDICES	128
-----------	-----

APÊNDICE A – Entrevista com Heloisa Gama Alves, Coordenadora de Políticas Públicas para Diversidade Sexual, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo

APÊNDICE B – Entrevista com Luis Pereira Justo, psiquiatra do Centro de Treinamento DST/AIDS (CRT), da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como foco principal a intolerância sobre minorias sexuais e o papel do Estado Brasileiro na promoção do verdadeiro respeito às diferenças sexuais: tanto identidade de gênero quanto orientação sexual. O cerne do estudo é analisar a observância (e efetividade), ou não, de direitos fundamentais, especialmente, no Brasil, no tocante à proteção de minorias sexuais.

Assim, o problema gerador da pesquisa é: (I) até que ponto as políticas públicas respondem às necessidades de grupos vulneráveis componentes das chamadas minorias sexuais? (II) ainda (tomando-se como parâmetro o que se executa concretamente), quais as características das políticas públicas brasileiras a esse respeito? e (III) o que esperar para futuro próximo?

A partir de uma visão mais ampla dos direitos humanos até alcançar a configuração dos fundamentais, procurar-se-ão as principais características e limitações desta proteção que poderia esperar-se num Estado de Direito. Como se verá, o Judiciário brasileiro tem vários exemplos de concretização da carga axiológica do Direito atual, inclusive, fazendo valer o conteúdo normativo dos princípios, contribuindo para o desenvolvimento e a defesa de direitos fundamentais. É que, diversamente do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, ao menos, quanto às minorias sexuais (identificadas no capítulo “3”) por sua orientação e/ou identidade de gênero), a efetivação de medidas protetivas promovidas no Brasil depende muito da atuação direta do Poder Judiciário. Nem tanto do Executivo. Menos ainda do Legislativo.

Ou seja, veremos que o Poder Judiciário no Brasil assume um papel especialmente relevante quanto às diretrizes de políticas públicas para minorias sexuais.

Fácil de ver e, portanto, possível dizer que, em nosso país, está-se diante da concretização de direitos fundamentais em seu conceito mais relevante: inclusive no cabimento de opô-los em face de eventual discordância com base em opinião dominante/majoritária da sociedade. São direitos fundamentais, assim, oponíveis, inclusive, em face da vontade da maioria, própria do regime democrático.

Conforme se sabe e será discutido mais detidamente a respeito, esse movimento e a tendência jurisdicional despertam diversas críticas, em especial, de usurpação de função própria do Legislativo.

Ocorre, todavia, como será exposto adiante, que tal característica de robustez do Poder Judiciário brasileiro encontra amparo na Constituição Federal de 1988. Mais ainda, será observado que, de alguma maneira sensata, vão sendo criados mecanismos para a abertura/democratização de processos relevantes, que, em tese, poderiam ser objeto de tratamento legislativo.

A mencionada força supostamente demasiada do Poder Judiciário nacional é demonstrada e exemplificada por meio do conhecido caso da união estável/casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos termos postos no ordenamento nacional, frente a outros ordenamentos constitucionais, como os europeus, que têm constituições também analíticas, como a brasileira.

O presente estudo enfoca ainda a classificação, as características, as dificuldades e necessidades protetivas dos grupos componentes das chamadas minorias sexuais.

Por fim, procurar-se-á traçar um breve panorama das perspectivas para as medidas protetivas a serem experimentadas no Brasil.

Haverá oportunidade de tecer uma análise a partir de uma visão mais pragmática sobre as políticas concretas, iniciativas tanto da União quanto do Estado de São Paulo. Tudo a fim de entender melhor o funcionamento e as limitações das políticas públicas em favor das minorias sexuais. Para tal desiderato, foram realizadas entrevistas com dois profissionais com larga experiência em políticas públicas para minorias sexuais, que integram os dois apêndices, ao final da dissertação.

Assim, de forma a discriminar ações mais relevantes, procurou-se um foco mais empírico, com base em experiências de profissionais relacionados com políticas públicas em prol de minorias sexuais. Foram entrevistados Heloisa Gama Alves, Coordenadora de Políticas Públicas para Diversidade Sexual do Estado de São Paulo e Luis Pereira Justo, psiquiatra do Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS (CRT). Não houve a pretensão de esgotar o tema, nem de restringir a amplitude de pesquisa sobre um Estado da Federação. Procurou-se tão somente aproveitar as experiências destes dois profissionais, de maneira a estimular as análises desenvolvidas na dissertação.

Bom observar, desde logo, que, apesar de atuar em “centro de referência” sobre doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, o psiquiatra entrevistado tem profunda experiência, também, com transexuais. Conforme poderá ser observado do teor de sua entrevista, o atendimento, inclusive, de transexuais – mesmo não se tratando de população

de maior risco para doenças sexualmente transmissíveis (equívoco comum, como se verá no capítulo “3” e apêndice “B”) – é, também, feito no “centro de referência”.

Afora a conversa sobre as dificuldades mais comuns dos grupos vulneráveis envolvidos na pesquisa (inclusive, sobre seus pleitos mais urgentes), os dois profissionais trouxeram subsídios relevantes para a análise (dos problemas) das políticas públicas oferecidas pelo Estado brasileiro. E, apesar de a pesquisa ter-se realizado na capital do Estado de São Paulo, é esperado que alcance o objetivo de traçar as características e as maiores fragilidades das políticas públicas brasileiras em sua integralidade.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo da evolução dos povos, há momentos de verdadeira confusão entre direito e moral; há ocasiões em que o direito tentou afastar-se por completo da moral; então, adiante, ainda que em outra roupagem, o direito parece ter procurado uma reaproximação com a moral. O campo – que, às vezes, apresenta-se movediço – entre direito e moral¹ (e, por conseguinte, no que se acredita ser justiça) evidencia-se, ao estudar o direito natural², o positivismo jurídico e, mais recentemente, o pós-positivismo.

O debate ganha contornos pragmáticos e dramáticos, ao analisar-se a história recente, especialmente, no século XX, a partir das atrocidades humanitárias experimentadas, em especial, nas duas Guerras Mundiais, ou em regimes totalitários³ que vão além deste período.

Se, após a Segunda Guerra Mundial, tem havido o reconhecimento do necessário respeito às diferenças (de qualquer ordem)⁴, é verdade, também, que a

¹ “A distinção entre a Moral e o Direito pode ser formulada muito simplesmente: a Moral fornece o critério para a apreciação de nossos interesses, enquanto o Direito marca os limites dentro dos quais nossos interesses se realizam. Destacar um critério para apreciação de nossos interesses é a função da Moral; determinar os princípios de sua recíproca limitação, é função do Direito. As demais distinções decorrem desta, que é fundamental, o que também justifica a harmonia que deve reinar entre a Moral e o Direito.” (RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999, p.72)

² Utilizando-se do termo, bom lembrar a seguinte lição: “O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teleológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.” (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.114).

³ Hannah Arendt exemplifica regime totalitarista na história com os Estados da União Soviética (especialmente, pela ditadura promovida por Stálin) e da Alemanha nazista, que fizeram uso alargado de propaganda de ideais, exaltando características de superioridade, envolvendo as massas, mesmo que, inicialmente, ou ao final, sendo movimentos dominados por um grupo de elite. A autora destaca que, a despeito de diferentes na formação, o resultado trágico de ambos os regimes coincide. Observa que o medo e a força (policia) fazem parte da instituição de regimes, que se alimentam de teorias de conspiração. Após sua instituição, leis ou regras de qualquer ordem acabam sendo colocadas de lado, num evidente papel secundário. (ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, s/d. Publicado originalmente em 1951).

⁴ A título de exemplo, Carta da ONU, 1945, e Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948). Ilustrativo fazer destaque ao teor do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

formalização deste amplo respeito às diferenças não tem sido verificado concretamente em inúmeros Estados. Ou, então, não vem sendo promovido na mesma intensidade por tantos outros Estados.

Os exemplos de ofensa à integridade da pessoa humana multiplicam-se, inclusive, após o final da Segunda Guerra Mundial, com a persistência de uma evidente intolerância das mais diversas naturezas: racial, religiosa, econômica, de gênero e sexualidade. Intolerância que tem motivado guerras, genocídios, conflitos os mais diversos, além de crimes impulsionados pelo ódio.

Direitos humanos são frutos de longa e antiga evolução histórica dos povos e não se limitam ao Ocidente, nem a Europa.

A esse propósito, cabe registrar “manifestações históricas” (portanto, com características diversas dos dias atuais) de direitos humanos, inclusive na China tradicional (com base no Código de Confúcio, que reconhecia o direito individual, a dignidade e valor pessoais, ainda que não fossem inerentes à pessoa, mas direitos adquiridos)⁵; na África tradicional, com o reconhecimento de oposição de direitos individuais frente ao Estado (o que provoca confusão, é verdade, entre direitos humanos e limitações a governos), com característica diversa do que vem sendo entendido na universalidade de direitos em função da pessoa humana (mas, sim, com base em critérios outros como idade, sexo, linhagem, posses ou “status” na comunidade)⁶ e, portanto, diverso da concepção moderna; Estados sob o islamismo apresentam noções com base no respeito à vida, à justiça, à liberdade de expressão (mas que implicava o dever de falar a verdade), entre outros valores, mas sempre com conotação religiosa (e não com base em direitos inalienáveis e igualitários mantidos por qualquer pessoa inerentes a sua condição humana)⁷.

Da mesma forma, a Grécia clássica, a despeito de trabalhar com elementos que receberam posteriormente uma nova roupagem e força, vinculava os direitos a critérios vários, como gênero, “status” familiar e cidadania.⁸ Em regra, a escravidão era universal na

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso” (preâmbulo, destacou-se)

⁵ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3.ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, p.76.

⁶ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3.ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, p.78.

⁷ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3.ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, p.79-80.

⁸ Hannah Arendt chamava a atenção para o fato de que a esfera particular não era estranha ao conhecimento na Antiguidade, mas seu significado não se confundia com o que veio a ser estabelecido modernamente: “Embora o erro de

Grécia; mulheres eram politicamente excluídas (e socialmente subordinadas); mesmo em cidades democráticas, a vasta maioria, inclusive, dos homens adultos residentes na “polis” não detinha todos os direitos possíveis.⁹

Daí, pode-se dizer que:

A eclosão da consciência histórica dos direitos humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.¹⁰

Facilmente (e será detalhado ao longo deste texto), nota-se uma evolução, numa importância crescente, além das fronteiras nacionais, de um evidente processo de internacionalização dos direitos humanos, o que restou reforçado após o marco histórico da Segunda Guerra Mundial.

2.1 Os direitos humanos e (algumas) classificações

A classificação dos direitos em gerações tem a facilidade de expressar as características peculiares de cada grupo. Não se trata, claro, de um grupo subjugar o anterior. Todos os direitos coexistem nos dias atuais, refletindo a complexidade da sociedade que se apresenta.

interpretação e o equacionamento das esferas política e social sejam tão antigos quanto a tradução latina de expressões gregas e sua adaptação ao pensamento romano-cristão, a confusão que deles decorre agravou-se no uso moderno e na moderna concepção da sociedade. A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37). E continua: “O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. A força compulsiva era a própria vida – os penates, os deuses do lar, eram, segundo Plutarco, “os deuses que nos fazem viver e alimentar o nosso corpo”, e a vida, para sua manutenção individual e sobrevivência como vida da espécie, requer a companhia de outros. O fato de que a manutenção individual fosse a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse a tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitas à mesma premência da vida. Portanto, a comunidade natural do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre as atividades exercidas no lar. A esfera *polis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre as duas esferas era que a vitória das necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.39-40). E arremata: “A *polis* diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer “iguais”, ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significa domínio, como também não significava submissão.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.41).

⁹ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3.ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, p.81-82.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.53.

Sobre esse aspecto, anota-se que a classificação com base em “geração” é criticada, por aparentar uma superação de determinada classe (ou geração) de direito por outra que a supostamente suceder. Por esse motivo, há autores que preferem fazer uso do termo “dimensão” em detrimento de “geração”.¹¹

De qualquer forma, qualquer que seja a classificação adotada, importa repisar que não se cogita de verdadeira superação, mas, sim, de uma efetiva coexistência dos diversos direitos reconhecidos. Daí, porque, doravante, neste texto, o termo “geração” será empregado como sinônimo de “dimensão”, deixando bem demarcado que não se trata de substituição (nem superação) de uma classe por outra.

Os direitos de primeira geração ou dimensão são reconhecidamente de caráter individualista¹², conforme explica Celso Lafer:

Com efeito, num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de

¹¹ “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. [...] Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz respeito com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.45). Em sentido semelhante, mas dando, ao que parece, maior destaque à necessidade do uso do termo de “dimensões”: “Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. In: (Orgs.) PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais de direitos humanos** v.5. São Paulo: RT, 2011. (versão digital).

¹² Valiosas as lições de Paulo Bonavides: “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.517). Mais adiante, o constitucionalista arremata: “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998).

inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social.¹³

São direitos de prestações, preponderantemente, negativas¹⁴ de serem suportados, tolerados, respeitados. Contrapõem-se aos de prestações positivas, normalmente, relacionadas com os direitos sociais, comumente chamados direitos de segunda geração ou dimensão. A propósito:

Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria Constituição, não do trabalho do legislador inferior. Os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos.¹⁵

Normalmente, diz-se que os direitos de primeira geração ou dimensão são essencialmente formais (respectiva previsão bastaria à observância), enquanto os de segunda geração ou dimensão exigem um aparato material (evidenciando, ainda, a tensão entre direito e política¹⁶):

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.¹⁷

Paulo Bonavides aponta aquela característica mais comumente atribuída a essa classe:

¹³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.126.

¹⁴ Ressalte-se, por oportuno, a lição de Gustavo Amaral, lembrando que, em verdade, mais correto mesmo apontar pretensão negativa ou positiva, tendo em vista que qualquer direito – normalmente tido por positivo ou negativo – traz implicações positivas e negativas, sendo artificial separá-los por completo. Seria o caso de encontrar caráter prevalecente, e não único.

(AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

¹⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.57.

¹⁶ “Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do status quo. Tal como observado por Kerbs, pretensões à conformação do futuro (Zukunftsgestaltung) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art.6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art.203 c/c art.6º) e à previdência social (CF, art.201 c/c art.6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica. A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a jurisdicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.” (MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.204).

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.519.

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade objetivada, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser criados, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.¹⁸

Ocorre, entretanto, que é uma visão simplista querer identificar plenamente os direitos sociais como positivos (ou de prestações positivas). Anote-se que tal característica, com efeito, não é absoluta: “Há direitos sociais que são eminentemente negativos, como o direito de sindicalização e o direito de greve, que não demandam qualquer conduta estatal intrinsecamente relacionada.”¹⁹

Partindo dessa observação, se a classificação em gerações serve ao estudo histórico e de características comuns às classes, não pode significar que os direitos agrupados não se misturem, não se completem. Deve-se ter forte a simultaneidade de direitos ditos de gerações diversas. Neste ponto, mais uma vez, vê-se o motivo da preferência de parte da doutrina pela referência a “dimensões”.

Sobre a complementariedade dos direitos, componentes de diferentes gerações ou dimensões, bastante clara a lição de Celso Lafer:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos dos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí, a complementariedade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.²⁰

Fala-se, ainda, da terceira dimensão de direitos fundamentais:

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.520.

¹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.81.

²⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.127.

[...] também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.²¹

No aspecto processual, os direitos de terceira dimensão são sentidos em ações populares, ações civis públicas, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, além de ações outras de ritos comuns (e as de controle concentrado de constitucionalidade), que cada vez mais assumem um papel relevante nos rumos do Estado. Inclusive e a propósito, os instrumentos processuais próprios dos direitos de terceira dimensão tomam um papel especialmente importante, também, quanto aos direitos em discussão nesta dissertação.

Além da tríplice classificação, tida sem contestações, diz-se, ainda, de uma quarta dimensão de direitos (e, até, uma quinta).²²

Quanto à quarta dimensão, comum a referência ao pensamento de Paulo Bonavides, conforme, também, destacado por Ingo Sarlet:

[...] reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. [...] esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, à democracia direta) e à informação, assim, como pelo direito ao pluralismo.²³

A despeito do engrandecimento dos direitos, além de fronteiras nacionais, a inclusão de outras gerações ou dimensões somadas às três tradicionais não é uma unanimidade. Inclusive, porque é forte o entendimento de que “todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.”²⁴

Ao referir-se a novas dimensões, em verdade, os doutrinadores fazem menção a supostos novos direitos, que, de qualquer forma, na esteira da lição de Ingo Sarlet, podem simplesmente significar a tríplice classificação já tradicional, destacando somente as

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.48.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.50.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.50.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.50.

consequências do uso da dignidade da pessoa (um conceito tão adotado nas Constituições contemporâneas e tão aberto e rico de carga axiológica).

Daí, pode-se dizer que, de alguma forma, existe a tendência de aumentar a classificação de direitos para quarta ou quinta dimensão à medida que se encontram novos direitos. Mas novos, porque não recebiam previsão clara de algum ordenamento. E tal novidade pode provocar o movimento de criação de novas dimensões.

Como exemplo, citemos a Constituição japonesa, na qual vem previsto um direito ao descanso, ao tempo livre.²⁵ Um pleito que seria um novo direito em relação a vários ordenamentos, mas não em relação ao japonês. O direito a um ambiente saudável, novo direito – porque não previsto na Itália, por exemplo –, mas já constante na Constituição brasileira. O mesmo se dá em relação ao direito à intimidade, previsto na brasileira, mas não em tantas outras.

Algumas Constituições mais modernas preveem, portanto, direitos inovadores ao momento da edição da norma instituidora (direitos novos, para tantos outros ordenamentos, por exemplo, com constituições já datadas). Uma outra possibilidade de se reconhecerem novos direitos é fazê-lo como se fosse natural (“ius” natural), independentemente de eventual previsão constitucional. Como se houvesse uma raiz ultrapositiva: fazer entrar novos direitos, não através do reconhecimento expresso na lei, mas da observação de que outras demandas aparecem com a sociedade.

Nesse tema sobre supostos novos direitos – porque não existe, de regra, um reconhecimento expresso em lei –, delega-se respectiva instituição à jurisdição, gerando (ou, na verdade, aumentando) a tensão entre o Parlamento e o Poder Judiciário.

2.1.1 Sobre os direitos fundamentais

Do que se viu em relação aos direitos humanos, oportuno clarificá-los em relação aos denominados direitos fundamentais:

Por tudo o que se acaba de expor, não é difícil entender a razão do aparente pleonismo da expressão **direitos humanos** ou **direitos do homem**. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.
Mas como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade?

²⁵ “Article 27. All people shall have the right and the obligation to work. Standards for wages, hours, rest and other working conditions shall be fixed by law. Children shall not be exploited.” (Disponível em: http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html. Acesso em: 28 abr.2015).

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.²⁶

Certamente, existe alguma dificuldade de discriminar exaustivamente o elenco de direitos fundamentais, assim como defini-los.²⁷ Ainda, à medida que sucede seu reconhecimento expresso pelo ordenamento, por meio da positivação, a contraposição ou destaque dos direitos fundamentais frente aos humanos perde um pouco o sentido.

Tanto por isso, vemos definições de caráter nitidamente formal. Por exemplo, a elaborada por Luigi Ferrajoli:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de direitos fundamentais: são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que tocam universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, ou cidadãos ou de pessoas capazes de agir; entendido direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestações) ou negativa (a não ser lesado) escrita para um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista ela própria por uma norma jurídica positiva, pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autores dos atos jurídicos.²⁸

De qualquer maneira, cumpre destacar que o rol constante da Constituição brasileira – a exemplo do que sucede com a portuguesa²⁹ – é expressamente

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70-71. No mesmo sentido: “Uma primeira dessas distinções é aquela entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. In: (Orgs.) PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais de direitos humanos** v.5. São Paulo: RT, 2011. (versão digital).

²⁷ Como assevera Alexy, é possível formular as mais diversas teorias de direitos fundamentais, partindo de diferentes naturezas: históricas, filosóficas e sociológicas (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2012, p.31). Todas podendo contribuir com a discussão, mas demonstrando ser difícil, senão impossível, haver unanimidade nos conceitos.

²⁸ “Propongo una definizione teorica, puramente formale o strutturale, di ‘diritti fondamentali’: sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* de persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) scritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per ‘status’ la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua edoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio.” (FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Roma: Editori Laterza, 2001, p.5, trad. livre).

²⁹ “Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos por lá daquelas que se encontrem definidas especificadas em cada momento. Daí poder apelidar-se o art.16º, n.1, de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. t.4. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p.195)

exemplificativo/aberto, permitindo a inserção de outros direitos fundamentais não previstos expressamente.³⁰

O fato é que a adoção e o alargamento evidente dos direitos humanos nos ordenamentos – por isso, trazendo à lume a classificação de “fundamentais” – pode significar em determinados casos fazer valer sua força, inclusive, em relação a princípio tão caro das sociedades atuais: o da democracia/maioria.³¹ É que, se levada em consideração a questão numérica/majoritária de maneira absoluta, estar-se-ia abrindo caminho a atrocidades sobre minorias, quaisquer que fossem, e por qualquer motivo (como religião, raça, gênero, sexualidade):

Essa tensão verifica-se porque a maioria no poder (mesmo pressupondo que tal poder teve origem e legitimação democráticas) pode ameaçar os direitos fundamentais. Pode ameaçá-los de forma sistemática e até teorizar essa atitude de hostilidade ou, no mínimo, de funcionalização/instrumentalização dos direitos fundamentais. Foi o que ocorreu no Estado autocrático do século XX (de matriz conservadora ou de matriz anticapitalista, nos momentos em que o regime invocava o apoio majoritário da população para proceder a violações sistemáticas dos direitos fundamentais) e ocorre no actual Estado islâmico. Mas, mesmo em Estado democrático, a pressão do poder político sobre os direitos fundamentais ou a possibilidade da sua afectação pontual estão sempre presentes, a partir do momento em que tem de se reconhecer, hoje, que os procedimentos democráticos não garantem uma qualquer identidade natural entre lei e justiça e que, mesmo quando a lei se adequa às exigências materiais da Constituição de Estado de Direito, os actos da Administração e do Poder Judiciário podem constituir intervenções restritivas ilícitas nos direitos fundamentais.³²

A verdade é que o princípio democrático, entendido apenas numericamente, mostra-se insuficiente para garantir a efetiva segurança e extensão dos direitos fundamentais. Por conseguinte, a verdadeira democracia não pode prescindir de um conceito, também, de justiça – especificamente, a justiça constitucional –, enaltecendo um

³⁰ O dispositivo da Constituição portuguesa tem a seguinte redação: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (art.16º, 1). Por sua vez, a Constituição brasileira, em seu art.5º: “§2º – 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 do Brasil seja parte.”

³¹ É uma visão bastante trabalhada por Dworkin, que defende haver direitos oponíveis ao Estado, mesmo quando representando posição majoritária: “But those Constitutional rights that we call fundamental like the right of free speech, are supposed to represent rights against the Government in the strong sense; that is the point of the boast that our legal system respects the fundamental rights of the citizen. If citizens have a moral right of free speech, then governments would do wrong to repeal the First Amendment that guarantees it, even if they were persuaded that majority would be better off if speech were curtailed.” (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.191).

³² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: (Orgs.) CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.81.

caráter substantivo da democracia (frente a uma visão meramente instrumental), levando, por consequência, em consideração interesses de eventuais minorias numéricas.³³

Ocorre que, afora a visão formalista dos direitos fundamentais, a exemplo da proposta de Ferrajoli, deve-se ter claro que os direitos fundamentais resultam de um processo histórico de reconhecimento de princípios basilares do homem, culminando no reconhecimento de sua dignidade pela simples condição humana, sem qualquer outro requisito (como “status” social, econômico, familiar, racial, sexual ou qualquer outro). Daí, porque, na hipótese de conflito destes direitos – que, afinal, refletem a dignidade humana – com eventual posição numericamente superior, pode-se, ainda assim, fazer valer os direitos fundamentais.

Repise-se, trata-se de uma característica dos direitos fundamentais, ou seja, de opô-los à maioria.³⁴

Direitos fundamentais baseiam-se em uma decisão do *pouvoir constituant* e estabelecem, na qualidade de atos de autovinculação democrática-fundamental, restrições a simples maioria parlamentar. Direitos humanos são, em contrapartida, segundo tradicional compreensão, direitos supraestatais que valem universalmente e vinculam a maioria constituinte. Eles representam, com isso, um critério de legitimação para a legislação estatal e uma fonte jurídica complementar para o Terceiro Poder.³⁵

Interessante e complementar a visão no sentido de compreender os direitos fundamentais da dignidade, liberdade e igualdade triangularmente. Não se trata, portanto, de encará-los individualmente.³⁶ A propósito:

³³ “The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as I indicated, that a decision is democratic even if it is very unjust. But the partnership conception does not make democracy independent of the rest of the political morality; on that conception we need a theory of equal partnership to decide what is or is not a democratic decision, and we need to consult ideas about justice, equality, and liberty in order to construct such theory. So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural, ideal. I said, in chapter 3, that we cannot construct an adequate theory of liberty without relying on other political virtues in our definition. The partnership conception makes a parallel claim about democracy.” (DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006, p.134)

³⁴ “[...] diríamos que, apesar da novidade da designação, a idéia dos *direitos como trunfos* acaba por ter uma origem e fundamento que, em termos substanciais, pode ser buscada numa linha de continuidade doutrinária e institucional profundamente enraizada na história do Estado constitucional. Doutrinariamente, essa linguagem vem do iluminismo e da sua concepção dos direitos fundamentais individuais como algo de natural, de pré e supraestatal; encontra-se posteriormente na reflexão sobre a natureza do Estado de Direito liberal, designadamente no chamado princípio da *repartição* ou *distribuição* formulado por Schmitt, segundo o qual, em Estado de Direito, a liberdade é, em princípio, ilimitada e a possibilidade de o Estado nela intervir é, em princípio, limitada; é continuada, entre muitas contribuições doutrinárias, na defesa da prioridade das liberdades de base (Rawls), na concepção dos direitos fundamentais como armaduras (Schauer), na definição de direitos fundamentais como constituindo algo tão importante que não pode ser deixado às decisões da maioria parlamentar simples (Alexy).” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012, p.43-44).

³⁵ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. **Direito Público**, v.5, nº25, p.18-41, mar.-abr.2009, São Paulo: Síntese, 2009, p.18, admitindo, todavia, objeções em relação a tais conceitos.

³⁶ “In the absence of a coherent concept of the relationship among our fundamental rights, dignity, liberty, and equality tend to be looked at in isolation, and they are interpreted in unsatisfying ways. Equality is then either substantive equality taken

É neste contexto que, igualmente buscando uma concretização da dignidade da pessoa humana na perspectiva do Direito, poder-se-á acompanhar, em linhas gerais, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da integridade física e moral (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).³⁷

Tal lição, aliás, esclarecendo o alcance amplo em diversos aspectos da vida humana do princípio da dignidade, pode ser concluída, também, pela obra de Hannah Arendt.³⁸ Mesmo com base numa visão formalista dos direitos fundamentais – como já anotado –, a exemplo de lição de Luigi Ferrajoli, observa-se o alicerce dos direitos fundamentais em base tríplice, consubstanciada nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana:

De fato, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos.³⁹

Verdade que, ao compor a base dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana ganhou força após a metade do século XX, utilizada para os mais diversos fins, inclusive, com exageros, tendendo a banalizá-la, com sua menção, por exemplo, em discussões “mais mundanas” (“como o uso obrigatório de cintos de segurança, o custo do

too far, running the risk of imposing particular ‘egalitarian’ results, or formal and symmetrical equality, which does not undo systemic injustice but upholds it as ‘difference’ or ‘dissimilarity’. Dignity, then, tends to be either an abstract principle, often called ‘value’, which opens the door for particularistic paternalism, or to be narrowly defined as a right against excesses only, which does establish a threshold – but one that rare cases ever meet. Liberty may be treated in a rather atomistic, property-like fashion, trumping other rights; this is part of the problem in the legacy of *Lochner*, which prevents us from taking a systematic look at problems of ‘precarization’, as new phenomena of material and sociocultural poverty or exclusion tend to be called in Europe. Isolated from one another, none of the fundamental rights is thus able to do justice to the challenges that constitutional and human rights are, I believe, meant to address.” (BAER, Susanne. **Dignity, liberty, equality**: a fundamental rights triangle of constitutionalism. 59 University of Toronto Law Journal, 2009, p.418-419) Adiante: “I want to show, however, that this craving should be resisted, since this is exactly the danger that dignity carries: it opens, if used in isolation, a space for metaphysics and moralistic particularities in law, just as liberty, in isolation, carries a danger of social Darwinism and equality, in isolation, carries a danger of egalitarianism (in the sense of crude equalization).” (BAER, Susanne. **Dignity, liberty, equality**: a fundamental rights triangle of constitutionalism. 59 University of Toronto Law Journal, 2009, p.430).

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.35.

³⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

³⁹ Di fatto, nell’esperienza storica del costituzionalismo, tali interessi coincidono con le libertà e con gli altri bisogni dalla cui garanzia, conquistata a prezzo di lotte e rivoluzioni, dipende la vita, la sopravvivenza, l’uguaglianza e la dignità degli esseri umani. (FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. Roma: Editori Laterza, 2001, p.7, trad. livre)

aquecimento residencial e as regras de serviço social”)⁴⁰. Pode-se enxergar, todavia, que a banalização é aparente, pois vem apenas evidenciar o norte essencial da dignidade da pessoa humana em relação aos demais direitos fundamentais:

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.
Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.⁴¹

Não se pretende simplificar o conceito de dignidade, vez que se nota o quão difícil, em verdade, é esboçar uma definição.⁴² Mesmo assim, conveniente dimensioná-la, de forma a entender seu alcance, especialmente, considerando o fato de ser, como já exemplificado acima, costumeiramente posta à análise judicial. Até porque soa indiscutível que a dignidade da pessoa humana assume uma posição especialmente relevante, servindo de norte à interpretação constitucional em sua integralidade:

Neste sentido, não vemos como, em relação aos direitos fundamentais sociais mais básicos – como o *trabalho*, a *saúde* e a *educação* –, estes não possam ser concebidos e valorados como “direitos prestacionais de natureza subjetiva” naquilo que neles possa ser tido por eminentemente “pessoal”, isto é, diretamente decorrente do princípio da “dignidade da pessoa humana” na sua dupla dimensão “individual” e “pessoal” – numa palavra, como ser socialmente integrado.
Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana como “conceito-chave de direito constitucional” poderá ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o papel de motor de “desenvolvimento” e “aperfeiçoamento” da ordem jurídico-constitucional. Isto tanto por “impulso” do legislador político democrático (entre nós, organicamente, a Assembleia da República e o Governo) como por parte dos órgãos específicos de controle de constitucionalidade, genericamente, tribunais e o poder judicial.⁴³

Feitas as ressalvas acerca de inúmeras vozes referindo-se à dignidade, para fins desta dissertação, adota-se o seguinte conceito, que destaca os cuidados à pessoa como indivíduo, componente (e merecedor) de uma sociedade:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana 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*

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.23.

⁴¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.102.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.16.

⁴³ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: (Org.) SILVA, José Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.192.

*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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*⁴⁴

Tal a importância basilar da dignidade da pessoa humana para os direitos fundamentais que as Constituições, em linhas gerais, no mundo, adotam expressamente sua previsão.

Como exemplo, citemos as Constituições alemã e espanhola, como a brasileira, que preveem cláusulas gerais, adotando especialmente a dignidade da pessoa humana⁴⁵ e acabam por permitir uma atuação jurisdicional bastante alargada. Dão oportunidade, com efeito, e um espaço amplo à atuação dos juízes.

Em complemento ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o art.53 da Constituição espanhola⁴⁶ repete, em grande semelhança, o art.19 da Constituição alemã⁴⁷, com respeito ao conteúdo essencial/mínimo de um direito fundamental. O mesmo se dá na Constituição portuguesa⁴⁸.

Interessante, também, o caso da Constituição italiana, já antiga: em 1948, seus constituintes não especificaram cláusulas gerais. Verdade que o art.2 da Constituição italiana⁴⁹ prevê o fato de a Itália reconhecer e garantir os direitos invioláveis do homem (a pessoa vem antes do Estado): é uma previsão que tem sido utilizada de dois modos diversos. Defende-se que tal comando seja considerado uma norma aberta, flexível, elástica, que permite a inclusão de novos direitos no ordenamento nacional.

A corte constitucional italiana, num primeiro momento, escolheu uma posição restritiva (não a aceitando como uma norma aberta): portanto, afirmando que o art.2 não introduzia no ordenamento nada além do que já era previsto na constituição (cláusula meramente descritiva). Nos anos 1970/1980, mudou-se o entendimento, e o Tribunal Constitucional começou a usar o art.2 como norma a permitir o reconhecimento de novos direitos, mesmo sem previsão expressa: por exemplo, o direito de uma pessoa transexual de

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.37.

⁴⁵ “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” (art.1)

⁴⁶ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

⁴⁷ “(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.”

⁴⁸ “3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” (art.18).

⁴⁹ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

mudar de sexo, analisando a lei de 1982, com decisão em 1985 (sentença n.161)⁵⁰, sempre com apoio no art.2 (vez que não havia qualquer outra regra que se aproximasse ao pleito concreto).

Atualmente, a corte constitucional italiana tenta chegar a um meio termo em relação às duas posições, mas sempre fazendo uso, se necessário, do art.2, diante da ausência de previsão respectiva.⁵¹

São referências relevantes no sentido de que, apesar de aceitar-se, normalmente, uma relatividade quanto aos direitos fundamentais, o reconhecimento de que, quanto à dignidade da pessoa humana, exista um núcleo duro, inviolável, e, portanto, absoluto (ou, ao menos, tendente a absoluto, sem ignorar a complexidade dos fatos que possam apresentar-se concretamente).

Ora, parece autorizado dizer que, mesmo sem regra expressa neste sentido, a Constituição brasileira, ao ditar como um dos fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana⁵² segue um rumo similar.

Ou seja, ainda que, na prática das discussões mais ordinárias, entenda-se possível o conflito entre os direitos fundamentais e a forma de solução de conflitos por meio, por exemplo, da análise dos critérios da proporcionalidade, a conclusão forte é de que haverá hipóteses de óbice absoluto em razão do núcleo duro de proteção ao ser humano. Ou seja, tratando-se de invasão do Estado frente ao indivíduo, esta proteção inviolável emergirá inquestionável. Suposta relatividade, de qualquer maneira, terá razão de ser na hipótese de confronto desta proteção dura, relacionada a pessoas diversas.

Mas, repise-se, o mesmo não se dará em relação ao Estado diante do indivíduo; é rigor fazer valer a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Acesso em: 21 jan.2015.

⁵¹ “Quest’ultima impostazione appare senz’altro da accogliere, ed anzi essa esprime una dele potenzialità più significative dell’art.2 Cost., che appare quindi ill fondamento di diverse sfere di tutela che si riannodano ala tutela ed allo sviluppo della persona umana, viste como espressione di un mínimo comun denominatore comune a tutte le ibertà (P. Barile). E anche la giurisprudenza costituzionale ne reca trácia, nonostante alcune oscillazioni in senso contrario. Così, nella sent. N. 98/1979, si è affermato che l’art.2 Cost. “nel riconoscere i diritti inviolabili dell’uomo deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti”. Nello stesso senso sono a sent. n.559/1989, relativa al riconoscimento del diritto all’abitazione, qualificato come inviolabile in forza dell’art.2 Cost. e la sent. n.223/1996, che la dichiarato incostituzionale l’art.698, comma, c.p.p. (e la legge n.225/1984), nella parte in cui consentivano l’extradizione per reati punibili nel Paese di destinazione con la pena di morte, dovendosi ritenere che il divieto di pena di morte di cui all’art.27, comma 4, Cost. si configura, nel sistema costituzionale, come proiezione della grazia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell’uomo riconosciuto dall’art. 2 Cost. Da segnalare, infine, è la sent. n. 494/2002, che ha richiamato anche l’art. 2 Cost. a proposito del diritto dei figli incestuosi al riconoscimento della paternità.” (CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**: libertà e diritti sociali. 3.ed.Torino: G. Giappichelli, 2011, p.176).

⁵² “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (art.1º).

A propósito de uma visão relativa ou absoluta dos direitos fundamentais, possível alcançar conclusão semelhante para a proteção da dignidade humana. Nesse sentido, ou porque a manifestação em discussão – por exemplo, a expressão da sexualidade no próprio casamento (inclusive, claro, igualitário) – significa e traduz o próprio núcleo duro da dignidade da pessoa humana (impondo respectiva observância e promoção pelo próprio Estado) ou porque suposta restrição a tal manifestação não se justificaria, ainda que levados em consideração direitos fundamentais diversos de titularidade de outros indivíduos (que, por questões morais ou religiosas, não concordem com estas expressões do ser humano). Então, mesmo em uma análise, atribuindo sentido relativo à garantia de seu conteúdo essencial, o obstáculo cogitado seria barrado num raciocínio próprio pela máxima da proporcionalidade, nos moldes defendidos por Robert Alexy. Ou seja, numa visão absoluta ou relativa da garantia ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, as conclusões deverão igualar-se.

Conclusão diversa afetaria a garantia de “mínimo social” (ou “mínimo existencial” ou “standart mínimo”).⁵³

Ou seja, considerando questões tão caras, como as que são analisadas nesta oportunidade, por qualquer teoria a qual se filie, é possível concluir a preponderância de suas expressões tão relevantes à dignidade da pessoa humana.

2.2 Proteção dos direitos humanos na sociedade mundial pós-guerra

Vencido, especialmente, o marco histórico da Segunda Guerra Mundial, objetiva-se evitar uma nova experiência da “coisificação” do ser humano, conduta própria de regimes totalitários (exemplo eloquente do Estado Nazista). A propósito do totalitarismo, Celso Lafer:

⁵³ “Com efeito, quem entenda o conteúdo dos direitos fundamentais sociais como integrando o conjunto de ‘tarefas constitucionais objetivas’ (*objektive Verfassungsaufträge*) – que se traduzem, quanto ao Estado, na determinação de ‘deveres objetivos’ de criação dos pressupostos de exercício de uma liberdade que se pretende efetiva e real – poderá aportar numa solução de compromisso entre um amplo reconhecimento de pretensões a prestações positivas e a recusa total de compreensão dos direitos fundamentais como direitos de participação, sustentando que estes últimos se mostram necessários à defesa e manutenção dos direitos fundamentais de liberdade. Estes não serão, então, interpretados a partir do postulado da sua ‘otimização’, isto é, da defesa de uma justiça social, cuja realização cai no domínio das competências do legislador; antes, a partir de um ‘*standard* mínimo’ decorrente da necessidade de proteção do Estado à luz do princípio da liberdade fundamental. Esse ‘*standard* mínimo incondicional’ – que se encontra fixado, na Alemanha, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional – não deve, porém, ser interpretado como um conceito fechado; antes, vem sendo progressivamente fixado e desenvolvido numa perspectiva casuística. Essa ‘garantia de um mínimo social’ – ou ‘*standard* mínimo’ compreendido como ‘mínimo existencial’ – destina-se a evitar perda total da função do direito fundamental, por forma a que este não resulte ‘esvaziado’ de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido.” (QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justificabilidade. In: (Org.) SILVA, José Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.172).

O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, neste sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o *isolamento* destrutivo da possibilidade de uma vida pública – e a *desolação*, que impede a vida privada.

[...]

O ‘tudo é possível’, na dinâmica do totalitarismo, parte do pressuposto, também, examinado no capítulo anterior, de que os seres humanos são supérfluos. Tal pressuposto contesta a afirmação kantiana de que o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade. Contesta, igualmente, e de maneira frontal, o processo de objetivação histórica que, de acordo com Miguel Reale, levou a uma conquista axiológica: a do reconhecimento do valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ de todos os valores sociais e, destarte, o fundamento último da ordem jurídica, tal como formulado seja pela tradição do jusnaturalismo moderno, seja pela deontologia [...].⁵⁴

Na mesma linha, Fábio Konder Comparato destaca os campos de concentração soviético e nazista como exemplos de coisificação do ser humano ao longo do século XX⁵⁵:

A criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor, e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.⁵⁶

⁵⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.117-118.

⁵⁵ Ainda, exemplificando na mesma linha: “Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do ‘eu versus o outro’, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença se tornava visível para conceber o ‘outro’ como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, além da escravidão e do nazismo, merecem destaque as violações do sexismo, do racismo, da xenofobia, da homofobia e de outras práticas de intolerância.” (PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988**: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.342)

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.35-36.

Sobre o *Gulag*, bom dizer que, apesar de pouco mencionado, não fica a dever ao horror nazista, tendo o agravante de ter se estendido muito além do final da Segunda Guerra Mundial, tornando-se conhecido pelo mundo somente após o fim da União Soviética. Originado na Rússia czarista, o *Gulag* tomou dimensão maior após a Revolução Russa, continuando a expandir-se durante a Segunda Guerra Mundial e alcançando seu ápice nos anos 1950. Desde 1929, quando o *Gulag* iniciou sua expansão até a morte de Stalin, em 1953, estima-se que 18 milhões de pessoas tenham passado por esse sistema de terror.⁵⁷

A propósito dos horrores cometidos no século XX, importa salientar a situação de descaso histórico, experimentada por minorias sexuais, cujo número de vítimas pelo nazismo não é claro. Por obra deste descaso histórico, nem o respeito às vítimas desta condição – diversamente do ocorrido com os judeus – vem simbolizado em memoriais. Isso, apesar de incontestável o fato de que o regime nazista promoveu uma perseguição implacável aos homossexuais, a exemplo do que fez com os judeus. Com a peculiaridade perversa aos homossexuais, que, normalmente, não tinham sua orientação sexual exposta nem no âmbito familiar, menos ainda diante de toda a sociedade.⁵⁸

A Segunda Guerra, portanto, representa um evidente marco histórico, a partir do qual emerge um forte reconhecimento da pessoa humana, num movimento de reconstrução dos direitos humanos:

É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução.⁵⁹

Esta reconstrução vem corporificada, especialmente, pela Declaração de 1948 “e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993”.⁶⁰ Iniciou-se no

⁵⁷ Para informações mais detalhadas: APPLEBAUM, Anne. **Gulag: a history**. New York: Anchor Books, 2003.

⁵⁸ SEEL, Pierre. **I, Pierre Seel, deported homosexual: a memoir of Nazi Terror**. Traduzido do francês para inglês por Joachim Neugroschel. New York: Basic Books, 1995.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.344.

⁶⁰ “A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: ‘Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.’” (PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008 – nota de rodapé nº6).

período após a Segunda Guerra Mundial a internacionalização dos direitos humanos⁶¹, o que é sentido cada vez mais, num trajeto forte que, espera-se, seja sem retorno.

No movimento de internacionalização dos direitos humanos, os instrumentos de proteção multiplicam-se:

O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais.⁶²

E, além de multiplicar-se, somam-se, vez que, na proteção da pessoa, valerá a regra mais favorável, seja nacional, regional ou global.

2.3 Evolução do positivismo com a recepção de valores éticos no direito: o pós-positivismo

No Estado liberal, o *jusnaturalismo* cede diante do positivismo que, experimentado com força, procurou impor distância entre direito e moral. As características do positivismo são bastante conhecidas. Seu apogeu normativo confunde-se com a doutrina do jurista Hans Kelsen, cuja síntese transcrevemos:

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (I) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (II) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (III) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (IV) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.⁶³ (destacou-se).

Mas é fato que o positivismo jurídico não transmutou a própria sociedade, que sempre foi, e continua sendo, heterogênea em todas as manifestações humanas.⁶⁴ Mais

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.77.

⁶² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.78.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.118-119.

⁶⁴ Perry faz análise acerca da sociedade americana plenamente aplicável à brasileira: “The moral culture of the United States is pluralistic: American society comprises many different moral communities, including religious communities. Some observers think that this state of affairs makes the United States a City of Babel that productive moral discourse among all or even most of the various moral communities is impossible to achieve because the basic moral beliefs of many communities are fundamentally different from those of many others. Even if it does not make the United States a City of

ainda, em função do engrandecimento de valores éticos sobre o direito, esta suposta confusão entre moral e direito mostra-se cada vez maior, enriquecendo o próprio direito.

O enfraquecimento⁶⁵ do positivismo jurídico – ao menos, em sua versão pretensamente pura – faz prova da dificuldade de distinção plena entre direito e moral.

Pois bem, após a Segunda Guerra Mundial, vê-se “para o constitucionalismo, um momento de balanço, mas, sobretudo, de viragem ou refundação”; constata-se a “*rematerialização* do conceito de Estado de Direito, não mais identificado com o Estado de legalidade do positivismo, que havia aberto, mesmo que involuntariamente, o conceito ao preenchimento por quaisquer valores desde que actuados na forma da lei.”⁶⁶ Mais: trata-se de reconhecer – uma admissão de culpa da sociedade que testemunhou tantas atrocidades na Segunda Guerra Mundial? – os riscos patentes da adoção rigorosamente formalista, pela hierarquização, competência na emissão de normas jurídicas, instrumentalizando a pessoa, desconsiderando o homem, o ser humano (com suas necessidades próprias pelo simples fato de existir).

Ronald Dworkin tecia uma profunda crítica à positividade do direito. Assinalava, inclusive, que o positivismo não explicava o movimento dos juízes em direção à moral de forma a julgar casos extremamente difíceis (como chamava, numa tradução livre, os *hard cases*).⁶⁷

Clara a ruptura em relação às normas positivadas, defendida por Dworkin. Verdade que Dworkin é criticado por atribuir uma natureza moral ao direito, como se

Babel, the pluralistic character of American moral culture gives rise to a number of serious problems concerning the relation of morality and religion to politics and law, which is the aim of this book to address.” (PERRY, Michael J. **Morality, politics and law**. New York: Oxford University Press, 1990, p.3; 4).

⁶⁵ De qualquer forma, inegável a contribuição do positivismo, como bem lembrado por José Afonso da Silva: “A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio: ‘Kelsen desenvolve o tema da pureza metódica sobre a base de duas purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana [...]. Esta purificação tende a eliminar todo o naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem uma segunda purificação; agora, dentro do próprio dever ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever ser axiológico. Essa outra purificação tende a eliminar toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen busca uma categoria vazia, um conceito puro em sentido Kantiano [...]. Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico.’” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, nº67, maio-jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 26 nov.2014.)

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012, p.198.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.81 e ss.

houvesse retorno ao *jusnaturalismo*⁶⁸. Em sua obra, verifica-se, de fato, a vinculação que defendia com a moral.⁶⁹

Abre-se, de qualquer maneira, com o pós-positivismo um panorama indeterminado, menos preso à rigidez das leis postas. Baseado em questões axiológicas, torna o direito menos óbvio, menos exato e, talvez, por isso, mais rico e conforme a complexidade da sociedade.

Se, no positivismo jurídico, era mais simples aplicar, ou não, determinada norma, considerando um raciocínio quase matemático (pela subsunção) – presentes as condições previstas no comando normativo, a norma tinha sua incidência ao caso concreto (ou, não presentes, a norma não vinha aplicada concretamente) – no pós-positivismo, a operação intelectual pode-se mostrar mais complexa. E a razão é evidente: porque a análise dos princípios implica, necessariamente, enfrentar, também, a carga valorativa (aberta e indefinida) de seu conteúdo.

2.3.1 Os princípios e sua carga ética

Oportuna a distinção entre regras e princípios,⁷⁰ enaltecendo o caráter variável de indeterminação, o que vem demonstrar sua respectiva carga axiológica. A propósito, segue lição de Virgílio Afonso da Silva, com base em Robert Alexy:

⁶⁸ “Neste particular, a questão que se põe em relação à teoria de Dworkin refere-se à possibilidade de tratar-se de mais um modelo jusnaturalista: os princípios jurídicos seriam deduzidos de mandamentos morais universais. Parece-me que esse argumento não procede.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.54).

⁶⁹ “I just spoke of ‘principles, policies, and other sorts of standards’. Most often I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. Although nothing in the present argument will turn on the distinction, I should state how I draw it. I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle.” (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.22, grifos nossos).

⁷⁰ A explicação dada por Alexy na distinção entre princípios e regras não é, claro, unanimidade. José Afonso da Silva discorda da colocação dos princípios no mesmo nível de regras, como espécies de normas. Para o jurista: “O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja, aquela *ideia-germe* e *ideia-força das instituições jurídicas*, *idéia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Idéia que só se revela, concretamente, depois da formação da respectiva instituição jurídica (plano da linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não é precedente, mas consequente, ou seja, que não é dessa idéia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a idéia da instituição é precedente. [...] Como os princípios fundamentam a existência das regras, é fácil de concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem três tipos de princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos das regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos das regras deônticas. Nessa teoria, a distinção entre princípios e regras não são aquele cavalo de batalha da teoria de Alexy,

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

[...]

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.⁷¹

Exatamente porque os princípios são observados na medida do possível (e não no todo ou nada, como normalmente sucede com as regras), Alexy⁷² denomina-os de mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre as regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁷³

Ainda que se reconheça utilidade da classificação apresentada por Alexy, importante notar que a discriminação não é unânime. Observe-se a crítica de Habermas, destacada por Marcelo Neves:

Habermas parte de que os princípios como ‘normas mais elevadas, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico’. Com base nessa premissa, ele critica o

porque a distinção sai tranqüila da relação entre o fundamento e o ser fundamentado.” (SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, nº67, maio-jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 26 nov.2014).

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.45.

⁷² Esclarecedor sobre a complexidade do tema saber que Alexy não é tido de forma unânime como pós-positivista, a despeito de sua teoria sobre princípios: “Perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. Assim, o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sai constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. Daí, ser positivista todo o conceito semântico de norma tal qual o oferecido por Robert Alexy, em que a norma é identificada em abstrato subdividindo-se em regras e princípios. No pós-positivismo, a norma é fruto de conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é sempre algo mais que a simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto.” (NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. In: **Revista de Direito Privado**, ano 14, v.53. São Paulo: RT, 2013, p.18).

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2012, p.90.

modelo dos princípios como mandamento de otimização, porque ele seria antes adequado a um modelo de ponderação de valores. Estes, como preferências compartilhadas intersubjetivamente, são suscetíveis de sopesamento orientado para fins, implicando tensões e concorrências por primazia. Princípios como normas seriam válidos ou inválidos, não comportando ‘ponderações’ e contradições entre si, antes devendo pertencer a uma conexão coerente de sentido, ou seja, a um ‘sistema’. Eles não determinam o que é preferido ou que é bom para nós (ou para mim), como os valores, mas sim o que é devido para toda e qualquer pessoa.⁷⁴

E complementa adiante:

No sistema jurídico, muito embora seja fundamental a binariedade no plano do código ‘lícito/ilícito’, há uma pluralidade de critérios e programas que comportam tensões e conflito entre si. Embora o direito esteja orientado para determinar, em última instância, se algo é lícito (conforme ao direito) ou ilícito (não conforme ao direito), antes que se chegue a uma resposta sobre essa questão desenvolve-se, em cada caso (exceto na mera observância cotidiana e na pura aplicação rotineira), uma cadeia ou rede complexa de argumentos que se articulam com base nos mais diversos critérios invocados para a solução da controvérsia jurídica. Nesse processo argumentativo, o cotejo entre critérios que se apresentam como apropriados para a tomada de decisão é recorrente, implicando inclusive a ponderação entre normas usualmente colidentes. Portanto, a binariedade do direito está associada a uma postura seletiva em relação aos diversos critérios normativos invocados para a solução de um caso, comportando o sopesamento de princípios, que, porém, não se destina nem é apropriado a levar à otimização destes.⁷⁵

Por sua vez, Humberto Ávila, que, sem se prender ao modelo fixo de princípios *versus* regras de Alexy, chamou atenção para uma questão relevante: a força (normativa) dos princípios. E como pode ser perigoso pensar que todo e qualquer princípio pode vir a ser afastado por ponderação. Sobre o tema, Ávila enfatiza o que segue:

Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto *constritor e heterolimitador*. O simples fato de a aplicação de qualquer norma – seja um princípio, seja uma regra – depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e requerer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para a determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana – se por meio da estatuição de regra ou de um princípio. Assim, quando estatui regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição.⁷⁶

⁷⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.73.

⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.88.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.141.

Pois bem, reconhecendo-se não haver unanimidade, soa razoável defender que, partindo dos posicionamentos acima, adotando ou criticando Dworkin, o grande legado deixado por sua doutrina tenha sido a vinculação do direito com a moral. Não se trata de defender, conforme alerta Marcelo Neves, o retorno ao *jusnaturalismo*. No entanto, urge demarcar uma visão clara no sentido de que os princípios – e, aí, com apoio na visão destacada de José Afonso da Silva – expressam um conteúdo axiológico, até então, renegado pelo positivismo jurídico.

Mas, será mesmo que podemos usar como balizas relevantes para o ordenamento nacional (brasileiro) a manifestação estrangeira de nomes como Alexy e Dworkin, por exemplo, cada qual tomando por base, também, seus ordenamentos e realidades locais?

A resposta mais ajustada, e com o devido respeito aos críticos, é positiva.

É que a Constituição brasileira de 1988 é um exemplo forte de Carta com intensa carga axiológica, recheada de princípios (que, adota-se, neste trabalho, como sendo, também, expressão de valores). Aliás, muitas vezes, criticada em função desta característica (como texto demasiadamente aberto/indeterminado). No entanto, conforme se verá exemplificado adiante, o Brasil, como Estado-Juiz, tem exemplos frequentes e eloquentes de concretização de princípios, demonstrando a efetiva aplicação da significativa carga axiológica na resolução de conflitos.

Ainda, a carga valorativa, tão proclamada em relação aos princípios, não se restringe apenas a eles, mas, da mesma forma, estende-se às demais normas (também, portanto, às regras). Melhor dizendo: uma provável colidência de valores será observada em qualquer espécie de análise, pouco importando a natureza das normas envolvidas, inclusive, porque parece ser essa a tônica do direito atualmente posto em discussão em nossos Tribunais.

Daí, porque, apesar de estrangeira a doutrina destacada – com força em Dworkin ou Alexy, por exemplo –, é certo que o Brasil, na prática, está promovendo a aplicação do direito numa clara visão pós-positivista. Isso, a despeito de haver vozes discordantes sobre esse momento histórico do constitucionalismo atual. Mesmo assim, reconheça-se o enfraquecimento do positivismo puro em função do texto constitucional brasileiro de 1988. Ao mesmo tempo que, na esteira do constituinte de 1988, a Justiça vai atuando de forma a fazer valer o caráter axiológico adotado pela Constituição.

De qualquer maneira, como exemplo de crítica ao modelo pós-positivista, assinala-se o posicionamento do jurista italiano Luigi Ferrajoli, que ilustra bem a diversidade no entendimento sobre o pós-positivismo *versus* o positivismo, tão arraigado na doutrina e na jurisprudência italiana:

A legitimidade da jurisdição se funda, na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são um fator de deslegitimação da atividade do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). É óbvio que a satisfação de um ideal similar é uma questão de grau, dependente do grau de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Mas, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, o Poder Judiciário perde qualquer legitimidade.⁷⁷

É comum que algumas críticas – na verdade, estrangeiras (como no exemplo do professor italiano) – em relação à posição brasileira partam da realidade nacional de cada autor. Daí, porque, no exemplo italiano, uma Constituição já datada, sem a adoção principiológica (própria do pós-positivismo), além de uma Corte Constitucional, bastante atenta à rigorosa e tradicional Separação de Poderes – o exemplo forte dessa postura seja a discussão sobre o casamento igualitário, destacada adiante nesta dissertação. É de se esperar, portanto, que cause espanto o que tem sido adotado na jurisdição constitucional brasileira.

2.3.2 Os princípios e a subjetividade do julgador

Sendo correto, portanto, afirmar que está presente a carga axiológica compondo o direito, especialmente, o constitucional, esta variável tem efeitos concretos na subjetividade do julgador. Fácil observar que a evolução dos princípios⁷⁸ ao longo do século

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Traduzido por André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 22 fev.2015.

⁷⁸ Mas não apenas os princípios. Ver, a propósito do aumento da subjetividade do julgador (consoante os termos do texto constitucional originário), a previsão da Constituição de 1988 acerca de preceitos fundamentais (ao dispor sobre nova espécie de ação direta, a arguição de descumprimento de preceito fundamental): “Num raciocínio por exclusão, parece incontroverso que não se pode entender por preceito fundamental todo e qualquer dispositivo da Constituição. Fosse esse o espírito do art.102, §1º, da Constituição Federal, certamente faria referência expressa a esta, deixando de empregar a expressão em análise. Também não nos parece adequada uma interpretação reducionista, restringindo o conteúdo semântico de tal expressão aos princípios fundamentais, como, aliás, chegamos a entender no passado. O que entender, então, por preceito fundamental? O vocábulo fundamental dá a ideia de base, de alicerce ou, em suma, de fundamento. [...] São normas materialmente constitucionais aquelas tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação. Destarte, a idéia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex.,

XX promove, igualmente, o aumento da subjetividade do julgador,⁷⁹ atraindo críticas e o temor de abusos:

Embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra uma suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado. Essa linha de argumentação critica tanto um recurso exagerado aos princípios, quanto um recurso exagerado à ponderação ou ao sopesamento como forma de aplicação do direito. E o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta *subjetividade* e a uma suposta *irracionalidade* do sopesamento.

Na Alemanha, três são os principais autores dessa vertente crítica, que foram depois seguidos por vários outros, seus discípulos ou não. O primeiro deles é Friedrich Müller, que afirma que o sopesamento nada mais seria do que a expressão das pré-compreensões mal explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto; segundo ele, ponderar seria mais sugestão do que decisão. E Müller utiliza palavras muito semelhantes às usadas por Carlos Ari Sundfeld: o sopesamento seria a expressão de uma certa preguiça em face do trabalho interpretativo.

[...]

O terceiro autor, também nessa mesma linha crítica, é Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Segundo ele, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser uma material para se decidir o que é bom ou o que é ruim.⁸⁰

federalismo, princípio republicano, etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.93-94)

⁷⁹ O que traz ao debate o “ativismo judicial”. No Brasil, o fenômeno mostra-se forte mais recentemente, a partir da Constituição Federal de 1988, e é verificado em todos os juízes e Tribunais (não apenas no Supremo Tribunal Federal): “Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterà, inevitavelmente, um espaço jurídico ‘vazio’ a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. Mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. Falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, nº15, jan.jun.2012, p.48-49).

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: (Orgs.) MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p.363-380.

Este temor não é algo novo. E sempre se repete em face do Judiciário⁸¹, em julgamentos que causam comoção,⁸² atribuindo aos juízes – todos, mas, claro, especialmente, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões têm mais repercussão nacional – uma interferência indevida sobre os outros Poderes. A verdade, entretanto, é que o juiz (aquele que se espera diante da complexidade com a derrocada do positivismo jurídico) deve ser sensível a toda complexidade de direitos posteriores à Segunda Guerra Mundial:

Neste sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman (1994, p. 189-90) ‘por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa’. Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais).

Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação

⁸¹ Nem exclusividade brasileira. Muito pelo contrário: faz parte de debate nos Estados democráticos. Observe-se anotação de Cappelletti: “As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram consequências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o ‘terceiro poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. [...] Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p.46).

⁸² Por exemplo: na discussão sobre união homoafetiva, travada no Supremo Tribunal Federal, na qual a Corte decidiu à unanimidade seu reconhecimento, conforme a Constituição Federal de 1988. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe-198 Divulg 13-10-2011 Public 14-10-2011, julgamento destacado adiante); julgamento sobre aborto do feto anencéfalo (BRASIL. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-080 Divulg 29-04-2013 Public 30-04-2013), enfrentando adequação/interpretação do Código Penal em relação à Constituição de 1988; recepção da Lei de Imprensa, nº5.250/67, pela Constituição de 1988 (BRASIL. ADPF 130/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009), com procedência, ao final, declarando-se a não recepção; recepção da lei de anistia, nº6.683/19, confirmada pela rejeição da ADPF 153/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe-145 Divulg 05-08-2010 Public 06-08-2010), o que, contudo, colide com decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Gomes Lund versus Brasil – Guerrilha do Araguaia” (exemplificando como a última palavra da Corte Constitucional nacional pode não bastar para apaziguar a discussão); julgamento sobre direito de greve de servidores públicos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008 e, ainda, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008).

principlológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados, e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.⁸³

Importa salientar que se trata de uma visão idealizada – até ingênua – que defende haver segurança jurídica, fazendo valer uma medida estritamente objetiva. Muitas vezes, dar-se-á o oposto, ou seja, será o caráter subjetivo que terá o condão de complementar a atividade jurisdicional, solucionando efetivamente os problemas postos ao Poder Judiciário (e, por conseguinte, apaziguando os conflitos):

Não nos parece inteiramente correta a afirmação de que os pontos de vista subjetivo e objetivo da segurança jurídica sejam independentes e possam, com isso, ser separados. Muitas vezes observa-se justamente o contrário: garantias à primeira vista constituem manifestações estritamente objetivas do conceito de segurança jurídica e podem sofrer alterações significativas quando confrontadas com direitos subjetivos.

[...]

Para chegar a essa conclusão, cumpre observar a enorme diferença existente entre as concepções “liberal” e “sociodemocrata” da segurança jurídica. Segundo aquela concepção, seria suficiente assegurar um âmbito de liberdade aos atores privados para que a segurança jurídica fosse satisfatoriamente implantada. Contudo, sob a perspectiva de um Estado de bem-estar social, isso é muito pouco. Se a Constituição assegura não só a fruição da liberdade e da propriedade, mas também a moradia, o trabalho e a saúde, o significado da segurança jurídica também será outro – não se trata de simplesmente assegurar um âmbito de liberdade e preservar o *status quo* jurídico e social, mas de influir positivamente na realização de um estado de coisas. Nesse sentido, a realização da segurança jurídica pode também pressupor a realização de mudanças radicais na forma de distribuição de bens e direitos na sociedade.⁸⁴

A mesma controvérsia foi posta, quando da instituição da jurisdição constitucional, à medida que se discutia sobre a primazia do Parlamento frente àquilo que dispunham os juízes, vez que, numa visão tradicional, apenas o Parlamento poderia traduzir a soberania e, afinal, a vontade popular. Todavia, a história foi ratificando a implantação da jurisdição constitucional, ou seja, o efetivo controle pelos juízes de leis postas pelo Parlamento numa verificação acerca da lei: se, afinal, de acordo com a Constituição.⁸⁵

⁸³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66.

⁸⁴ DIAS, Roberto; LAURENTIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de; POZZO, Augusto Neves Dal. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.207-209.

⁸⁵ “Este conflito se acentua no Estado Constitucional, cuja pedra de toque será o controle de constitucionalidade. Mediante este controle, atos do Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada (em alguns sistemas, como o brasileiro) no Judiciário. Surge, assim, a *Justiça Constitucional*, a qual se apresenta como importante e legítima no desempenho de novas funções consentâneas com a nova estruturação dos sistemas jurídicos (cf. TAVARES, 2005a:48), mais complexos, cuja tônica é (I) a superação do dogma do Parlamento absoluto e (II) a intromissão nos outros ‘poderes’, no que diga respeito a temas como governabilidade e políticas públicas, para atender demandas sociais constitucionalizadas. Assim, ‘não há quem se contente com o mero descumprimento burocrático de uma antiga legalidade que fundamentava o clássico Estado de Direito, legalidade ‘mágica’ de um mundo abstrato. O Estado de Direito

Assinala-se que, dos países com referência destacada (inclusive, normalmente, utilizado como exemplo de controle de constitucionalidade por órgão político)⁸⁶ do controle de constitucionalidade, a França, em 2008, incrementou seu controle de constitucionalidade das leis, fazendo-o incidir, também, posteriormente à respectiva edição.⁸⁷ Ou seja, mudou o panorama, até então, existente de controle preventivo. Restou, portanto, rompida, talvez, a última fronteira de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis – ao menos, o exemplo mais paradigmático, forte na característica da Separação de Poderes, inerente ao Estado Francês –, visto com mais força quando realizado posteriormente a sua edição, momento em que, afinal, é colocada de lado a manifestação expressa da vontade do Parlamento.

Este contexto vem reforçar o reconhecimento geral acerca da intervenção esperada e necessária dos juízes, pelo singelo motivo de que serão eles, os juízes, que, necessariamente, deverão fazer valer a observância dos direitos fundamentais, inclusive, diante de uma eventual posição contrária da maioria.

Por isso mesmo, diz-se do “risco” de os juízes assumirem uma posição demasiadamente destacada no direito.

A solução para este suposto risco compõe naturalmente o sistema jurídico: a fundamentação das decisões judiciais. Neste sentido:

Habermas admite que a positivação implica a diferença entre direito e moral, assim, como a fundamentação direta das normas jurídicas em princípios jurídicos. Não obstante, ele relaciona o princípio da positivação ao princípio da fundamentação. O direito precisa ser justificado, nessa perspectiva, no âmbito de uma moral pós-convencional ou universalista. No âmbito da tensão entre ‘faticidade’ e ‘validade’, a instrumentalidade política do direito tem como contraponto a sua indisponibilidade moral. Superado o seu ‘fundamento sacro’, o direito precisa ser legitimado por procedimentos racionais, moralmente justificáveis. Esse modelo pode ser concebido como um modelo de fundamentação.⁸⁸

contemporâneo pressupõe níveis de legitimidade antes ignorados’ (OSORIO, 2006, p.61).” (TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012 a, p.25)

⁸⁶ “Determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão exercitante uma posição de preeminência no Estado, cuidam mais adequado e aconselhável cometê-lo a um corpo político, normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-lo aos tribunais.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.270).

⁸⁷ “Article 29. Après l'article 61 de la Constitution, il est inséré un article 61-1 ainsi rédigé : “Art.61-1.-Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.” (Disponível em: <http://legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 20 jan.2015).

⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.114.

Por conseguinte, admite-se que a carga axiológica dos princípios traz uma inafastável dose adicional de subjetividade ao intérprete do direito. No entanto, este espaço menos exato não pode implicar arbitrariedade, mas, sim, exigir a fundamentação clara do entendimento alcançado, fazendo valer o conteúdo ético (e indeterminado) no direito – próprio dos princípios, na acepção adotada neste texto – em benefício das soluções jurídicas num mundo cada vez mais complexo e dinâmico.

Neste contexto, interessante a opinião de Luiz Alberto David Araújo, observando uma nítida evolução, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, diante da crescente subjetividade do Supremo Tribunal Federal:

No início da existência da Constituição de 1988, tínhamos uma objetividade quase ingênua, ou seja, todo ato normativo estadual ou federal (desde que entendido como tal) poderia se submeter ao controle, pela ação direta de inconstitucionalidade se ferisse a Constituição Federal. Não havia, portanto, qualquer subjetividade no conhecimento da ação. Esse perfil objetivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº03/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, já que a Corte Suprema entendeu que haveria de ser apenas a controvérsia relevante objeto desta ação. Nesse passo, a subjetividade, trazendo um número enorme de possibilidades do Ministro Relator e da Corte Suprema, desde que presentes certos requisitos, todos anunciados de forma aberta, a autorizar o permear da subjetividade. Por fim, deparamo-nos com a Lei nº9.882/99 que, seguindo a linha da Lei nº9.868/99, traz também, poderes para o Relator e para a Corte Suprema. Além de repetir, quanto ao procedimento, alguns comportamentos outorgados pela lei anterior (Lei nº9.868/99), a nova disciplina traz conceitos também genéricos, sem definir especificamente termos (como ‘preceito fundamental’ ou ‘descumprimento’) e, no parágrafo único, do artigo primeiro, entrega ao Supremo Tribunal Federal outra vez, a ideia de analisar ‘relevância’. Verifica-se, desta forma, que o sistema caminhou, partindo da objetividade singela da ação direta de inconstitucionalidade para os conceitos genéricos e inseguros da arguição de descumprimento de preceito fundamental, passado pelo caráter de “relevância” da ação declaratória de constitucionalidade.⁸⁹

O constitucionalista, reconheça-se, igualmente, reforça aquela visão ingênua no sentido de que seria melhor para a segurança jurídica uma visão objetiva.

É que, se parece defensável dizer que houve um aumento da subjetividade, verdade que a objetividade em relação aos requisitos para o conhecimento de uma ação direta, da mesma forma, não se verificava com tanta certeza. Era, sim, aparente. Em realidade, a análise dos requisitos para o conhecimento de ação direta serve como exemplo à afirmação de que, costumeiramente, a carga de subjetividade sempre esteve presente nas

⁸⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.172-173.

balizas do ordenamento brasileiro. O que se pode reconhecer, entretanto, é que a subjetividade mostra-se cada vez mais às claras.

Não à toa, o ordenamento jurídico vem criando instrumentos de democratização do processo, exemplificado, especificamente, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Resta, atualmente, bastante diversa a amplitude da arena de debate no Supremo Tribunal Federal sobre como sucedia anteriormente. Nesse sentido, em 1985, por meio de emenda a seu Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal restringia a discussão em ação direta às partes do processo, obstando a participação de terceiros, e, por conseguinte, restringindo o campo de discussão.⁹⁰

Entretanto, o panorama transformou-se bastante em função da Lei nº9.868/1999, art.7, §2º.⁹¹

Ainda que não seja o local próprio de discussão legislativa, as ações em curso no Supremo Tribunal Federal permitem audiências públicas e a participação de terceiros (ainda que a título de “amicus curiae”), o que serve à finalidade de promover debates, adotando, nesse aspecto, uma característica típica de discussões travadas no Legislativo. Na prática, procura-se “democratizar” ou ampliar uma discussão.

Mesmo que, em última análise, conclua-se pela produção normativa (abstrata e geral) por atuação do Poder Judiciário, parecendo inovar o panorama jurídico (porque concretiza a carga axiológica, especificamente, dos princípios), em defesa de direitos fundamentais, de qualquer maneira, democratizando-se o processo, estar-se-iam mitigando (não eliminando, é verdade) eventuais distorções desta atividade, ainda que emanada do Poder Judiciário.

Longe de afirmar categoricamente sobre o descabimento de fechar os olhos para o princípio da Separação de Poderes, pode ser que, na prática, a experiência recente do Brasil possa funcionar como uma resposta à incapacidade do Estado-Legislador de atender às necessidades da Nação, inclusive, claro, as suas várias minorias. Trata-se de fenômeno já indiscutível na realidade constitucional após a Segunda Guerra Mundial, inclusive, conforme bem observado por Jorge Reis Novais:

⁹⁰ “A Suprema Corte, desde a edição da Emenda Regimental n.2 de 1985, não permitia a assistência de terceiros nas ações diretas de controle.” (BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. **Revista CEJ**, Brasília, nº19, out.-dez., 2002, p.86).

⁹¹ “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Por sua vez, paralelamente à *invasão* de uma justiça de casos e, afinal, de apreciação efectiva das *questões de facto* por parte dos Tribunais Constitucionais, também no modelo europeu os tribunais comuns passam a aceder directamente à Constituição e, mais, a aplicá-la directamente enquanto norma jurídica suprema. Com efeito, através do impulso fornecido pelas idéias-chave do novo constitucionalismo, particularmente as de aplicabilidade directa dos direitos fundamentais constitucionais e as de reconhecimento dos deveres de protecção dos direitos fundamentais (em casos excepcionais também reconhecimento de um dever de promoção dos direitos fundamentais) que recaem sobre os poderes estatais no seu conjunto e, logo, também sobre o poder judicial, os juízes europeus assumem a parte material da Constituição também como coisa *sua* que invocam e aplicam nos casos concretos que são chamados a decidir.⁹²

Até porque não é novidade o fato de a Separação de Poderes não ser absoluta, havendo exceções bem claras na própria Constituição.

Portanto, ganham relevo o princípio basilar constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o importante papel assumido pela democratização do processo, ambos fortes e tendentes a trazer a esperada e necessária legitimidade às decisões tantas vezes inovadoras do Poder Judiciário.⁹³

A subjetividade acima referida, inegável reconhecer, pode intensificar a sensação de insegurança jurídica, observada facilmente em casos de mudanças corriqueiras de posicionamento jurisprudencial.

É que, como será visto mais a frente, o efeito vinculante, adotado constitucionalmente desde 1993, no Brasil, não impõe ao Supremo Tribunal Federal o dever de seguir seus próprios precedentes. Tal “liberdade” é fato que se observa, também, no Superior Tribunal de Justiça, em relação a seus precedentes. Trata-se de uma diferença bastante forte em relação ao “stare decisis” – também, assunto mais aprofundado adiante –, que, sabe-se, impõe, inclusive, à Suprema Corte (no exemplo comumente lembrado dos Estados Unidos) a necessidade de observar seus precedentes (excepcionando, claro, mudança expressa de entendimento ou entendimento fundamentado de inaplicabilidade concreta).

⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012, p.210.

⁹³ Certamente, a legitimidade do Tribunal poderia ser reforçada diante de modificação do modelo de escolha dos seus Ministros. É, copiado o que estabelecem os Estados Unidos, no Brasil, ao contrário de lá, de regra, as indicações tomadas pelo Presidente da República ganham ares definitivos. É o que se conclui dos 5 (cinco) casos de rejeição de indicados no Brasil, todos ocorrendo num período muito curto: “**Na história republicana brasileira**, ao longo de 125 anos (1889 a 2014), **o Senado Federal**, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), **rejeitou cinco** (5) indicações presidenciais, **negando aprovação** a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, **das seguintes pessoas**: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocência Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo.” (MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 4.ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf. Acesso em: 25 jan.2015).

A distinção explica-se pela natureza de “civil law” ou “common law”, mas a “civil law” não pode traduzir-se nem justificar a defesa de insegurança jurídica.

Tanto por isso, a preocupação quanto a mudanças rotineiras de entendimento jurisprudencial faz-se presente no legislador. A propósito de modificação há muito discutida (no projeto de novo Código de Processo Civil) prevaleceu na redação⁹⁴ que os Tribunais deverão, eles próprios, passar a observar com mais rigor seus precedentes, sob pena, frise-se, de criarem uma verdadeira confusão nas instâncias inferiores (e o aumento da insegurança jurídica no país). O novo CPC, assim, traduz uma preocupação que deve nortear os julgadores, em especial, dos Tribunais Superiores, num estímulo à manutenção e à coerência das decisões judiciais.

Tudo, sob risco, frise-se, de a subjetividade permitida ao Poder Judiciário mitigar a própria segurança jurídica dele esperada, ao mesmo tempo que são solucionados conflitos, inclusive, de minorias/grupos vulneráveis.

2.4 Do direito da antidiscriminação e grupos vulneráveis

Antes de adentrar ao item proposto, bom conceituar preconceito e discriminação. Para tanto, aproveita-se da lição de Roger Raupp Rios:

Por preconceito, designam-se as percepção mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente, na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.⁹⁵

⁹⁴ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art.10 e no art.489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia. §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” (BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015).

⁹⁵ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.15.

Adiante, com base nos dispositivos constitucionais brasileiros e nas normas convencionais (especificamente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher), o autor apresenta seu conceito jurídico constitucional de discriminação:

[...] como sendo “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”. “Distinção”, “exclusão”, “restrição” ou “preferência” são termos que almejam alcançar todas as formas de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos.⁹⁶

Neste contexto, destaca ainda abordagens procedimentais⁹⁷ e substantivas⁹⁸ diante da discriminação, partindo do direito norte-americano. Conclui cabível a análise procedimental, também, no direito brasileiro, atuante em casos nos quais:

[...] ímpetos discriminatórios informem a atividade estatal. Com efeito, nestas hipóteses, o direito brasileiro admite, via aplicação do princípio da proporcionalidade, a invalidação de atos estatais irrazoáveis como aqueles fundados em desejo de discriminar.⁹⁹

Da mesma forma, exemplifica como fundamentos da abordagem substancialista os arts. 3º e 5º (mencionando os incisos I e XLII, com preocupação acerca do sexismo e do racismo).¹⁰⁰

⁹⁶ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.20.

⁹⁷ “O desejo deliberado de prejudicar pode manifestar-se de modo ostensivo ou sutil, bem como através da pura e simples desconsideração do grupo visado. Portanto, uma vez detectados hostilidade, negligência, indiferença ou antipatia em direção a certo grupo, estará configurada uma violação da igualdade. [...] A perspectiva procedimentalista, nesta linha, acentua a necessidade da demonstração de alguma destas motivações e intenções viciadas na tomada de decisões e na execução de medidas estatais.” (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.25).

⁹⁸ “A perspectiva substancialista pode ser resumida em dois grupos, designados como (1) teoria do estigma e (2) teorias da desvantagem dos grupos discriminados. A proposição fundamental das teorias do estigma é que a *equal protection clause* proíbe o tratamento dos indivíduos como membros de um grupo inferiorizado ou como não-participantes da sociedade. Trata-se de uma proteção contra a deterioração da situação de indivíduos e grupos, decorrentes da imposição de estigmas, sejam eles resultantes da ação pública ou privada. Nesta perspectiva, o estigma, em si mesmo, é visto como um dano. O princípio da igualdade, diante dele, institui uma obrigação *prima facie*, por parte da sociedade e do Estado, do reconhecimento dos grupos estigmatizados como participantes da comunidade que merecem igual respeito e consideração. As teorias da desvantagem voltam sua atenção para a situação de privação socioeconômica sofrida por grupos discriminados. Preocupada com o grau de participação nos bens sociais, esta perspectiva propõe uma revisão das práticas e das instituições que criam, reproduzem e perpetuam desigualdades materiais. Para tanto, adota a perspectiva do discriminado, ao invés do tradicional ponto de vista do agente ou do beneficiário da discriminação, no escrutínio das práticas e instituições sociais pelas quais a desigualdade permanece e se agrava.” (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.27-28).

⁹⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.27.

¹⁰⁰ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.30.

Em verdade, a partir do direito à igualdade, surge o indispensável dever de respeito às diferenças:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).¹⁰¹

Anote-se, ainda, a chamada “igualdade proporcional”, que ganha força em situação de excepcional restrição orçamentária, a exemplo da discussão travada no direito português. A propósito, o conceito procura conjugar dois princípios constitucionais presentes no direito brasileiro: o princípio da igualdade e o da proporcionalidade (já aceito e aplicado pela jurisprudência nacional, inclusive e especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto para julgar casos de conflitos de direitos fundamentais¹⁰² quanto para evitar abusos legislativos¹⁰³). Ou seja, diante de medidas restritivas/contenção de direitos, dever-se-ia promover a análise conforme o princípio da proporcionalidade.¹⁰⁴

O ordenamento jurídico brasileiro adota a igualdade em toda sua extensão:

Com efeito, a igualdade formal, prevista na fórmula “todos são iguais perante a lei”, está contemplada no *caput* do art.5º. Por seu turno, a igualdade distributiva, como ideal de justiça social, vem contemplada logo a seguir, quando o mesmo *caput* estabelece a garantia de inviolabilidade do direito à igualdade. Como menciona Oscar Vilhena Vieira, esse dispositivo constitucionalizou “duas faces do princípio da igualdade”: a igualdade como imparcialidade e a igualdade distributiva.

Mas a Constituição brasileira vai além, pois também leva em consideração a igualdade material ao reconhecer as identidades, dando guarida à igualdade orientada pelos critérios de gênero, idade, raça, etnia e orientação sexual, dentre outros. Em relação a tal aspecto, vale lembrar dispositivos constitucionais que

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.343 (grifo nosso).

¹⁰² “Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.136 Distrito Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-213 Divulg. 29/10/2014 Public 30/10/2014).

¹⁰³ “**A jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, *bem por isso, tem censurado a validade jurídica* de atos estatais que, **desconsiderando** as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, **veiculam** prescrições que *ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas* (RTJ 160/140-141, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 176/578-579, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **HABEAS CORPUS 115.613 SÃO PAULO**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-155 Divulg 12/08/2014 Public 13/08/2014)

¹⁰⁴ “A medida restritiva teria sempre de ser submetida a um teste de proporcionalidade e o interesse público invocado, ínsito na exigência de equilíbrio das contas públicas, não poderia equivaler a um carimbo, já que, atenta a sua gravosidade na esfera do rendimento das pessoas, careceria de uma rigorosa motivação. O legislador restringe, mas é obrigado a justificar de uma forma cabal e fundada.” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição** em tempo de crise do Estado Social. t.II. v.2. Coimbra: Coimbra, 2014, p.728)

protegem este ideal de justiça, como os estampados nos arts.3º, inciso IV; 5º, inciso XLII; 7º, inciso XX; 37, inciso VIII; 227 a 232.¹⁰⁵

Noutras palavras, pode-se dizer que o direito brasileiro procura promover verdadeira igualdade – material –, fazendo, se for o caso, uso da técnica de tratar de modo diferente aquele que for desigual, na medida de sua desigualdade, e, então, encontrando o equilíbrio na diferença.

Assim, existe no direito brasileiro um evidente direito da antidiscriminação, ora proibindo diferenças de ordens várias (expressamente em leis infraconstitucionais ou, ao menos, com base em preceito aberto constante da Constituição de 1988); ora, prevendo a promoção efetiva do alcance da igualdade (observando a dignidade da pessoa humana), com ações que persigam tal desiderato.¹⁰⁶

Ou seja, a atuação estatal por qualquer dos Poderes constituídos (Executivo, Legislativo ou Judiciário) pressupõe a identificação dos grupos vulneráveis, aqueles em situação desfavorável, que merecem, por esse motivo, um tratamento diferenciado. Mas como caracterizar a vulnerabilidade?

O primeiro critério do “mais fraco” (vulnerável) a ser destacado é de distribuição, em duas perspectivas:

Uma irá tratar da distribuição de “bens” universalizáveis – renda, saúde, educação, etc. – e outra irá deter-se na análise da escolha pelo Estado de certos grupos para formá-los como alvo de políticas públicas específicas, inclusive, muitas vezes, para a concessão, de modo diferenciado, desses mesmos direitos.

A primeira dimensão é relevante; um corte no conceito deve considerá-la. Existem alguns meios de mensurá-la. Um deles é o IDH, Índice de Desenvolvimento Humano, que mede basicamente saúde, educação e renda.

[...]

A segunda dimensão do acesso a bens será mensurada pela criação de normas e políticas focalizadas para o atendimento de tais grupos e se baseia no reconhecimento pelo Estado daqueles grupos como merecedores de atendimento específico. Serão analisadas normas que instituem políticas afirmativas (cotas, por

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.353.

¹⁰⁶ Não se está dizendo, registre-se, que o direito nacional coincide com a abrangência e dinamismo do direito estadunidense, de onde foi emprestado o termo “direito da antidiscriminação” (*Anti-discrimination law*). Tal observação vem expressa no início da obra de Roger Raupp Rios (2008, p.13-15), que, contudo, reconhece cabimento de, emprestando um pouco a experiência exitosa estadunidense, desenvolver no Brasil um direito nacional da antidiscriminação. E, a título de exemplo, o “Estatuto da Igualdade Racial” (Lei nº12.288/2010) traduz direcionamento inquestionável do Brasil no desenvolvimento desta área jurídica. Ainda, entendemos que o termo “direito da antidiscriminação” tem um sentido duplo muito pertinente: transmitindo (I) noção de tratar do conjunto de previsão normativa (direito objetivo), buscando combater discriminação e promover efetiva igualdade, como, igualmente, poder ser entendido como (II) um direito subjetivo de qualquer pessoa de não sofrer diante de comportamento discriminatório e poder pretender efetiva situação igualitária, de respeito e oportunidades, independentemente de qualquer fator.

ex.) e programas governamentais direcionados a determinados grupos e a visão que engendrou a criação do programa.¹⁰⁷

A outra dimensão do conflito “mais fortes” e “mais fracos” não se relaciona necessariamente com os bens passíveis de distribuição. Diz respeito a um “reconhecimento”, a um direito à identidade, referindo-se ao “ser” e não ao “ter”.¹⁰⁸

[...] com padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, exemplificados por situações de dominação cultural (sujeitar-se a padrões de interpretação e de comunicação próprios de outra cultura, alheios e hostis à cultura do grupo dominado), não-reconhecimento (práticas culturais dominantes que tornam invisível e irrelevante certo grupo) e desrespeito (ser cotidianamente injuriado ou menosprezo por meio de estereótipos presentes na cultura dominante e nas interações cotidianas).¹⁰⁹

Interessante que os dois aspectos destacados – distribuição e reconhecimento – parecem indicar caminhos diferentes (contraditórios): distribuição indicando igualdade; reconhecimento exaltando diferenças. Ocorre que, longe de tal conclusão apressada, os dois critérios, em verdade, enriquecem o princípio da igualdade, numa visão conjunta com a dignidade da pessoa humana. Fazendo observar uma vida digna, com acesso a bens materiais (cuja distinção não se mostra justificada pela igualdade), mas não perdendo de vista a manifestação pessoal (inclusive, sexual) e cultural, essa, sim, inafastável e não posta à negociação.¹¹⁰

E o sucesso na promoção da igualdade exigirá “reconhecer a diferença sem canonizá-la, admitir o conceito de identidade sem torná-la fixa e fechada pela reificação do outro.”¹¹¹

O fato é que, diante de proteção tão intensa em relação às diferenças das mais diversas ordens, foram sendo inseridas regras com foco nítido de mitigar as discriminações, ou, ao menos, de enfraquecer as práticas discriminatórias. Os exemplos multiplicam-se ao

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Ivanilda; NORONHA, Rodolfo Liberato de. A vulnerabilidade como impeditiva/restritiva do desfrute de direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, nº4, p.129-146, jul.-dez.2008, p.138. Roger Raupp Rios, citando Nancy Fraser, igualmente, faz destaque do critério de distribuição/justiça socioeconômica (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.80).

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Ivanilda; NORONHA, Rodolfo Liberato de. A vulnerabilidade como impeditiva/restritiva do desfrute de direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, nº4, p.129-146, jul.-dez.2008, p.139.

¹⁰⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.80.

¹¹⁰ “[...] nas últimas décadas do século XX, grupos e movimentos sociais que reivindicam agendas progressistas passaram a perseguir o reconhecimento das diferenças e a promoção da diversidade”. (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.81).

¹¹¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.84.

longo dos anos, nacional e internacionalmente, enfocando desde questões de gênero, com regras de proteção às mulheres, indo a questões raciais, com proteção de minorias raciais.

Muito mais acanhada, todavia, vem sendo a proteção a minorias em função de sexualidade, especificamente, identidade de gênero e orientação sexual.

Na verdade, em que pese o evidente avanço de regras protetivas sobre vários temas, o mesmo não sucede em igual medida em relação estes grupos. Não, certamente, com a mesma intensidade e necessidade, conforme os pleitos das pessoas interessadas.

De fato, o Poder Legislativo, muito sensível que naturalmente se mostra a questões que movem a sociedade (portanto, firmes na questão numérica, no possível alcance do consenso próprio da vontade popular), defende com força e desinibição temas relacionados a mulheres e raciais. É que, mesmo eventualmente se tratando de assuntos ligados a verdadeiras minorias numéricas (o que, diga-se, não é o caso das mulheres), tais populações ganham alguma simpatia e apoio, certamente, da maioria da população. E, portanto, alcança-se facilmente um consenso, de maneira a conformar-se com a vontade da maioria.

Ou seja, mesmo se tratando de direitos próprios de grupos vulneráveis, a inserção de normas protetivas sobre mulheres e minorias raciais não se mostra difícil. Mais: atua-se, embora certamente se refira a direitos fundamentais, conforme a vontade da maioria, o que facilita a instituição e a implementação de medidas protetivas.

Ocorre, entretanto, que será nos temas relacionados à sexualidade que, em verdade, vê-se a dificuldade maior de instituição de normas protetivas.

Noutras palavras, tratando-se de questões de gênero (mas estranha à mera distinção homem-mulher) sobre transexuais-travestis ou de orientação sexual (sobre homossexuais ou bissexuais), vemos muito mais claramente a configuração de direitos de minorias (grupos vulneráveis), inclusive, numéricas, e sem o apoio da maioria política.

Com efeito, a razão de se adotarem regras protetivas de mulheres e minorias raciais explica-se por ação excludente ao longo da história sobre grupos desprotegidos, gerando efeitos concretos na vida de pessoas, com dificuldade (maior que as pessoas pertencentes às várias tantas “maiorias”) de acesso à educação, saúde, mercado de trabalho etc. Disso, inegável reconhecer que pessoas pertencentes a grupos de minorias sexuais por identidade de gênero ou orientação sexual, na maior parte das situações, terão sofrido as mesmas dificuldades que as pessoas de outros grupos vulneráveis, mas protegidos (mesmo que a proteção não seja completa ou efetiva, mas, ainda assim, existente) pelo Estado.

Na verdade, analisando com mais cuidado, pode-se dizer que as dificuldades deverão ser de ordem ainda maior, pois, em grande parte dos casos, a discriminação nascerá já na família, agravando a carência ao acesso a direitos básicos.

Em conclusão, se é claro o direito à antidiscriminação, inclusive, com base nas regras constitucionais brasileiras, vê-se uma nítida insuficiência quanto às medidas protetivas estatais a populações de minorias sexuais. E, concretamente, esta insuficiência é observada tanto no parâmetro da distribuição (com reflexos negativos na educação e acesso ao mercado de trabalho) quanto no de reconhecimento (com resistência ao respeito à identidade sexual, ao insistir no desrespeito e na violência perpetrados contra estes grupos sociais).

2.5 Persistência no tratamento desigual, especialmente, em relação a questões de gênero e sexualidade

A despeito de ter sido vencido o marco histórico da Segunda Guerra Mundial (e a derrota do regime totalitário), cumpre observar que a conduta de desprezo ao valor basilar do ser humano (pela sua simples existência) permanece:

No mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e, portanto, sem lugar no mundo. Por essa razão, o inter-relacionamento do tema da ruptura como o da crise dos direitos humanos continua na ordem do dia.¹¹²

Ainda, a persistência de discriminação colide fortemente com a busca de qualquer ser humano pela “realização de sua própria felicidade”, aproveitando a lição kantiana, muito bem apontada por Fábio Konder Comparato:

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.¹¹³

¹¹² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.118.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.35.

Por mais sedimentadas que sejam as lições sobre extensão e força da dignidade da pessoa humana, com respeito pleno à igualdade e à liberdade (e respeito às mais diversas diferenças), necessário observar que não faltam exemplos atuais de inobservância, de desrespeito em função de fatores quaisquer (sempre justificando discriminações), dentre os quais o gênero e a sexualidade.

Nas hipóteses de ausência de direito, em especial, qualquer direito fundamental (por exemplo, diante de omissão legal para casamento entre pessoas do mesmo sexo biológico), poder-se-ia dizer de uma suposta justificativa com base em confronto entre outros direitos, tentando fundamentar a limitação. Ocorre que este contexto não sucede concretamente.

Como se verá, a sexualidade, a orientação sexual e a identidade de gênero, nas várias e diversas manifestações, não podem ser vistas como doenças. Por consequência, não possuem uma cura. São, portanto, naturais e inerentes à complexidade própria do ser humano.

Tanto que, por esse aspecto, não se constata uma contrariedade ou oposição entre direitos que pudesse justificar uma eventual subtração ou diminuição de quaisquer direitos a pessoas pertencentes aos grupos de minorias sexuais (a título de uma ponderação, por exemplo).

Esta ausência de fundamentação, todavia, não afasta a observação de que, como visto em tantos exemplos, persiste na sociedade contemporânea um tratamento desigual, com evidente “capitis diminutio” de parte da sociedade.

Os exemplos de desrespeito, com efeito, às diferenças próprias de grupos sexuais, aqui, destacados por identidade de gênero ou orientação sexual, são numerosos. Vão desde o tratamento discriminatório, promovido pelo Parlamento brasileiro, com ausência de leis protetivas, a vários casos de discursos estimulando a discriminação (até ódio), chegando à evidente ausência de direitos reconhecidos por Lei (em sentido formal) para o exercício de direitos básicos (como o casamento, a identidade civil conforme a apresentação social).

Os casos e exemplos de intolerância social espalham-se em crimes cometidos em razão da intolerância sexual (nítidos crimes de ódio); expulsão do convívio familiar; agressão física e psicológica no universo escolar, provocando evasão; dificuldade na formação cultural e educacional e, por fim, a restrição ao acesso do mercado de trabalho.

Ainda, no caso de transexuais e travestis, com aparência social diversa do sexo biológico (e da identidade civil), os problemas ficam ainda mais agudos: vão desde a dificuldade pela imposição de utilizar banheiros do gênero de nascimento (e não do qual a que sente pertencer) ao constrangimento de se identificar/apresentar no sexo diverso da sua aparência (ou, então e pior, usar documento falso para apresentar uma identidade conforme sua aparência social).

Ou seja, os vários casos e a extensa gama de discriminação podem levar determinada pessoa tanto à execução de crimes (por exemplo, de falsificação de cédula de identidade ou uso de documento pessoal falso) quanto ao exercício da prostituição (como solução a sua baixa formação ou impossibilidade de alcançar empregos mais qualificados).

Evidente que se verifica, neste e em tantos outros exemplos, uma debilidade na atuação estatal, observada nas várias sociedades contemporâneas.¹¹⁴

¹¹⁴ Exemplos eloquentes de desrespeito essencial ao ser humano são encontrados facilmente: imposição estatal iraniana de que homossexuais submetam-se à cirurgia de modificação sexual (equiparando-se a transexuais), ou seja, ignora a orientação sexual, igualando-a à identidade de gênero. (Disponível em: <http://www.bbc.com/news/magazine-29832690>. Acesso em: 26 jan.2015); discursos de ódio evidentes, com defesa de execução de homossexuais de forma a livrar o mundo da AIDS (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/religiao/pastor-americano-diz-que-gays-devem-ser-executados-para-um-natal-livre-de-aids-14745219>. Acesso em: 26 jan.2015); ter a orientação sexual criminalizada ou sofrendo verdadeira invasão moral em sua esfera privada. (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/sexo/2015/01/13/615867-justica-do-egito-absolve-26-homens-acusados-de-serem-gays?utm>. Acesso em: 26 jan.2015); fato cotidiano como de usar um banheiro, gerando violência, pela simples razão de ser por um transexual. (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/transsexual-denuncia-agressao-ao-tentar-usar-banheiro-masculino-em-bar-de-sao-carlos-15130045>. Acesso em: 25 jan.2015); Rússia, instituindo em Lei clara discriminação a transexuais, com diminuição de direitos e associando transtorno mental ao grupo, em sentido diametralmente oposto à tendência mundial (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/russia-cria-lei-para-impedir-que-transexuais-transgeneros-tirem-carteira-de-motorista-15005153>. Acesso em: 27 jan.2015).

3 GÊNERO, SEXUALIDADE E MINORIAS SEXUAIS

A distinção de gênero entre masculino e feminino, homem e mulher, cada vez mais perde importância, tal a amplitude e a variedade entre as características pessoais do ser humano. Mesmo assim, inegável persistir uma visão comum, mais tradicional, vinculando o homem ao masculino, ao forte, ao provedor, a uma atitude ativa; enquanto, na contramão, a mulher fica ligada ao feminino, ao lar, à família, com uma atitude passiva.¹¹⁵

Desde o movimento feminista, procurou-se romper, principalmente, a visão passiva destinada à mulher.

Com sucesso, a depender da sociedade analisada, pode-se dizer que, em linhas gerais, a mulher assume, muitas vezes, papel de provedora, quebrando o modelo tradicional.

Ocorre que a disputa tradicional do feminismo implica uma mudança de paradigma comportamental da mulher, mas quer atribuir novas características ao gênero feminino, sem, de qualquer maneira, fugir do esquema biológico: ainda que com novas características, a mulher, nascida mulher, irá relacionar-se amorosa e sexualmente com homem, nascido homem, embora assumindo, também, outros papéis sociais (inclusive, porque premido pelo movimento feminista).

Outra situação, entretanto, é a evidente mistura dos gêneros masculino e feminino, fugindo do modelo biológico e sociológico: o homem, nascido homem, relacionando-se afetiva e sexualmente com outros homens; a mulher, nascida mulher, relacionando-se afetiva e sexualmente com outras mulheres; o homem, nascido mulher, ora se relacionando com mulher, ora se relacionando com outro homem; a mulher, nascida homem, ora se relacionando com outra mulher, ora com homens.

Essas variações são inerentes ao ser humano. Explicam-se pela orientação sexual.

Mas podem ocorrer mudanças ainda mais perceptíveis, ao confrontar-se a realidade de identidade de gênero. É o que sucede com a mulher, nascida em corpo de homem, ou com o homem, nascido em corpo de mulher. São hipóteses extremas de

¹¹⁵ “A noção de gênero é entendida aqui como relações estabelecidas a partir da percepção social das diferenças biológicas entre os sexos (Scott, 1995). Essa percepção, por sua vez, está fundada em esquemas classificatórios que opõem masculino/feminino, sendo esta oposição homóloga e relacionada a outras: forte/fraco; grande/pequeno; acima/abaixo; dominante/dominado (Bourdieu, 1999). Essas oposições são hierarquizadas, cabendo ao pólo masculino e seus homólogos a primazia do que é valorizado como positivo, superior. Essas oposições/hierarquizações são arbitrárias e historicamente construídas.” (ANJOS, Gabriele dos. Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências. *Sociologias*, Porto Alegre, nº4, dez.2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014).

dissociação da identidade de gênero com o corpo biológico. E, entre estas situações extremas, pode haver um leque muito amplo de variações.

Um leque variado, aliás, que pode suceder tanto em relação à orientação sexual quanto à identidade de gênero.

Assim, fácil observar que o padrão masculino-feminino, homem-mulher, não atende à complexidade inerente ao ser humano. E, porque compõe a característica naturalmente complexa do ser humano, não é mais visto na atualidade, como doença.

Mesmo assim, a visão preconceituosa e discriminatória ronda com força os grupos sociais que se enquadram de forma diferente do universo tradicional homem/mulher, fugindo do padrão mais comum/heterossexual efetivamente criado por ações e conduta de repetição na sociedade:

Porém, diferentemente de Foucault, Butler considera que as regulações de gênero não são apenas mais um exemplo das formas de regulamentação de um poder mais extenso, mas constituem uma modalidade de regulação específica que tem efeitos constitutivos sobre a subjetividade. As regras que governam a identidade inteligível são parcialmente estruturadas a partir de uma matriz que estabelece a um só tempo uma hierarquia entre masculino e feminino e uma heterossexualidade compulsória. Nestes termos o gênero não é nem a expressão de uma essência interna, nem mesmo um simples artefato de uma construção social. O sujeito *gendrado* seria, antes, o resultado de repetições constitutivas que impõem efeitos substancializantes. Com base nestas definições, a autora chega a afirmar que o gênero é ele próprio uma norma (Butler, 2006, p.58).¹¹⁶

A visão de uma matriz heterossexual, construída socialmente, implica a evidência de dominação, de poder: de um lado, explica as visões mais tradicionais sobre gênero, ainda, a discriminação comum àquele que foge do “padrão”; de outro lado, narra às claras que a exceção ao padrão não se consubstancia numa “anormalidade” ou doença. A conclusão interessante dessa visão de dominação, gerando as características próprias de cada gênero é que se trata de nítida ficção.¹¹⁷

E, tratando-se de resultado de poder e dominação: “Essa tensão paradoxal permite compreender que se o gênero é uma norma, ele também pode ser fonte de resistência.”¹¹⁸ Então, se é verdade que, nos dias atuais, já se avançou além do padrão

¹¹⁶ ARAN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Subversões do desejo: sobre o gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu**, Campinas, nº28, jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014.

¹¹⁷ “Porém, se os atributos de gênero são performativos e não uma identidade pré-existente, a postulação de um “verdadeiro sexo” (Foucault, 1994) ou de uma “verdade sobre o gênero” revela antes uma ficção reguladora.” (ARAN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Subversões do desejo: sobre o gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu**, Campinas, nº28, jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014).

¹¹⁸ ARAN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Subversões do desejo: sobre o gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu**, Campinas, nº28, jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014.

binário masculino-feminino,¹¹⁹ é indiscutível, também, que persiste, com base no paradigma anterior, uma visão negativa sobre as populações que fogem do dito padrão tradicional.

Difícil imaginar com plena certeza em que momento foi iniciada uma postura repressiva em relação à sexualidade. Com efeito, a despeito da visão mais livre que normalmente se tem sobre as manifestações da sexualidade na Antiguidade, o psiquiatra Luis Justo (ver Apêndice “B”) chama atenção para o fato de que, também, naquele momento, havia uma juízo repressivo à medida que, por exemplo, a relação “fora da curva” mais difundida – salvo, por exemplo, nos escritos de Safo – era a homossexual masculina. Mas mesmo esta forma de experiência homossexual não era completamente livre de preconceitos.

Nesse sentido, era bem recebido que o casal homossexual masculino fosse formado por alguém mais velho (supostamente mais sábio), que pudesse transmitir suas experiências ao jovem com quem se relacionava (verdadeiramente, impúbere, sem sinais claros de masculinidade). Ou seja, mesmo na suposta liberdade antiga, não havia, assim, uma completa ausência de juízos repressivos.

Adiante, seguindo a lição de Foucault, diz-se que foi no século XVII que se iniciou uma época muito forte de repressão, um momento, que, segundo o autor, persiste.¹²⁰

Assim, ao longo da história e na grande maioria das sociedades, tem-se verificada uma inegável supremacia de valores conforme uma sociedade machista e heterossexual. Oprimindo, desde logo, as mulheres (por evidente questão de gênero). Ainda e mais especialmente – vez que, em boa parte das sociedades contemporâneas, as mulheres alcançaram um considerável grau de respeito (ainda que prossigam discriminações em tratamentos diversos, ou de remunerações abaixo da masculina, por exemplo) –, hoje, são os grupos formadores de minorais sexuais, tanto por questões de identidade de gênero quanto orientação sexual, que permanecem fora do âmbito de cuidado e respeito que se esperam ao ser humano.

¹¹⁹ “Se o gênero é uma norma, não podemos deixar de lembrar o que há de frágil na sua incorporação pelas subjetividades. Há sempre uma possibilidade de deslocamento que é inerente à repetição do binarismo masculino-feminino. Não é à toa que, como afirma Butler, expressões tais como “problemas de Gênero”, “*gender blending*”, “transgêneros” e “*cross-gender*” já sugerem o ultrapassamento deste binarismo naturalizado (Butler, 2006:60).” (ARAN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Subversões do desejo: sobre o gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu**, Campinas, nº28, jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014).

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **The history of sexuality**: an introduction. v.1. Traduzido do francês por Robert Hurley. New York: Random House, 1978. (edição eletrônica *Kindle*).

3.1 Orientação sexual e identidade de gênero: distinções e conceitos

Com base nas explicações bastante elucidativas do psiquiatra Luis Justo (Apêndice “B”), vê-se que a identidade de gênero diz respeito à condição/natureza masculino ou feminino. Significa dizer de que forma uma determinada pessoa sente e enxerga a si mesma, independentemente de seu corpo, biológica e anatomicamente constituído. Explica, assim, porque, a despeito do gênero biológico, conforme o nascimento, é possível haver dissociação entre o corpo e o gênero respectivo: ou seja, uma pessoa, nascida mulher, pode sentir-se homem ou o contrário.

O psiquiatra ouvido chama atenção para o fato de que nos extremos da classificação de gênero – homem/mulher –, encontram-se tanto os homens/mulheres biológicos ou transexuais (pouco importa). E, no meio do caminho, entre os extremos do polo de gênero masculino ou feminino, existe uma gama variada de possibilidades, inclusive, de ausência de gênero definido ou verdadeiro hibridismo entre os gêneros.

Orientação sexual, por sua vez, diz respeito àquilo que provoca interesse/desejo sexual: podendo ser alguém do gênero oposto ao seu (heterossexual) ou de mesmo gênero (homossexual). E, da mesma forma que sucede com a identidade sexual, entre os extremos heterossexual e homossexual, é possível encontrar pessoas que tenham interesse sexual igualmente quanto aos dois gêneros ou, diversa e efetivamente, não tenham interesse sexual qualquer.

Como já mencionado – e, na verdade, é questão óbvia –, as populações que constituem uma aparente exceção à dita divisão tradicional de gênero masculino/feminino com correspondência ao corpo biológico ou, então, da orientação sexual heterossexual enfrentam há tempos – às vezes, mais ou menos – um enorme fardo de preconceito e de discriminação. Tanto por isso, em determinados momentos, estas características foram estigmatizadas ora como doenças, ora como transtornos psiquiátricos.

Atualmente, soa, contudo, indubitável que a orientação sexual não implica qualquer doença, nem transtorno. E, quanto aos transexuais, a psiquiatria, igualmente, tem afastado a carga negativa relacionada ao diagnóstico de transtorno.

Importante anotar que, em 2006, “experts”, reunidos em Yogyakarta, Indonésia, de 6 a 9 de novembro, em nome da defesa de direitos humanos internacionais em relação à orientação sexual e identidade de gênero¹²¹, além de discriminarem os princípios

¹²¹ “The ‘Yogyakarta Principles on the Application of International Law in Relation to Issues of Sexual Orientation and

relevantes, trouxeram definições bem claras tanto de orientação sexual quanto de identidade de gênero:

- 1) A orientação sexual se refere à capacidade de cada pessoa de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente do seu, ou do mesmo gênero, ou de mais de um gênero.
- 2) A identidade de gênero se refere à vivência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode, ou não, corresponder ao sexo do momento do nascimento, inclusive, a vivência pessoal do corpo (que pode envolver a modificação da aparência ou função corporal através de procedimentos médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, incluindo, vestimenta, discurso e comportamentos.¹²²

São conceitos que encontram eco nas explicações mais atualizadas e desprovidas de preconceito. Inclusive, observando as classificações médicas ou psiquiátricas, que suprimiram a homossexualidade (há muitos anos) e a transexualidade (há muitíssimo pouco tempo) do elenco de doenças ou transtornos.¹²³

Verdade que, no caso dos transexuais, a revisão da classificação tentou retirar a carga negativa/discriminatória que o diagnóstico poderia transmitir. Mas isso não quer dizer que resta desnecessário o diagnóstico psiquiátrico, nem o acompanhamento médico. Ao contrário disso. Ou seja, verificada a identidade de gênero contrário ao gênero de nascimento, ainda que não haja qualquer implicação psiquiátrica, de qualquer maneira, haverá muito provavelmente a necessidade de tratamento médico (hormonal e cirúrgico).¹²⁴

Do que já se viu, conclui-se, desde logo, a essencialidade do respeito à sexualidade, identidade de gênero e orientação sexual, em especial, numa tríplice visão dos pilares nos direitos à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. E este contexto

Gender Identity' were adopted by a meeting of experts in international law in Yogyakarta, Indonesia, in November 2006. They confirm legal standards for how governments and other actors should end violence, abuse, and discrimination against lesbian, gay, bisexual, and transgender people, and ensure full equality. The experts launching the principles include a former United Nations High Commissioner for Human Rights, as well as UN independent experts, members of UN treaty bodies, judges, activists, and academics. Human Rights Watch was part of a secretariat supporting the work of the experts who developed the principles. The Center for Women's Global Leadership was a member of the advisory committee to the secretariat." (Disponível em: <http://www.hrw.org/news/2007/03/25/yogyakarta-principles-milestone-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-rights>. Acesso em: 25 jan.2015)

¹²² "1) Sexual orientation is understood to refer to each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender. 2) Gender identity is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms." (**The Yogyakarta Principles: principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**. Disponível em: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf. Acesso em: 25 jan.2015, p.6, trad. livre).

¹²³ Ver Apêndice "B". E, a propósito do teor do apêndice, interessante destacar a observação do psiquiatra ouvido, no sentido de que a identidade de gênero diversa do corpo biológico (no transexual), por si só, não deve ser entendida como um transtorno. Mas, ao mesmo passo, o profundo grau de sofrimento que a desconformidade entre o corpo físico e o sentimento pessoal da própria identidade pode provocar – aí, sim – algum transtorno psiquiátrico. E, por conseguinte, prolongar no tempo – como demora para tratamento de hormonização ou mesmo cirúrgico – imposição de tal desconformidade não deveria ser aconselhável.

¹²⁴ Disponível em: <http://www.dsm5.org>. Acesso em: 23 abr.2015.

com valores tão caros e próprios ao ser humano explica o tratamento cada vez mais detido, promovido por entidades internacionais.

Como cogitar de pleno respeito ao ser humano, na dignidade que lhe é inerente, se não aceitar-se a sua própria expressão sentimental, sexual e identidade?

Tanto por isso, reconhecida que é, nos dias atuais, a dignidade da pessoa humana que, dela própria, retira-se o próprio princípio/direito à felicidade. Não, nem se cogita de uma felicidade utópica ou ingênua. Mas, afinal, aquela buscada por qualquer pessoa, simplesmente – como sucede com a dignidade – por ser pessoa.

Assim se manifestou o Ministro Celso de Mello ao mencionar o direito à busca da felicidade:

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art.1º, III, e art.3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.¹²⁵

Disso, pode-se alcançar a conclusão de que a expressão da sexualidade, a orientação sexual e a identidade de gênero compreendem direitos fundamentais, especialmente, o da dignidade da pessoa.

3.2 Diagnóstico da sigla melhor aplicável à realidade social

Segundo a primeira entrevistada, Heloísa Gama Alves (ver Apêndice “A”), ao menos, no Estado de São Paulo – cujas observações, na realidade, podem ser estendidos a todo o Brasil –, a sigla restringe-se a lésbicas (L), gays (G) e transexuais e travestis (TT). Não existe uma atenção voltada, especialmente, àqueles que não apresentam um gênero definido (I), nem àqueles que sentem atração por ambos os sexos, os bissexuais (B).

Quanto às siglas adotadas, valem algumas observações. Encontra-se a menção “T”, mas indicando população transgênero;¹²⁶ igualmente, à “Q”, fazendo destaque

¹²⁵ BRASIL. ADI 4.277-DF, Rel.Min. Ayres Britto, DJe-198 Divulg 13-10-2011 Public 14-10-2011, destaques do original.

¹²⁶ FREIRE, Eduardo Corsino; ARAÚJO, Fátima Cristina Alves de; SOUZA, Andrea Cardoso de; MARQUES, Dalvani. A clínica em movimento na saúde de TTs: caminho para materialização do SUS entre travestis, transexuais e transgêneros. *Saúde em Debate*. Rio de Janeiro, v.37, nº98, p.477-484, jul.-set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a11v37n98.pdf>. Acesso em: 16 abr.2015.

da palavra em inglês “queer”, mas lhe retirando a conotação vulgar (negativa), para dar-lhe um novo uso, de forma a romper os padrões normalmente aceitos sem maior discussão – tanto feminino/masculino quanto gay/lésbica. Isto significa que há uma gama maior (mais complexa) no que se refere à sexualidade, orientação e identidade.¹²⁷

Da união dos grupos em destaque, nascem algumas das siglas conhecidas, como: LGBT, LGBTTT, LGBTIQ.

De qualquer forma, na realidade brasileira, sob a ótica dos grupos com alguma proteção, poder-se-ia cogitar de uma sigla mais simples: LGTT.

É que o poder público atua em relação aos grupos, quando e se provocado (e, às vezes, nem assim). Deve haver, portanto, um mínimo de organização na população, demonstrando interesses e apresentando pleitos. Daí, porque os três grupos (ou quatro, distinguindo os transexuais dos travestis), apresentam destaque natural, pois refletem os movimentos já minimamente organizados na sociedade.

Conclui-se que, hoje, existe uma certa invisibilidade da população bissexual. O fato não é exclusividade brasileira, conforme se lê no texto destacado abaixo, que, ainda, chama atenção para a criação de um novo paradigma, baseado somente na orientação sexual: heterossexual/homossexual.

Trata-se, claro, de uma ênfase, por si mesma, discriminatória, pois demonstra deixar de lado tanto a população bissexual quanto a população transexual:

Agora é também um momento particularmente importante combater o apagamento bissexual porque o movimento de direitos LGBT está em um estado lamentável fraturado. A fim de garantir vitórias nestas duas maiores batalhas – para o reconhecimento do casamento homossexual e para a proibição da discriminação no local de trabalho – os defensores dos direitos LGBT têm “intencionalmente deixado partes da comunidade atrás”, nomeadamente as partes transgêneros e bissexuais. Por exemplo, a exclusão de indivíduos transexuais a partir de uma versão anterior do “ato do emprego sem discriminação” (ENDA) causou divisão nítida entre os defensores dos direitos LGBT. O apoio público para uma ENDA

¹²⁷ “É no plano da contestação a esta heteronormatividade que surgem as contestações *queer* (em inglês, pode ser traduzido como estranho, esquisito, mas também como um insulto dirigido a homossexuais e trans). Este termo que é inicialmente uma injúria visa interpelar e inferiorizar quem por esse termo é nomeado. A ressignificação a que esse termo foi sujeito implicou uma reapropriação da historicidade desse termo, citando esse passado injurioso, mas através da ressignificação, o termo passa a ter uma carga de contestação colectiva, como evidência também Butler. Teoricamente o termo *queer* é uma marca de suspeita crítica face aos termos *gay* e *lésbica*. Uma suspeita que vem da consideração sobre as identidades serem vistas como essenciais e fixas, mas também das categorias teóricas que decorrem destas identidades. A proposta é que o conceito *queer* possa desestabilizar as certezas da teoria. Em certa medida, @ *queer* é uma estratégia de resistência, permitindo a recusa das identidades fixas de *gay*/lésbica e a criação de uma suspeição generalização em relação ao binarismo que a ordem de género heterossexual introduz.” (OLIVEIRA, João Manuel de; NOGUEIRA, Conceição. Introdução: Um lugar feminista queer e o prazer da confusão e fronteiras. *Ex aequo*, Vila Franca de Xira, n. 20, 2009. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602009000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 16 abr. 2015).

inclusiva de transexuais provocou apoio entre todos os defensores dos direitos LGBT para uma versão do ENDA que proibia a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Os interesses das pessoas transexuais ainda não foram totalmente integrados nos objetivos do movimento de direitos LGBT, mas o litígio, a atenção acadêmica e a atenção política que o debate sobre ENDA atraiu aumentaram a sensibilidade coletiva para os danos que os transexuais enfrentam. Bissexuais, por outro lado, têm-se mantido uma minoria entre as minorias. A sua existência, muito menos os danos que eles enfrentam, foi apagada por aqueles com quem eles supostamente compartilham um movimento.¹²⁸

O texto, mesmo abordando a realidade estrangeira repete bastante o que sucede no Brasil: uma certa preponderância de homossexuais, colocando-se frente aos heterossexuais, portanto, deixando um pouco de lado os transexuais e os travestis. E, muito mais afastados de atenção, os bissexuais. O fato é que o exemplo vindo de fora revela um diagnóstico no sentido de que as minorais sexuais são minorias, também, entre si. Uma observação que se encaixa também no Brasil.

Noutras palavras, não se trata de um grupo coeso, que defenda e lute por direitos sempre conjuntamente. Ao contrário. Cada qual parece defender seus interesses dentro de seu subgrupo.

Por óbvio, ao agir assim, o movimento como um todo, perde um pouco da força de pressão frente aos órgãos governamentais.

A variação sobre a sigla possível a identificar as minorias sexuais traz, em alguma medida, a complexidade em torno da sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero. Mesmo que se pretenda simplificar padrões (heterossexual *versus* homossexual, masculino *versus* feminino), a realidade pode apresentar-se diversa das categorias normalmente lembradas. E, por isso, ainda que se adote neste texto, por atenção ao costume, a sigla LGBT, importa demarcar que não se está, contudo, simplificando (ou limitando) as manifestações de sexualidade e gênero.

¹²⁸ “Now is also a particularly important time to combat bisexual erasure because the LGBT rights movement is in a regrettably fractured state. In order to secure victories in this two biggest battles – for same-sex marriage recognition and for the prohibition of discrimination in the workplace – LGBT rights advocates have “intentionally le[ft] parts of the community behind,” namely the transgender and bisexual parts. For example, the exclusion of transgender individuals from an earlier draft of the Employment Nondiscrimination Act (ENDA) caused sharp division among LGBT rights advocates. Public support for a trans-inclusive ENDA ultimately brought about support among all LGBT rights advocates for a version of ENDA that prohibited discrimination on the basis of sexual orientation *and* gender identity. The interests of transgender people have not yet been fully integrated into the LGBT rights movement’s goals, but litigation, scholarly attention, and the political attention that the ENDA debate attracted have heightened the collective sensitivity to the harms that transgender people face. Bisexuals, on the other hand, have remained a minority among minorities. Their existence, let alone the harms that they face, has been erased by those with whom they supposedly share a movement.” (GLAZER, Elizabeth M. Sexual reorientation. Hofstra University, School of Law, **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper nº10-30, 11-oct-10. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1690590>. Acesso em: 22 nov.2014. trad.livre).

3.3 Peculiaridades do grupo “TT”

Diversamente da questão de orientação sexual, no que se refere à identidade de gênero, os problemas e necessidades enfrentados são maiores, especialmente, se comparados com os dos homossexuais (masculinos ou femininos, pouco importa). Para todos os componentes do grupo denominados minorias sexuais, é indispensável a aceitação familiar e social, de maneira a proporcionar condições de vida digna, de acesso à educação e ao trabalho. Ou seja, o respeito e a aceitação revelam-se basilares.

Para a população “TT” (travestis e transexuais), contudo, não basta.

É que, afora a aceitação para um bom desenvolvimento da vida pessoal, o indivíduo “TT” terá necessidade de acompanhamento médico, que poderá ser psiquiátrico, no caso de sofrimento persistente com sua condição, ou endocrinológico, de forma submeter-se a tratamento de hormonização. Pode haver, ainda a necessidade de se submeter a uma cirurgia de adequação sexual.

Ou seja, as necessidades da população “TT” vão bem além da aceitação dos homossexuais (e, eventualmente, dos bissexuais).

A própria distinção da população “trans” em travestis e transexuais não é uma unanimidade.

Ocorre, todavia, que, seguindo as observações bem lançadas pelo psiquiatra ouvido nesta dissertação (Apêndice “B”), existem diferenças fundamentais entre travestis e transexuais. Em regra, o transexual tem uma dificuldade muito maior de aceitar a genitália biológica, o que provoca, comumente, sofrimento, vergonha e, inclusive, restrição em sua vida sexual. O travesti, ao contrário, não terá vergonha de seu corpo, por isso, não há necessidade de submeter-se à cirurgia de adequação sexual.

Ainda que ambos os grupos tenham a necessidade de tratamento hormonal, o sofrimento do transexual e sua resistência contra o próprio corpo devem tornar sua vida ainda mais tormentosa. É provável, dessarte, que seu sofrimento seja maior.

Mas é claro que ambas as populações estão mais sujeitas a sofrer agudas violências da sociedade. Pior: da própria família. E, em relação aos dois grupos, apesar de sua distinção não ser unanimidade, segundo ouvimos de ambos os entrevistados (Apêndices). De qualquer maneira, a distinção na classificação transmite a diferença em virtude do sentimento – ao que parece – maior (mais comum) do transexual contra as características do seu sexo biológico.

Mesmo assim, para o travesti, o transexual ou ambos, é certa a necessidade de deixar de enxergar o gênero tão somente pelo sexo biológico, ou, pior, pela genitália masculina ou feminina.

Com efeito, mesmo transexuais, que em regra, têm verdadeira aflição aos genitais biológicos, às vezes, deixam, por quaisquer razões (óbice econômico, tempo decorrido muito longo de espera, medo de complicações com a cirurgia etc.), de submeter-se à cirurgia de adequação sexual. Entretanto, o fato implicará que a pessoa resistente à cirurgia tenha deixado de identificar-se com o gênero oposto ao seu corpo biológico.

Daí, porque uma eventual regulação legal, prevendo a modificação de nome e de gênero não deve exigir como requisito para o pedido a cirurgia de adequação sexual. Conforme veremos, apesar de haver projetos de lei sobre o assunto, apenas mais recentemente os textos sugeridos nos projetos de lei pararam de exigir a realização de cirurgia de adequação sexual como um requisito para a alteração de registros civis.

Neste ponto, interessante observar o caso da lei italiana. É que, a despeito de vanguardista, vez que do ano de 1982, a Lei nº164, de 14 de abril de 1982 (publicada na *Gazzetta Ufficiale* de 19 de abril de 1982, n.106), prevendo modificação de nome e gênero é extremamente restritiva, pois exige o cirurgia de adequação sexual.¹²⁹

O fato é que hoje, e cada vez mais, tem sido discutida a necessidade de não se prender a conclusão pelo gênero em função rigorosa da genitália de um ou outro gênero. Afinal, se a própria existência transexual contesta a configuração de gênero por formação biológica, soa um contrassenso essencial a suposta adequação para mudar os aspectos jurídicos. É que aquele que se submete à cirurgia, desde muito antes, já terá a certeza de sua transexualidade, ou seja, de que, em verdade, pertence ao gênero oposto de seu nascimento. A questão sobre a necessidade de submeter-se à cirurgia sexual persiste, e foi confirmada pela Corte Constitucional Italiana, em 1985.

No Brasil, não existe um regramento a respeito. Estão pendentes projetos de lei para análise e votação no Congresso Nacional e o tema também está judicializado, esperando julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

¹²⁹ “La rettificazione di cui all'art.454 del codice civile si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali.” (art.1º).

3.4 Constatação da vulnerabilidade do grupo e critérios relevantes

A fragilidade do grupo mostra peculiaridades. De alguma forma, assemelha-se aos efeitos de discriminação, sofrida por questão de gênero, por tantos anos (e persistente em várias sociedades), em prejuízo das mulheres. Tanto por essa semelhança, como sucede ou sucedeu com as mulheres, o acesso à educação poderá ser comprometido; as opções ao mercado de trabalho, da mesma forma, podem ser restringidas; as violências de várias espécies – morais ou físicas – podem surgir.

As dificuldades assemelham-se àquelas suportadas por grupos de minorias raciais,¹³⁰ que, da mesma forma, têm obstado o acesso à educação e ao mercado de trabalho. Isso sem mencionar a submissão à violência (especialmente, moral).

Em relação a estas populações – feminina e de minorias raciais –, interessante demarcar que, também, aqueles que compõem minorias sexuais carregam consigo um estigma igualmente perverso (talvez, neste aspecto, aproximando-se mais das minorias raciais). É o que ocorreu, por exemplo, com a população negra quando vista como “objeto de direito”, um evidente “capitis diminutio”. Em relação às minorias sexuais, tanto homossexuais quanto transexuais carregam ainda a imagem comum de portadores de doença ou de distúrbio psiquiátrico. Às vezes, vistos como pessoas que devam ser submetidas a algum tratamento. Mas tratadas de forma a “curar” a homossexualidade ou a transexualidade.

Evidente o equívoco. Contudo, inegável que estes diagnósticos – ainda que, na atualidade, devessem ser apenas referências históricas – repercutem negativamente na visão comum e atual da sociedade em face destas populações.

No entanto, existe uma peculiaridade ainda mais perversa em relação aos grupos componentes de minorias sexuais.

É que se pode pressupor que o gênero feminino – mesmo se ofendido – terá apoio na família (ainda que parcialmente, no caso de uma família demasiadamente machista, claro), o mesmo sucedendo com pessoas pertencentes a minorias raciais (com o apoio e o

¹³⁰ Interessante o texto de Josephine Ross, chamando atenção para comparação possível que pode ser feita entre casamento heterossexual (mas inter-racial), conforme tratamento dado historicamente em Estados americanos, e aquele, até hoje, persistindo, de um modo geral, na sociedade atual. E o fator em comum é o caráter perverso que ambas as formas de relações recebiam, significando dizer que tanto numa relação entre pessoas de raças diversas ou entre pessoas de mesmo sexo seria perversa, fora da suposta normalidade que merecesse defesa pelo Estado. (ROSS, Josephine. The sexualization of difference: a comparison of mixed-race and same-gender marriage. Boston College Law School, Public Law and Legal Theory, **Research Paper Series**, Research Paper nº31, Feb.23, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=508022>. Acesso em: 30 nov.2014).

suporte inquestionável dentro do ambiente familiar). Todavia, isso pode não ocorrer no caso de minorias sexuais. Ou, ao menos, pode-se pensar que, lamentavelmente, os efeitos perversos da discriminação são maximizados, porque podem nascer e aparecer na própria família.¹³¹

Noutras palavras, afora a discriminação sofrida pela sociedade, é sabido possível que uma pessoa seja expulsa – mesmo jovem – da família, deixando de ter o apoio normal esperado para conclusão de sua formação educacional, cultural (e pessoal como um todo). De repente, arremessada à sua própria sorte numa sociedade que, igualmente, mostra-se nociva a sua incolumidade física (e psicológica).

Eis o motivo pelo qual o medo e a depressão¹³² rondam o perfil psíquico das pessoas componentes de minorias sexuais.

Os eventos que podem exemplificar o sofrimento de fugir ao esperado, de não se adequar à expectativa social e familiar são vários: desde o sentimento – comum – de cometer suicídio; passando por violência intensa moral no ambiente escolar; gerando um alto índice de evasão escolar; o que provoca dificuldades evidentes na conclusão da formação, piorando o acesso ao mercado de trabalho, já dificultado por uma costumeira atitude discriminatória (restringindo, em muitos casos, o trabalho às atividades supostamente “adequadas/próprias” a minorias ou, até mesmo, à prostituição). Aliás, é possível experimentar um grau tão agudo de violência que há estudos estrangeiros demonstrando que o grupo LGBT está mais propenso a sofrer estresse pós-traumático¹³³ em comparação à população heterossexual.

Ora, na prática, vê-se que a fragilidade do grupo vem explicada pelo sofrimento interno de cada um. Mas, também, pelas dificuldades maiores que estas pessoas podem ter para concluir uma formação educacional e ter acesso ao mercado de trabalho.

Ao fim, o panorama de discriminação poderá repercutir numa restrita ascensão social, e, por conseguinte, numa indiscutível hipossuficiência econômica.

Em vários aspectos, portanto, as pessoas que compõem as minorias sexuais sofrem mais em comparação a minorias raciais. E, em larga escala, terão restritas condições

¹³¹ Cujo medo da “descoberta”, por si mesmo, simboliza um agudo sofrimento vivido, conforme sinalizado pela notícia de suicídios. (Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/adolescente-crista-se-mata-por-medo-de-contar-aos-pais-que-lesbica-14866190>. Acesso em: 26 jan.2015).

¹³² MARTIN-STOREY, Alexa; CROSNOE, Robert. Sexual minority status, peer harassment, and adolescent depression. *Journal of Adolescence* 35, 2012, p.1001-1011.

¹³³ ROBERTS, Andrea L.; AUSTIN, S. Bryn; COLISS, Heather L.; VANDEMORRIS, Ashley K.; KOENEN, Karestan C. Pervasive trauma exposure among US sexual orientation minority adults and risk of posttraumatic stress disorder. *American Journal of Public Health*, v.100, nº12, p. 2433-2441, Dec.2010, p.2433-2441.

econômicas. Se faltam dados estatísticos no Brasil, estas conclusões podem ser apreendidas da experiência prática de profissionais da área (conforme se vê do Apêndice “A”). A propósito, ilustrativo mencionar os resultados de pesquisa, recentemente divulgada,¹³⁴ referindo-se a jovens LGBT que fazem do sexo a forma de sobrevivência, mesmo numa cidade reconhecidamente aberta a novas condutas sociais como Nova Iorque. Dos resultados encontrados,¹³⁵ vê-se que a questão relacionada à orientação sexual e identidade de gênero acaba contribuindo para a marginalização de uma grande parcela dos jovens (muitos, com histórico de violência em suas famílias em função de sua característica de orientação ou gênero), maximizando a carência econômica.

Se o Estado provê cuidado especial a minorias raciais¹³⁶ e proteção às mulheres¹³⁷, resta evidente e necessária sua proteção, igualmente (ao menos) – ou seja, compensando as desvantagens sociais como o faz relativamente aos demais grupos vulneráveis –, às minorias sexuais.

Verdade que, na esteira das observações feitas durante as entrevistas concedidas a esta dissertação (ver Apêndices ao final), os grupos não parecem sofrer igualmente. Certamente, o grupo mais vulnerável compõe o de transexuais e travestis.

O grupo de homossexuais, contudo, a nosso ver, de acordo com o histórico pessoal do indivíduo, com eventual, por exemplo, expulsão da família, restrição escolar com reflexo no acesso ao mercado de trabalho, reclama, igualmente, atenção especial. Sem fazer pouco, que fique registrado o sofrimento pessoal de cada um.¹³⁸

¹³⁴ Disponível em: <http://www.newsweek.com/lgbt-survival-sex-gay-lesbian-transgender-309123>. Acesso em: 26 fev.2015.

¹³⁵ Disponível em: <http://www.urban.org/UploadedPDF/2000119-Surviving-the-Streets-of-New-York.pdf>. Acesso em: 26 fev.2015.

¹³⁶ Por exemplo, por políticas de estado definidas bem favoravelmente, nos termos do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº12.288/2010 (com previsão expressa de adoção de ações afirmativas), bem como lei, tipificando o crime de racismo, Lei nº7.716/1989.

¹³⁷ A exemplo das normas constantes da Lei “Maria da Penha, nº11.340/2006 (“Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art.226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”), art.1º ; Lei nº9.504/1997 relativamente a normas para as eleições – “§3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.”, art.10º –; Constituição Federal, com previsão de aposentadoria por idade ou contribuição, para a mulher, cinco anos antes do prazo previsto para os homens, tanto para servidores públicos (art.40) quanto no Regime Geral de Previdência Social (art.201).

¹³⁸ Como bem apontado por Roger Raupp Rios: “Com efeito, o fato de a homossexualidade não se revelar por características externas e fisicamente identificáveis (como a cor ou o sexo), enseja o conceito de invisibilidade homossexual, relativo à situação de homossexuais que evitam manifestações públicas de sua orientação sexual ou de circunstâncias que possam induzi-la, em face das reações que decorrem da exposição pública.” (RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: RT, 2002, p.98)

O grupo bissexual, como bem lembrado por Heloisa Gama Alves (Apêndice “A”), não se mostra minimamente organizado, nem, portanto, reivindica quaisquer pleitos conhecidos no país.

A propósito de concluir este item, importante lembrar que a vulnerabilidade mais facilmente sentida é reflexo da hipossuficiência econômica, mas nem sempre isso basta.

É que nada impede que pessoas componentes de minorias sexuais, apesar de bem posicionadas social e economicamente, sofram – não por restrição profissional, por exemplo – simplesmente porque não encontram eco na proteção/reconhecimento estatal de sua condição. Verdadeiro sofrimento interno, com repercussão na qualidade de vida. É o que foi demonstrado em estudo baseado em pesquisa estrangeira,¹³⁹ ao revelar que após 12 meses do reconhecimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, os envolvidos tiveram uma melhora na própria saúde, diminuindo o número de visitas ao médico.

Em suma, as minorias sexuais podem sofrer uma espécie de exclusão econômica, conforme sucede com outros grupos vulneráveis (e, então, caberia a resposta por meio de políticas de redistribuição), mas é certo que as minorias sexuais padecem de um mal maior, e o remédio adequado não seria a redistribuição de bens, mas, sim, o reconhecimento.¹⁴⁰ A valorização da identidade, o que, por sua vez, poderia consubstanciar numa espécie de “remédio afirmativo” (que procura compensar, mas, ao mesmo tempo, perpetua as diferenças)¹⁴¹ ou “remédio transformativo” (que, efetivamente, vem inovar, quebrando ou desconstruindo paradigmas, no caso, heterossexual ou gay, ou lésbica, etc).¹⁴² O interessante dessa abordagem, além de repercutir a insuficiência de critérios econômicos à

¹³⁹ HATZENBUEHLER, Mark L.; O’CLEIRIGH, Conall; GRASSO, Chris; MAYER, Kenneth; SAFREN, Steven; BRADFORD, Judith. Effect of same-sex marriage laws on health care use and expenditures in sexual minority men: a quasi-natural experiment. **American Journal of Public Health**, v.102, nº2, February 2012, p.285- 291.

¹⁴⁰ “Gays and lesbians suffer from heterosexism: the authoritative construction of norms that privilege heterosexuality. Along with this goes homophobia: the cultural devaluation of homosexuality. Their sexuality thus disparaged, homosexuals are subject to shaming, harassment, discrimination, and violence, while being denied legal rights and equal protections – all fundamental denials of recognition. To be sure, gays and lesbians also suffer serious economic injustices; they can be summarily dismissed from paid work and are denied family-based social-welfare benefits. But far from being rooted directly in the economic structure, these derive instead from an unjust cultural-valuational structure. The remedy for the injustice, consequently, is recognition, not redistribution. Overcoming homophobia and heterosexism, deny equal respect to gays and lesbians, and refuse to recognize homosexuality as a legitimate way of being sexual. It is to revalue a despised sexuality, to accord positive recognition to gay and lesbian sexual specificity.” (FRASER, Nancy. **Justice interrupts: critical reflections on the “postsocialist” condition**. New York & London: Routledge, 1997. Versão digital 2009. Edição eletrônica *Kindle*, posição 425).

¹⁴¹ FRASER, Nancy. **Justice interrupts: critical reflections on the “postsocialist” condition**. New York & London: Routledge, 1997. Versão digital 2009. (edição eletrônica *Kindle*, posição 549).

¹⁴² FRASER, Nancy. **Justice interrupts: critical reflections on the “postsocialist” condition**. New York & London: Routledge, 1997. Versão digital 2009. (edição eletrônica *Kindle*, posição 554).

satisfação plena da amplitude da discriminação imposta, é esclarecer mais detalhadamente a vulnerabilidade tamanha das minorias sexuais.

3.5 Proteção da diversidade nos sistema global (ONU) e regional (Interamericano)

Tratando-se de direitos humanos e sua proteção, provável a concretização bastante clara do fenômeno, muito bem diagnosticado por Marcelo Neves:

Isso significa dizer que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma ordem jurídica constitui uma periferia. Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa. E, a esse respeito, podemos partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma ultima ratio jurídica.

Nesse sentido, fala-se de “conversação” ou “diálogo” entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais etc.¹⁴³

Neste aspecto, vemos ordenamentos, os mais variados (nacionais, regionais, globais), tratando da proteção de direitos humanos. Especialmente, temos as regras próprias do Brasil, seja por leis, mas, principalmente, por várias normas constantes da Constituição de 1988; ainda, temos os comandos do Sistema Interamericano (tanto a partir do Tratado que constitui a Organização dos Estados Americanos, OEA, quanto o Pacto de San Jose da Costa Rica)¹⁴⁴; e, claro, afora quaisquer outras interferências (ou trocas), temos as normas e tratados da Organização das Nações Unidas (ONU).

Tal internacionalização dos direitos humanos expressa a grandeza do assunto e, de alguma forma, elucida o motivo pelo qual os direitos humanos são usualmente ditos antidemocráticos. Ora, o choque com a critério democrático mostra-se com mais força nos instrumentos (tratados) internacionais sobre o tema, bem como nos órgãos e tribunais internacionais. Afinal, se é pouco provável o cumprimento de critério matemático majoritário em discussões nacionais, o que se dirá em debates internacionais, nos quais os tribunais internacionais interpretarão tratados globais (ainda mais distantes dos Parlamentos

¹⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117, grifos nossos.

¹⁴⁴ Decreto nº678/1992 explicita a incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos pelo Brasil.

nacionais)?¹⁴⁵ Este movimento de internacionalização, afinal, é a prova de que a essência dos direitos humanos (com variações entre sistemas nacionais e internacionais, claro) é a mesma e relaciona-se à simples existência humana.

No Mercosul, excepcionalmente, ainda cabe o registro de comandos, repisando a ampla proteção¹⁴⁶ prevista nos sistemas interamericano e da ONU.

Neste ponto, bom anotar o posicionamento atualmente vitorioso no Supremo Tribunal Federal no sentido de que norma de tratado¹⁴⁷ internacional de direitos humanos tem força supralegal. Ou seja, está abaixo da Constituição, mas, e isso é muito importante, acima da legislação infraconstitucional.¹⁴⁸

Por sua vez, existe, da mesma forma, uma verdadeira conversação entre os sistemas regional e global, com menção expressa em documentos da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos acerca dos direitos reconhecidos pela ONU.

Em relação à proteção de direitos humanos, os sistemas não chegam a colidir, uma vez que persiste o tratamento mais favorável à pessoa humana.¹⁴⁹

Contrapondo-se as ordens regional (Interamericano) e global (ONU), as quais o Brasil está submetido, pode-se dizer que, no que se refere ao sistema regional, o tratamento é mais genérico – talvez, menos impositivo – relativamente a minorias sexuais,

¹⁴⁵ FOLLESDAL, Andreas. The legitimacy deficits of the human rights judiciary: elements and implications of a normative theory. 14 *Theoretical Inquiries in Law* 339, 2013, p.344.

¹⁴⁶ Conforme incorporação do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (Decreto Legislativo nº592/2009), mas, como se lê de seu conteúdo, de alcance bastante restrito: “O presente Protocolo se aplicará em caso de que se registrem graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais em uma das Partes em situações de crise institucional ou durante a vigência de estados de exceção previstos nos ordenamentos constitucionais respectivos. A tal efeito, as demais Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com a Parte afetada.” (art.3)

¹⁴⁷ Lembrando o conceito geral de tratado: “[...] O termo ‘tratado’ é um termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais. Os tratados são acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, sendo regulados pelo regime jurídico do Direito Internacional. A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais estimulou a celebração da Convenção de Viena, que teve como finalidade servir como a ‘Lei dos Tratados’. A Convenção de Viena, concluída em 23 de maio de 1969, contava em 2009 com 110 Estados-partes. O Brasil assinou a Convenção em 23 de maio de 1969, ratificando-a apenas em 25 de outubro de 2009.” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.133)

¹⁴⁸ Quando do julgamento de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, expressamente, discutiu sobre a natureza dos documentos internacionais: (I) desde a força supraconstitucional (acima da própria Constituição), (II) força constitucional (mesma da Constituição), (III) equiparação a mera lei ordinária e (IV) a atribuição de caráter supralegal. O Relator, Min. Gilmar Mendes, chega a fazer destaque da posição pela natureza constitucional (fazendo menção à Professora Flávia Piovesan), mas conclui que a posição encontra-se mitigada em função da nova redação, trazida pela Emenda Constituição nº45/2004, especificando, nos termos do §3º, art.5, que apenas em caso de aprovação na Câmara dos Deputados e Senador Federal, em dois turnos e por três quintos dos votos dos membros – ou seja, mesma regra aplicável a emendas constitucionais –, caberá a equivalência nos efeitos aos tratados e convenções internacionais. Na oportunidade, a despeito de não aceitar a natureza constitucional, o Tribunal revisou posicionamento, até então, prevalente (natureza meramente legal aos tratados). Por fim, restou vencedora a posição pela natureza supralegal – acima da legislação infraconstitucional – dos tratados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 349.703-1/RS, Rel.para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe nº104, Divulgação 04/06/2009, Publicação 05/06/2009).

¹⁴⁹ Princípio, a propósito, expressamente adotado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu art.29: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com a lei de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.”

ainda que exista a tentativa de promover plena igualdade, também, em relação à orientação sexual e à identidade de gênero.¹⁵⁰ Mas não sucedeu até o momento uma determinação, por exemplo, ao Brasil, de efetivar a promoção das minorias sexuais, como ocorreu no caso da violência frente às mulheres, dando origem à famosa Lei “Maria da Penha”, nº11.340/2006.¹⁵¹ Ou seja, no aspecto específico das minorias sexuais, não se pode afirmar haver plena efetividade relativa à atuação do sistema regional (interamericano).

Claro que esta observação encontra eco na aparente fragilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Justiça, que ainda dependem de uma boa vontade política dos Estados membros. Mais, a própria itinerância fragiliza a Corte, que se reúne para decidir, sem o caráter permanente típico do sistema regional europeu, ou global (pela Nações Unidas).

Por isso mesmo, com efeitos no Brasil, será em âmbito global, em manifestações da ONU, que ocorrerão as discussões inovadoras, estatuinto normas mais importantes.

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos adotou a primeira resolução das Nações Unidas sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero (Resolução 17/19)¹⁵², pavimentando o caminho para o primeiro relatório oficial das Nações Unidas sobre o tema, preparado pelo escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. O relatório serviu de base a um painel de discussão que se realizou no próprio Conselho, em março de 2012. Nasceu um livreto,¹⁵³ pelo qual a ONU expressa os deveres de cada Estado em relação à população LGBT (cujo teor será tratado no item seguinte desta dissertação).

Mais recentemente foi aprovada a Resolução nº27/32,¹⁵⁴ por meio do Conselho de Direitos Humanos, que a discutiu, levou à votação e à aprovação em 2014 (cuja

¹⁵⁰ Como se lê da notícia, que mostra um pedido de aplicação de normas no mesmo sentido pelos demais Estados, acerca de normas protetivas, adotadas pelo México. (Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/095.asp>. Acesso em: 26 jan.2015). Mesmo em relação ao Brasil, mas, agora, condenando a notícia recebida de assassinato de homossexual. (Disponível em: <http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>. Acesso em: 25 jan.2015).

¹⁵¹ Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/brasil-so-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional>. Acesso em: 26 jan.2015.

¹⁵² Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf. Acesso em: 27 jan.2015.

¹⁵³ UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015.

¹⁵⁴ Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement>. Acesso em: 27 jan.2015.

iniciativa coube ao Brasil, ao Chile e ao Uruguai),¹⁵⁵ pela qual fica determinada a realização de pesquisa, apuração e atualização de violências sofridas em função de orientação sexual e identidade de gênero, em todo o mundo. A resolução histórica foi bastante aplaudida.¹⁵⁶ As iniciativas foram aprovadas, apesar de muitos votos contrários, demonstrando a dificuldade de se promover um tratamento plenamente igualitário em âmbito mundial.

De qualquer forma, inquestionável o avanço da ONU para se chegar ao bom termo, dispondo acerca de proteção às minorias sexuais.

3.5.1 Parâmetros sugeridos pela ONU e a situação do Brasil

A tônica principal dos estudos da ONU parece ser a extinção de quaisquer diferenças no tratamento dado a uma pessoa, em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ou seja, imprescindível analisar as regras aplicáveis a todos, de forma a verificar, afinal, se os direitos, efetivamente, são garantidos igualmente.

Os documentos da ONU, contudo, não fazem menção expressa à promoção de tratamento mais favorável, por exemplo, por meio de ação afirmativas, em favor de minorias sexuais. Mas, sim, que seja evitado pelo Estado criminalizar tanto o comportamento vinculado à orientação sexual quanto à identidade sexual. Além de caber ao Estado criminalizar condutas próprias de crime de ódio, inclusive, com tipificação de homofobia ou transfobia para promover a plena defesa das minorias sexuais.

Assim, a ONU especifica deveres que precisam ser assumidos pelos Estados, inclusive, porque são consequências diretas de regras da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁵⁷ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,¹⁵⁸ da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados,¹⁵⁹ do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁶⁰ e da Convenção sobre os Direitos da Criança.¹⁶¹

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.dailymaverick.co.za/article/2014-09-23-crucial-sexual-orientation-and-gender-identity-un-resolution-sas-vote-will-lead-the-way-but-what-will-it-be/#.VMdxdFYQi-X>. Acesso em: 15 jan.2015.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://ilga-lac.org/decision-historica-en-la-organizacion-de-las-naciones-unidas-el-consejo-de-los-derechos-humanos-adopta-una-resolucion-sobre-derechos-humanos-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>. Acesso em: 27 jan.2015.

¹⁵⁷ Adotada e proclamada pela III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (1948).

¹⁵⁸ Adotada pela ONU em 1966 e referendada pelo Brasil, conforme Decreto-Legislativo nº226/1991 e Decreto nº592/1992.

¹⁵⁹ Adotada pela ONU em 1951 e referendada pelo Brasil, conforme Decreto-Legislativo nº11/1960 e Decreto nº50.215/1961.

¹⁶⁰ Adotada pela ONU em 1966 e referendada pelo Brasil, conforme Decreto-Legislativo nº226/1991 e Decreto nº591/1992.

¹⁶¹ Adotada pela ONU (vigorando internacionalmente desde 1990) e referendada pelo Brasil, conforme Decreto-Legislativo nº 28/1990 e Decreto nº99/1990.

Abaixo, apresentamos um quadro¹⁶² indicando os cinco “passos” (termo usado no documento) que especificam os deveres a serem assumidos pelos Estados:

(1) **proteção do indivíduo contra violência por homofobia ou transfobia**, promovendo investigação dos crimes relacionados e efetiva sanção penal. Ainda, criminalizando condutas próprias de homofobia ou transfobia. Por fim, preceitua que perseguição em razão de orientação sexual ou identidade de gênero pode justificar pedido de asilo político;¹⁶³

(2) **prevenção de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante da população LGBT**, o que além de englobar, claro, a tortura, significa afastar imposição à população LGBT de tratamento supostamente justificado por cuidado com sua saúde, mas que pode implicar até mesmo prática de exames (anais) forçados. Ainda, quer dizer afastar a visão preconceituosa, vinculando orientação sexual ou identidade de gênero com doença;¹⁶⁴

(3) **descriminalização das condutas homossexuais**, constando informação no estudo da ONU de que, ao menos, 76 (setenta e seis) países apresentam leis que criminalizam relações consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo (dentre os quais, em 5, cinco, deles,¹⁶⁵ cabe pena de morte). Destaca que, muitas vezes, a própria redação das leis permite a criminalização por meio de referências vagas e indefinidas (“crimes contra a ordem natural”, “moralidade”, “depravação”). O documento observa que tal realidade vai na contramão do dever do Estado de proteger a privacidade individual e garantir a ausência de discriminação. Destaca que, também, significa discriminação pelo próprio Estado, ao prever idades diferentes de consentimento para relação sexual entre pessoas de mesmo sexo (em número diverso de relação heterossexual).

(4) **proibição de discriminação baseada com orientação sexual e identidade de gênero**, tendo em vista realidade de discriminação diária, sofrida pela população LGBT, inclusive, por leis ou políticas públicas, deixando-os à margem de benefícios comuns ou impondo sofrimento por discriminação oficiosa (estigma, exclusão, as mais diversas, no trabalho, em casa e instituição de cuidado da saúde). O documento chama atenção para o fato de que tratamento diverso, justificado em questões relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero deve ser considerado como discriminação. Ainda, observa que a Declaração Universal dos

¹⁶² UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015.

¹⁶³ No item, consta a seguinte conclusão: “In order to respect, protect and fulfill the right to life and security of person guaranteed under international law, States must effectively investigate, prosecute and punish perpetrators responsible for extrajudicial executions, and enact hate crime laws that protect individuals from violence on the basis of sexual orientation and gender identity. Effective systems should be established for recording and reporting hate-motivated acts of violence. Asylum laws and policies should recognize that persecution on account of one’s sexual orientation or gender identity may be a valid basis for an asylum claim.” (UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015, p.21)

¹⁶⁴ “Under international law, States must prohibit and punish acts of torture and ill-treatment, and must provide redress to victims of such acts. This means that a State must define torture and ill-treatment as offences under domestic criminal law, and must ensure that all acts of brutality by law enforcement officers and other agents of the State are independently, promptly and thoroughly investigated, and that those responsible are brought to justice. States should provide a procedure whereby victims of such acts can seek remedies, including compensation. States are also under an obligation to take preventive measures, such as training of law enforcement officers and monitoring of places of detention.” (UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015, p.27)

¹⁶⁵ Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão e Yemen. (UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015, p.34).

Direitos Humanos, apesar de não trazer claramente os termos orientação sexual e identidade de gênero, fez constar claramente as palavras “ou qualquer outra condição”, o que prova que o elenco referido não é fechado. Conclui que as leis internacionais não impõem aos Estados o reconhecimento de casamento de pessoas de mesmo sexo, mas, mesmo assim, impõem o dever de proteger indivíduos não casados em relações de mesmo sexo igualmente àquilo que promove em face dos indivíduos não casados em relações de sexo diferente.¹⁶⁶

(5) respeito à liberdade de expressão, ao direito de reunião e de associação pacíficas, destacando que são direitos essenciais numa sociedade civil ativa e para o funcionamento da democracia. Observa-se que há países, negando funcionamento de organizações não governamentais, ou de passeatas ou paradas LGBT.

Portanto, afora a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as conclusões extraídas pela ONU também devem ser aplicáveis ao Brasil, pelo singelo motivo de que os documentos internacionais que serviram de base a suas conclusões, igualmente, foram ratificados pelo Brasil. Isso significa dizer que – diversamente do debate comumente desenvolvido no país, especialmente, contrapondo o Parlamento e o Judiciário – não se cogita de ofensa ao Poder Legislativo, quando o Judiciário promove decisão que, em última análise, representará a observância dos deveres estatais, referidos nos “passos” acima.

Essa observação derradeira é bastante importante, pois demonstra que, em realidade, o Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir, por exemplo, sobre a união homoafetiva no Brasil (ou tratamento ao transexual, ou criminalização de homofobia/transfobia etc.) vai além de fazer valer o conteúdo aberto dos princípios constitucionais. Assim, o Judiciário também interpreta a “legislação” posta, mesmo que a norma positivada provenha de tratado ou de convenção internacional.

Dessa maneira, frise-se que o Estado brasileiro está ao lado dos países mais atuantes na defesa de direitos humanos e incorporou os documentos internacionais mais paradigmáticos, inclusive, com a manifestação expressa do Poder Legislativo. Disso, é temerário, de repente, porque não concorda com a expressão do direito traduzida pelo Supremo Tribunal Federal, vir representante do Parlamento atacar o Poder Judiciário, sob o argumento – frágil sob vários aspectos – de intromissão em papel que não lhe cabe.

¹⁶⁶ O que autoriza concluir que o Supremo Tribunal Federal andou bem, ao decidir a união estável homoafetiva no Brasil, vez que, até mesmo, com base nos tratados internacionais, a que o país estava submetido (cuja força, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é equivalente a ato supralegal, ou seja, superior às leis internas, ainda que inferior à Constituição), a conclusão pela igualdade de direitos (no caso, de união estável) era de rigor.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E MINORAIS SEXUAIS

A atenção estatal em benefício das minorais, especialmente, as sexuais, não se mostra suficiente. Como se verá, as políticas públicas são frágeis e insuficientes para atender às necessidades atinentes aos grupos ditos minorais sexuais. A interferência de uma visão tradicional/conservadora, presente em grande medida no Parlamento brasileiro, representa um óbice evidente à atividade legiferante que pudesse dar conta do atendimento a estas parcelas da população.

Consequentemente, a atividade administrativa mostra-se igualmente deficitária, dependendo em demasia do impulso advindo de determinações judiciais, o que, ao mesmo tempo em que atende apenas parcialmente a população-alvo,¹⁶⁷ provoca críticas de interferências entre os Poderes, como já observado no primeiro capítulo.

4.1 Políticas públicas

A atuação do administrador – ou Estado-Administrador – faz-se por meio das políticas públicas. São intervenções no cotidiano do Estado – em todas as suas esferas políticas (municipal, estadual e federal) – que se destinam a alcançar determinados objetivos (econômicos, sociais, culturais, ambientais etc). Inobstante exista necessidade de amparo constitucional ou legal, é fato que a iniciativa das ações da Administração e sua efetiva execução implicam evidentes decisões políticas, muitas vezes, além da imposição direta da Lei.¹⁶⁸

Diz-se, nesse sentido, dos aspectos discricionários do ato administrativo:

[...] porque cabe interferência de um *juízo do administrador* no que atina, isolada ou cumulativamente:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou
- b) no que concerne a não agir ou agir ou

¹⁶⁷ Exemplo dessa opinião encontra-se no posicionamento de transexual masculino, apresentado em suas memórias, nas quais se vê frustração da atuação jurisdicional, deixando de reconhecer, em verdade, que a falha maior é do Estado-Legislator: “Embora o Ministério da Saúde reconheça a existência dos transexuais, o Poder Judiciário continua a nos ignorar. Os que tentam uma requalificação civil ficam à mercê da deliberação do juiz. Como exemplos de avanço jurídico temos os casos da Inglaterra (2005) e da Espanha (2007), onde foram implantadas leis protetoras da identidade de gênero. Não é preciso que a pessoa se submeta à mudança de sexo para obter novos documentos. Heranças, pensão e acesso aos planos de saúde de cônjuges são garantidos.” (NERY, João W. **Viagem solitária**: memórias de um transexual 30 anos depois. São Paulo: Leya, 2011 (edição eletrônica *Kindle* , posição 82)

¹⁶⁸ “É raro, entretanto, que a norma de Direito estabeleça com este rigor, com esta capilar precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.16).

- c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.¹⁶⁹

Desse modo – a despeito da submissão do Poder Executivo, em linhas gerais, ao princípio da legalidade –, a própria existência de lei (relacionada à ação do Poder Legislativo) em sentido formal e sua efetiva execução, normalmente, relacionam-se com decisões políticas. No entanto, este caráter político não afasta a análise jurisdicional, o que pode suceder diante de efetiva política pública (atuação positiva) ou de verdadeira omissão constitucional ou legal.¹⁷⁰ Por isso, diz-se que:

[...] o controle da execução das políticas públicas não pode ser visto como mero controle de atos administrativos, os quais, como dito, possuem adequação e validade da lei que os fundamenta. Em se tratando de exercício do poder político na efetivação de políticas públicas, o controle deverá ser feito diretamente no exercício do poder político e, nesse contexto, os atos dos governantes possuirão fundamento e validade na Constituição Federal.¹⁷¹

Considerando que o termo “política pública” não tem um conceito unívoco, doravante, adota-se a definição abaixo, que destaca (I) tratar-se de ação governamental, (II) além de ser resultado de processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (o que implica base legal e/ou constitucional) e (III) perseguir determinados objetivos (claro, conforme a própria Constituição):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹⁷²

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionariade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 17.

¹⁷⁰ “Em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constitui-se em um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução.” (SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: (Orgs.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.15)

¹⁷¹ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? In: (Orgs.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.405.

¹⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

E o interesse sobre o tema vem se agigantando à medida do crescimento da atuação do Estado, reconhecidamente, mais presente, diante da série de direitos, proclamados, especialmente, ao longo do século XX, com destaque aos direitos sociais.¹⁷³

Tanto por isso, a atuação legiferante e a efetivação de políticas públicas tem recebido uma atenção crescente, inclusive, colocando a competência (medida de poder) dos Poderes Executivo e Legislativo em discussão e análise perante o Judiciário. Nessa espécie de discussão, conforme veremos em vários exemplos a seguir e no próximo capítulo, na verdade, o cerne não se refere a uma atuação positiva dos demais Poderes, mas, sim, à negativa, ou seja: à omissão total ou parcial no tratamento dedicado às minorias sexuais.

4.2 Lenta evolução nacional

Do que se viu, fácil observar como é escassa a produção legislativa que trata de minorias sexuais no Brasil. Apesar de nosso Congresso ser, certamente, um dos mais produtivos do mundo.¹⁷⁴ Isso, claro, apesar de a propositura volumosa não se manter em nível sempre alto, nem ser garantia de qualidade de projetos (nem da amplitude dos temas tratados).¹⁷⁵

¹⁷³ “Esse processo de ampliação de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.5)

¹⁷⁴ Pelo menos, no que se refere ao número de projetos de leis: “Ao comparar os dados sobre produção legislativa brasileira, sobretudo da Câmara dos Deputados, com a produção legal dos parlamentos de outros países fica-se patente que a alegação comum de que os parlamentares brasileiros não trabalham é pura ficção. Em termos absolutos, a Câmara dos Deputados do Brasil é campeã disparada em projetos apresentados. Este fato é verdadeiro com relação aos legislativos de países parlamentaristas, muito embora a diferença de sistema político não permita uma comparação cientificamente precisa. Entretanto, mesmo quando se compara o Brasil com os Estados Unidos nesta área observa-se que o parlamento brasileiro se sobressai. Note-se, contudo, que os Estados Unidos possuem um sistema de governo semelhante ao brasileiro e seu parlamento é reconhecidamente um dos mais atuantes do mundo. Entretanto, a grande produção legal americana ainda apresenta-se menor do que a brasileira. Tomando-se o parâmetro da relação entre o número de projetos apresentados e o número de leis aprovadas, pode-se argumentar que a produção legal brasileira é muito menor do que as estatísticas agregadas parecem indicar. De fato, é pequena a proporção de projetos transformados em norma jurídica. Como a tabela que segue abaixo demonstra, de um total de 16.217 projetos de iniciativa do Poder Legislativo apresentados entre 1989 e 1998, apenas 262 foram transformados em lei. Mas tais proporções são insuficientes para uma avaliação de desempenho do Congresso Nacional. Como Figueiredo e Limongi sugerem, ‘o Congresso norte-americano, que conta, como o brasileiro, com uma intensa atividade propositiva dos parlamentares, mostra índices ainda mais baixos’ (1996).” (RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Estudo comparativo sobre produção legislativa e remuneração parlamentar em países selecionados da Europa, América do Norte e América Latina**. Câmara dos Deputados Praça dos 3 Poderes Consultoria Legislativa Anexo III, Térreo Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/005771.pdf>. Acesso em: 22.jan.2015).

¹⁷⁵ A título de exemplo, sobre o ano de 2014, consta a seguinte análise pelo DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar): “Em termos quantitativos, foi uma das menores, senão a menor, produção legislativa do Congresso nos últimos 20 anos. Quanto à origem, das 101 leis ordinárias: 1) 55 foram de iniciativa de parlamentar, sendo 37 da Câmara e 18 do Senado; 2) 35 de iniciativa do Poder Executivo, sendo 19 oriundas de MPs, 14 de projeto de lei ordinário e dois de projeto de lei do Congresso Nacional (PLN); 3) nove de Poder Judiciário; e 4) dois do Ministério

De qualquer maneira, apesar de a recente preocupação governamental (especificamente, por ações do Poder Executivo, inclusive, encontrando amparo no Judiciário) sobre tal população, de rigor anotar a ausência de dados estatísticos brasileiros bastante importantes: sobre evasão escolar, conflitos psicológicos (depressão, casos de suicídio, reflexos na saúde física) e óbice ao acesso ao mercado de trabalho.

E, no que se refere ao Congresso Nacional, mostra-se plausível concluir pela preponderância de um perfil conservador do Legislativo, forte ascendência de grupos religiosos organizados contrariamente às ações de tolerância a desigualdades sexuais. Tudo, como é cediço, a desestimular a concretização de ações legislativas sobre estes grupos da sociedade.¹⁷⁶

Tanto por isso, ou seja, por uma nítida ascendência de linha conservadora compondo o Legislativo, o Estado brasileiro está, talvez, no limite do desrespeito à liberdade de crença. Direito, aliás, que não pode ser entendido apenas como o direito de escolher uma religião, mas, também, o direito da descrença e da liberdade de não adotar qualquer religião:

Acerca desse ponto, Jorge Miranda, após reconhecer que “a liberdade religiosa está no cerne da problemática dos direitos fundamentais”, explica que a “liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado *permitir* ou *propiciar* a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado *não impor* ou *não garantir com as leis* o cumprimento desses deveres.”

José Afonso da Silva também é enfático ao abordar essa mesma questão e afirmar que, na “liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) de *mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de

Público. Em relação ao processo de votação, das 101 ordinárias e as cinco complementares, 76 foram aprovados em plenário e 30 conclusivamente nas comissões permanentes das duas Casas do Congresso. Além das 76 aprovadas em plenário, também foram aprovadas, em dois turnos em cada Casa do Congresso, nove emendas à Constituição. A qualidade, tal como a quantidade, também ficou muito aquém das expectativas da população, especialmente após as manifestações de junho de 2013.” (Disponível em: <http://www.diap.org.br>. Acesso em: 22 jan.2015).

¹⁷⁶ A título de exemplo de postura evidentemente contrária a minorais, pode-se mencionar o projeto de lei sobre “Estatuto da Família”, procurando limitar o casamento ou união estável tão somente ao casal formado por homem e mulher, ao arrepio de expreso reconhecimento anteriormente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em clara tentativa de retrocesso a direito fundamental no Brasil. (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/462211-ENQUETE-SOBRE-ESTATUTO-DA-FAMILIA-BATE-RECORDE-DE-ACESSOS-AO-SITE-DA-CAMARA.html>. Acesso em: 26 jan.2015). Na mesma linha, oposição manifestada em relação à inclusão como dependentes em Imposto de Renda de companheiro homossexual. (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/393741-DECISÃO-DA-RECEITA-FEDERAL-DE-INCLUIR-COMPANHEIRO-HOMOSSEXUAL-COMO-DEPENDENTE-NO-IR-PROVOCA-POLÊMICA-NA-CÂMARA-%2802%2719%22%29.html>. Acesso em: 29 jan.2015).

qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.”¹⁷⁷

Da mesma forma, se é inegável a religiosidade no Estado brasileiro, mas não perdendo de vista sermos um Estado laico, não soa razoável sob qualquer argumento religioso expurgar algum direito, tão somente pela sexualidade do seu titular. Por isso, e aproveitando o exemplo eloquente de união homoafetiva, sequer soaria satisfatório (e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana e antidiscriminação) instituir, para casais homossexuais, uma união civil, distinta do casamento, que, assim, restaria restrito aos casais heterossexuais.

A propósito, observe-se o raciocínio perspicaz de Ronald Dworkin:

Há uma justificativa mais popular: que a sociedade não discrimina homossexuais se proíbe os casamentos homossexuais, mas cria as uniões civis do mesmo sexo que fornecem a maior parte ou todas as vantagens materiais do casamento. Esse argumento se anula. Se não há diferença entre o material e as consequências legais do casamento ou uma união civil artificial, então por que o casamento é reservado para os heterossexuais? Isso pode ser apenas porque o casamento tem uma dimensão espiritual que união civil não. Esta pode ser uma dimensão religiosa, que alguns casais do mesmo sexo querem tanto quanto os heterossexuais fazer. Ou pode ser a ressonância da história e da cultura que eu descrevi e que ambos os tipos de casais cobiçam. Mas seja o que for, se houver razões para restringir o status de casais homossexuais, então, estas também devem ser razões pelas quais união civil não é uma oportunidade equivalente.¹⁷⁸

A posição de Dworkin traz a exata medida da discussão, vez que, positivado o casamento dentre os demais direitos, afasta-se (ou deveria restar distante) seu caráter religioso, assumindo o papel estritamente jurídico, estranho a qualquer discussão de natureza vinculada a qualquer religião.

E o tema relativo à união estável homoafetiva é apenas um exemplo de espaço tomado pelo Judiciário diante da fragilidade do Parlamento, que, efetivamente,

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.356.

¹⁷⁸ “There is an event more popular justification: that society does not discriminate against homosexuals if it forbids same-sex marriages but creates same-sex civil unions that provide most or all of the material advantages of marriage. That argument refuses itself. If there is no difference between the material and legal consequences of marriage or a contrived civil union, then why should marriage be reserved for heterosexuals? That can be only because marriage has a spiritual dimension that civil union does not. This may be a religious dimension, which some same-sex couples want as much as heterosexuals do. Or it may be the resonance of history and culture that I described and that both kinds of couples covet. But whatever it is, if there are reasons for withholding the status from gay couples, then these must also be reasons why civil union is not an equivalent opportunity.” (DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006, p.87, trad. livre)

mostra-se incapaz de responder às demandas sociais.¹⁷⁹ A consequência disto é um incremento claro da judicialização dos direitos fundamentais.

4.3 Ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais

Diante do caráter axiológico constante dos princípios e a despeito do claro caráter subjetivo em relação às normas jurídicas daí nascidas, não deve impressionar a atuação – às vezes e aparentemente, inovadora na criação de direitos – pelo Judiciário. Na verdade, não se cria direito, mas, sim, traduz-se o conteúdo – às vezes, extremamente vago – da Constituição Federal (o que é muito característico do texto da Constituição brasileira de 1988).

E tal movimento do Judiciário, consoante já dissemos, não é novo, não é inovador, nem deveria, portanto, despertar tantas críticas. Ao contrário, pois, mediante esta atuação jurisdicional, o Estado como um todo vem aplacar a conduta omissiva dos Poderes Executivos e Legislativo, na contramão da própria Constituição (que, afinal, trouxe os instrumentos para afastar a omissão de sua concretização).

Bom lembrar, a propósito, que, ao analisarmos as Constituições brasileiras, vemos que o controle difuso de constitucionalidade foi adotado no país a partir da Constituição de 1891.¹⁸⁰ Ou seja, desde o precedente tão lembrado sobre o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, em 1803, *Marbury v. Madison*, pode-se afirmar que nem tardou em demasia para a adoção daquela “novidade” no Brasil.

O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, também não demorou a ser inserido no ordenamento brasileiro: a Constituição de 1934 adotou-o, mas bastante restrito (apenas em modalidade interventiva), o que ocorreu poucos anos depois da sua adoção, conforme o modelo proposto por Hans Kelsen, em 1920, pela Áustria. A propósito, a instituição de uma corte constitucional na Áustria traduziu a vitória de Hans

¹⁷⁹ “La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contriuido a trasladar a la esfera judicial conflitos colectivos que eran dirimidos en otros âmbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables sean estos ciciles y políticos o sociales, limita o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos.” (ABRAMOVICH, Victor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: (Org.) Rodrigo Garcia Schwarz. **Direito administrativo contemporâneo**: administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.30).

¹⁸⁰ “Art.59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] §1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (destacou-se).

Kelsen frente a Carl Schmitt, que defendia um controle – não com base na normatividade da Constituição – mas político.¹⁸¹

Carlos Velloso apresenta a seguinte síntese do famoso debate:

Carl Schmitt recusava a ideia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um tribunal “fazer política”, na defesa da Constituição. Essa defesa caberia, sim, a um órgão político. Essas duas posições exprimem, leciona Cardoso da Costa, “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era a de Schmitt), e, conseqüentemente, do que deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’, como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdicional.”¹⁸²

Deixando de lado o lapso temporal da Constituição de 1937 (que restringiu o controle concentrado apenas em sua forma política, mediante a decretação da intervenção pela Câmara dos Deputados, nos casos de ofensa à Constituição)¹⁸³, com a redemocratização por meio da Constituição de 1946, o controle – judicial – concentrado (interventivo) retornou.¹⁸⁴ E ganhou novos ares, atribuindo um caráter geral à ação direta de inconstitucionalidade por meio da Emenda Constitucional (EC) nº16/65.¹⁸⁵ Tal caráter geral da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) foi mantido pela Constituição de 1967 (e Emenda de 1969). À época, a ADIn era limitada, porque sua propositura vinha prevista tão somente pelo Procurador-Geral da República (escolhido pelo Presidente da República).

Foi a Constituição Federal de 1988 que incrementou o quadro de controle de constitucionalidade brasileiro.

¹⁸¹ Verdade que o posicionamento de Carl Schmitt foi bastante criticado, inclusive por sua adesão ao regime nazista, ainda que sua postura, nem entre os nazistas, tenha sido tão clara: “A adesão ao regime nazista, contudo, é uma realidade em Schmitt, embora mitigada por dúvidas sobre a sua real adesão à vertente antisemita do nazismo. Por ser católico e ter relações de amizade com judeus chegou mesmo a enfrentar certa dose de desconfiança por parte do próprio regime a que aderiu, de modo que passou a ser observado pelo serviço secreto.” (FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 10, nº39. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.128). Schmitt concebeu o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição, imaginando-o alguém neutro, atuando ao lado dos outros poderes constitucionais, em relação de coordenação e apenas em momentos de emergência. (FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 10, nº39. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.131).

¹⁸² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.380.

¹⁸³ Nesse sentido, embora a intervenção com finalidade de defesa constitucional dependesse da atuação da Câmara dos Deputados (art.9º, parágrafo único, Constituição de 1937), o art.9º, tratando-se de intervenção, demonstrava uma extensão maior, dependendo em outras hipóteses de ato de competência do Presidente da República.

¹⁸⁴ “Art.8º – A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único – No caso do nºVII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.” (Constituição de 1946)

¹⁸⁵ “Art.101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: [...] k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. (Constituição de 1946, alínea “k” com redação dada pela Emenda Constitucional nº16, de 1965).

A partir do marco temporal da Constituição de 1988, paulatinamente, o Judiciário – não apenas os Ministros do Supremo Tribunal Federal – vai tomando para si uma tarefa mais extensa do que se via anteriormente. Ou seja, historicamente, pode-se dizer que o “ativismo” coincide em larga medida com a própria evolução de controle de constitucionalidade das leis, função precípua do Judiciário, seja pelo juiz de primeira instância, seja pelo Supremo Tribunal Federal.

Inegável, contudo, que os efeitos de determinada decisão judicial engrandecem-se à medida que são decisões emanadas pela Corte Constitucional do Brasil.

O motivo disso é singelo e diz respeito à crescente concentração de poder na cúpula do Judiciário nacional – é tanto poder que se diz de uma verdadeira “supremocracia”¹⁸⁶, referindo-se a uma das mais poderosas cortes no mundo¹⁸⁷ –, especialmente, em virtude dos efeitos “erga omnes” e vinculante. A propósito, estes efeitos foram estatuídos de forma a compensar a ausência do “stare decisis”, princípio próprio ao “common law”¹⁸⁸, que assegura a estabilidade das decisões judiciais nos países que o adotam.

Foi uma necessidade prática do controle concentrado brasileiro, unindo os sistemas concentrado e difuso: estivesse o controle sob responsabilidade de uma corte única, não seria mister impor sua decisão a qualquer órgão do Judiciário (que, afinal, sequer poderia tratar de constitucionalidade); estivéssemos, por sua vez, submetidos a “common law”, o precedente, por si só, teria força de criar a norma e fazer valer, especialmente, perante as demais instâncias.

Apenas como um esclarecimento das características do Judiciário nacional, ilustrativo utilizar o exemplo dos Estados Unidos:¹⁸⁹

¹⁸⁶ Trata-se de “deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário” que é “antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente.” [...] “A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, nº8, jul.-dez. 2008, p.443).

¹⁸⁷ Conforme entrevista ao Jornal Folha de S.Paulo, em 2013. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em: 26 jun.2014), o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho chama atenção para ampla competência de controle constitucional – unindo os sistemas difuso (como americano) e concentrado (como o europeu continental) – e, ainda, permanência de competência para julgamento de ações criminais.

¹⁸⁸ Justifica-se, ainda, pelo próprio Estado de Direito, que, por si só, explica o motivo de não mudar a todo momento posicionamento já tomado anteriormente. (WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review* v.111:1, October 2012, p.5).

¹⁸⁹ Tendo, o Estado, adotado o instituto já sedimentado na Inglaterra.

[...] o *stare decisis* deriva da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* e significa aderir e manter as decisões, e não perturbar o que já está resolvido. No Direito estadunidense, o *stare decisis* obriga os juízes das instâncias inferiores a observar os precedentes, tanto da Suprema Corte, quanto de outros tribunais (*U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit* etc.).

O sistema da *common law* baseia-se principalmente na hermenêutica dos tribunais, apesar de haver normas escritas (*statute law*). Por isso, é identificado como um “Direito Judiciário”, desenvolvido e aplicado pelos juízes e tribunais, seja por meio da observância dos precedentes, em decisões proferidas durante séculos, seja pela aplicação de princípios gerais do direito ou de regras consuetudinárias em situações novas. Trata-se de “[...] um *judge-made-law*, um Direito Jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais. Salvo na época da sua formação, a lei não desempenha qualquer papel na sua evolução.”¹⁹⁰

Ainda, aproveitando o exemplo dos Estados Unidos, o dever de seguir precedente sobre determinado assunto existe – além de tribunais e juízos de instâncias inferiores –, também na Suprema Corte, que deverá aderir a seus próprios precedentes, a não ser que exista alguma justificativa especial para não fazê-lo¹⁹¹. A propósito, cumpre assinalar que o efeito vinculante, previsto nos termos da Emenda Constitucional nº3/1993, como se observará mais adiante, não tem o mesmo alcance (vez que não impõe, por mais estranho que possa soar, o dever de o próprio Supremo Tribunal Federal seguir suas decisões anteriores).¹⁹²

Cumpre reforçar que o “*stare decisis*” desenvolveu-se ao longo do tempo: no final do século XVI, os tribunais ingleses passaram a considerar decisões anteriores; este procedimento foi ganhando força ao longo dos séculos XVII e XVIII. No final do século XVIII e início do XIX, a doutrina do “*stare decisis*” emergiu como um princípio, fazendo nascer a autoridade obrigatória do precedente, própria do “*common law*” (tornando-se uma fonte primária de direito).¹⁹³

¹⁹⁰ CARDOSO, Oscar Valente. *Stare decisis e súmula vinculante: análise comparativa*. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº130, jan.2014. São Paulo: Oliveira Rocha, 2014, p.81.

¹⁹¹ FOSTER, Sydney. Should courts give stare decisis effect do statutory interpretation methodology? **The Georgetown Law Journal**, v.96:1863, 2007-2008, p.1864, nota “3”.

¹⁹² “§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” (art.102, CF, destacou-se).

¹⁹³ “The principle of precedent can first be identified at the end of the 16th century when English courts started to adhere to previous custom in matters of procedure and pleading (Berman and Reid, 1996: 446). However, it was not until the 17th and 18th centuries that a substantive rule of precedent developed in Common law systems. In that period, courts were entrusted with the task of ‘finding’ the law, rather than ‘making’ the law.7 The presence of several cases recognizing the same legal principle increased the persuasive force of judicial findings: precedents became more authoritative when they were reaffirmed by a sequence of consistent decisions over time.8 During the lateeighteenth and early-nineteenth centuries, under Bentham’s positivist influence, the doctrine of *stare decisis* moved from practice to principle, giving rise to the common law notion of binding authority of precedent. By the end of the 19th century the concept of formally binding rules of precedent was established (Evans, 1987: 36-72). The system of precedents was no longer viewed as persuasive evidence of the law, but itself became a primary source of law (Parisi and Depoorter, 2003).” (FON, Vinciy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014, p.3-4).

Bem diferente do que ocorreu na evolução própria do ordenamento conforme a “civil law”, que, com atenção à separação entre poderes, reconhece a lei – códigos e leis várias – como a única fonte primária do direito.¹⁹⁴ Diz-se que os sistemas jurídicos submetidos a “civil law” tinham como foco a solução de conflitos, não se preocupavam em fazer leis ou regulamentos, papel estranho ao Judiciário e forte na visão rigorosa da Separação de Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁹⁵

Mesmo assim, “stare decisis” não significa imutabilidade. Tanto que se reconhece a possibilidade de modificar um precedente; ainda, de realizar uma análise concreta, demonstrando que, diversamente do que se conclui numa análise superficial, o precedente não tinha aplicação concreta ao caso em análise. No primeiro caso, diz-se de “overturning” um precedente; no segundo, de promover o “distinguish”.^{196 197}

Ordenamentos sujeitos a “civil law” não refutam a força de jurisprudência, mas a adesão a decisões anteriores dá-se diversamente nos dois sistemas.¹⁹⁸ Em regra, no “civil law”, pode-se dizer que o precedente tem um “status” de fonte secundária de direito.¹⁹⁹ E, neste aspecto, diferencia-se bastante do que sucede no “common law”.

4.3.1 A palavra final do Supremo Tribunal Federal em políticas públicas: efeitos “erga omnes” e vinculante

Fácil de constatar que, no “common law”, o “stare decisis” dispensa o reconhecimento expresso dos efeitos “erga omnes” e vinculante:

¹⁹⁴ “This strict historical conception of separation of powers was due to general distrust of courts that were manipulated by the king before the French revolution. The ideals of certainty and completeness in the law implied that legislative provisions had to be formulated and interpreted as mathematical canons to avoid any room for discretion or arbitrary decisions in the judiciary (Parisi, 1992).” (FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014, p.4).

¹⁹⁵ “This strict historical conception of separation of powers was due to general distrust of courts that were manipulated by the king before the French revolution.” (FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014).

¹⁹⁶ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review** v.111:1, October 2012, p.27.

¹⁹⁷ Comentando sobre o modelo dos Estados Unidos: “Porém, decidida a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, na prática, nenhum outro juiz aplica a referida lei aos demais casos concretos análogos ao precedente da Corte, isso por força de antigo princípio, *stare decisis et nonquiescit movere*, que confere funcionalidade e coerência ao modelo de controle americano. Claro, ressalvadas as hipóteses de superação do precedente (*overruling*) ou de ‘distinção’ (*distinguishing*) por força de alguma peculiaridade entre o precedente e o caso subsequente.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**, v.101, nº920 jun.2012. São Paulo: RT, 2012, p.137)

¹⁹⁸ FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014, p.3.

¹⁹⁹ FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014, p.4.

Nos países do *civil law*, que não adotam o *stare decisis*, a alternativa foi a de concentrar num único tribunal – o Tribunal Constitucional – o controle de constitucionalidade dos atos normativos, atribuindo às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade uma eficácia *erga omnes* e vinculante para os demais juízes e tribunais. É o sistema concentrado de constitucionalidade, nascido na Áustria e predominante na maioria dos países europeus. O modo de provocação do Tribunal Constitucional varia de país para país, podendo ocorrer tanto por via de ação direta como também por via incidental, a partir de dissídios concretos. Nesse último caso, presente a inconstitucionalidade, o juiz do caso concreto suspende o curso do processo e submete à apreciação da Corte Constitucional.²⁰⁰

Tomando-se o caso brasileiro – submetido a “civil law” –, interessante a solução adotada, desde a Constituição de 1934, no Brasil, pelo art.91, inciso “IV”²⁰¹: diante da ausência no Brasil do “*stare decisis*”, atribuiu-se ao Senado a função de fazer valer “contra todos” a decisão de inconstitucionalidade. Trata-se do primeiro “sucedâneo normativo ao *stare decisis*”.²⁰²

Tantas foram as modificações²⁰³ promovidas no direito brasileiro, sempre com o intuito de cumprir a função do “*stare decisis*”²⁰⁴: desde o alargamento da matéria a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, quanto ao aumento sobre os entes legitimados a sua propositura – o que resta evidente na Constituição de 1988, art.103 –, passando pela previsão dos efeitos “*erga omnes*” e “vinculante” expressamente (EC

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.28.

²⁰¹ Como se reconhece, sendo a solução tradicional, adotada no Brasil, desde a Constituição de 1934, em seu art.91, inciso “IV” (competindo ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”). Regra, na essência, reproduzida na Constituição de 1988: “Art.52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

²⁰² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**, v.101, nº920 jun.2012. São Paulo: RT, 2012, p.141. O autor, também, destaca que, na mesma Constituição de 1934, houve um segundo sucedâneo: a previsão de que, “nos juízes colegiados, a declaração de inconstitucionalidade requer decisão por maioria absoluta dos respectivos membros (ou do órgão especial com competência plenária a ele delegada).”

²⁰³ O que tem gerado preocupação e crítica de parte da doutrina: “O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, pois a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. Assim, sempre que ele for a base de uma decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. Nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica. Tanto assim é que, de acordo com Eduardo Sodero, todo juiz chamado a decidir um caso cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente. Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação pelo NCPC e já presente nos arts.543-B e 543-C do Código de Processo Civil vigente.” (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. In: **Revista de Direito Privado**, ano 14, v.53. São Paulo: RT, 2013, p.502).

²⁰⁴ “Relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*. Elemento da prática do *common Law*, gestado ao longo de séculos, o *stare decisis* não permite cópia. Portanto, faltou ao direito brasileiro o elemento que confere – ao modelo americano – funcionalidade e coerência decisórias. Julgado um recurso extraordinário pelo STF, nada vinculava os demais juízes brasileiros ao entendimento firmado pelo Tribunal de cúpula. Então, buscou-se suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, sucedâneos normativos ao *stare decisis*.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**, v.101, nº920 jun.2012. São Paulo: RT, 2012, p.140).

nº03/1193 e 45/2004), bem como pela previsão de que o Supremo Tribunal Federal possa editar enunciados de súmula vinculante.²⁰⁵

Anote-se que o Supremo Tribunal Federal tem estendido os efeitos – próprios do controle concentrado – em casos diversos das previsões originais constitucionais. É a conclusão que se alcança da leitura da discussão travada em alguns julgamentos: por exemplo, nos autos de Reclamação nº4.335,²⁰⁶ bem como nos autos de Mandado de Injunção nºs 708 e 712.²⁰⁷ Esta postura da Corte amplia ainda mais o alcance de suas decisões.

É possível vislumbrar diferenças entre os efeitos “erga omnes” e vinculante, mediante uma análise processual: tomando por base as partes potencialmente envolvidas na discussão (mesmo além das partes efetivamente vinculadas na relação jurídica processual), destinatárias das normas jurídicas em debate; ou, então, observando a própria figura do julgador. No primeiro aspecto, pode-se cogitar, também, do efeito “erga omnes”. No segundo, de efeito vinculante, no sentido de “obrigar” os julgadores a acompanhar determinado posicionamento.

Não se ignora, entretanto, alguma dificuldade para estabelecer a distinção com precisão:

É que, conforme anotou o Min. Moreira Alves, a “eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o STF, estão vinculados ao pronunciamento judicial”. Como nota característica, pode-se afirmar que o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada em

²⁰⁵ O efeito vinculante, hoje, previsto na Constituição de 1988 (art.102, §2º) tem a mesma força da súmula vinculante (art.103-A, CF): relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ou seja, não se discute de querer impor tal decisão do STF em relação ao Poder Legislativo, que, por óbvio, mantém sua liberdade de reproduzir eventual ato normativo tido por inconstitucional pelo STF. (CARDOSO, Oscar Valente. *Stare decisis e súmula vinculante: análise comparativa. Revista Dialética de Direito Processual*, nº130, jan.2014. São Paulo: Oliveira Rocha, 2014, p.81).

²⁰⁶ Consta do voto do Relator: “Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art.52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art.52, X, da Constituição de 1988.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Reclamação nº4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 20-03-2014, DJe nº208 Divulg. 21-10-2014 Public. 22-10-2014)

²⁰⁷ Conforme se verifica das observações constantes de voto abaixo: “As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução normativa para a decisão judicial. [...] Significativa, também, a decisão do STF nos MI 712, Relatado pelo Min. Eros Grau, DJ 23.11.2007, e no 708, por mim relatado, DJ 31.10.2008, os quais adotaram “solução normativa e concretizadora” para a omissão quanto ao direito de greve dos servidores públicos. [...] As decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. Parece claro que as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter *obrigatório* ou *mandamental* (cf. Hely Lopes Mirelles, Mandado de segurança, 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.335)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, MI 943/DF, Rel.Min. Gilmar Mendes, DJe-081 Divulg. 30-04-2013 Public 02-05-2013, conforme voto do Relator).

relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância, a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – para impor o seu cumprimento.²⁰⁸

Em relação aos efeitos “erga omnes” e vinculante, oportuna a lição de Eros Grau, que destaca a diferença entre normas e texto, além da evidente função legislativa (que decorre, exatamente, da atribuição de ambos os efeitos às decisões do Supremo Tribunal Federal):

Note-se bem que essas “decisões” do STF são resultado de sua *produção normativa*, atividade que envolve *interpretação/aplicação* e, pois, é desempenhada não apenas a partir de elementos que se desprendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

Essas decisões são *normas*. Mas essas *normas* são transformadas em textos no momento em que assumem *eficácia contra todos e efeito vinculante em relação* aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

As *normas* – não será demasiada a repetição – são produzidas pelo intérprete autêntico, o juiz, no quadro de determinado caso; ao realizar a função que lhe incumbe, de *interpretação/aplicação* do direito, o intérprete autêntico opera a transformação do *texto* em *norma*.

[...]

Em outros termos: a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que se trata importa atribuir-se ao Supremo Tribunal Federal *função legislativa*.²⁰⁹

A lição de Eros Grau traduz, às claras, uma peculiaridade forte do Judiciário brasileiro, a explicar uma característica da Separação de Poderes, adotada na Constituição de 1988. Razão, pela qual, aliás, não se poderia acusar a Corte brasileira de invadir ou usurpar uma função própria do Legislativo.

Ainda, fica bastante clara a natureza principal das normas protetivas em benefício das minorias sexuais. Sim, normas. No entanto, remetendo-se à lição anterior de Eros Grau, normas advindas de decisões judiciais, principalmente. Afinal, no vazio ou omissão legislativa, o Estado responde às necessidades de sua população – majorias ou minorias, pouco importa – pelo outro Poder constituído: o Judiciário.

Como se vê, a atuação do Judiciário, com os olhos fincados nas políticas públicas do Estado, a despeito de não implicar invasão sobre os demais Poderes, não é simples. Não se trata de uma tarefa fácil, uma vez que, à medida que o Judiciário adentra em questões tão caras da atuação política (relacionada, afinal, com as ações governamentais),

²⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.64.

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº16, 1996. São Paulo: Malheiros, 1996, p.37.

está-se perante a assuntos complexos, que exigem uma visão multidisciplinar por parte do julgador.²¹⁰

4.3.2 Espaço amplo para o ativismo judicial brasileiro: ações diretas de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção e ação civil pública

A Constituição de 1988, em seu texto constitucional originário, trouxe, em relação ao controle concentrado, além de ação direta interventiva – já tradicional no modelo brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão; o mesmo texto constitucional originário inovou ainda mais, prevendo a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O controle difuso de constitucionalidade, também, restou reforçado por meio de uma nova espécie de ação individual, tendo por objeto uma omissão constitucional: o mandado de injunção.²¹¹

Poucos anos depois da promulgação da Carta de 1988, veio a EC nº3/1993, adicionando a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) entre as ações diretas existentes. Mais ainda, pela primeira vez numa constituição brasileira, foram previstos expressamente os efeitos desta nova ação direta: oponíveis em face de todos (*erga omnes*) e vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e do Executivo.

As Leis nº9.868/1999, tratando tanto da ADIn quanto ADC, e nº9.882/1999, referindo-se à ADPF, previram os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Apenas com a EC nº45/2004, o poder constituinte reformador fez alguns ajustes nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade: igualaram os entes legitimados a propô-las, bem como deixou previsto que os efeitos *erga omnes* e vinculantes valiam para ambas.

Considerando outras modificações – em especial, pela EC nº45/2004, promovendo a repercussão geral e a súmula vinculante – o controle de constitucionalidade

²¹⁰ “[...] evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.46)

²¹¹ “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art.5º, CF).

brasileiro tem sido alterado, tem-se aperfeiçoado, fortalecendo às claras a influência do Supremo Tribunal Federal na sociedade (tornando cada vez mais corriqueira a crítica de invasão frente aos demais Poderes).

Como se vê, o quadro de ações disponíveis no controle concentrado de constitucionalidade é muitíssimo amplo, conforme reforçado pela análise da ADPF. É que, afora inconstitucionalidades por ação (ou omissão), o Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, poderá atuar na ausência de qualquer Lei em sentido formal, em casos outros, além do que poderia ser considerado uma mera omissão.

Isso significa dizer que, devidamente provocado, o Supremo Tribunal Federal não se prenderá em formalidades, podendo, largamente, concretizar direitos abstraídos diretamente do texto constitucional. Para tanto, a ADPF ganha uma importância especial, pois permitirá a análise do Supremo Tribunal Federal, mesmo em situações duvidosas.

A Constituição de 1988 traz uma previsão bastante singela acerca da ADPF: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (art.102, §1º). Ficou a cargo do legislador ordinário o tratamento desta ação constitucional, o que veio à tona por intermédio da Lei nº9.882/1999.

Esta Lei de 1999 previu a ADPF em duas situações – o que, para alguns juristas, é a prova de que foi além do que lhe era permitido fazer, acarretando em inconstitucionalidades²¹² –, como se lê do art.1º: no *caput*, “A arguição prevista no §1º do art.102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”; no parágrafo único, inciso “I”²¹³, “quando for relevante o fundamento da controvérsia

²¹² A título de exemplo, observe-se o posicionamento de Luiz Alberto David Araujo: “A Constituição Federal, em seu art.102, §1º, cuidou de criar apenas uma ação. Sempre que houver descumprimento de preceito fundamental, caberá a ação prevista na Lei Maior. Mas a Lei nº9.882/99 inovou trazendo mais uma hipótese, ou seja, o controle do ato normativo municipal, estadual e federal, incluindo o anterior à Constituição, desde que relevante o fundamento da controvérsia constitucional na visão do Pretório Excelso. Entendemos, portanto, que o parágrafo único do art.1º da Lei nº9.882/99, por inexistência de previsão, é inconstitucional, permitindo apenas o controle pela ação prevista na cabeça desse artigo.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.93).

²¹³ Havia um segundo inciso, mas restou vetado: “De outra parte, é importante salientar que o projeto aprovado pelo Congresso Nacional contemplava, além dos legitimados pelo art.103, da Constituição Federal, ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público’, dando conta da tendência doutrinária que apontava neste sentido. Sydney Sanches, ao comentar o disposto no parágrafo primeiro do art.102, da CF/1988, já defendia que ‘por essa norma autorizativa, qualquer cidadão, se houver violação de preceito fundamental da Constituição, poderá ter acesso à Suprema Corte, desde que elaborada a lei regulamentadora do dispositivo constitucional’. Tal dispositivo, que constava no art.2º, II, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República, que alegou contrariedade ao interesse público, em vista do ‘comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal’, fruto da inevitável multiplicação das demandas.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.30, jan.2000, p.69).

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (destacou-se).

Da previsão constante no parágrafo único, chama atenção a possibilidade de tratar lei/ato municipal e os anteriores à Constituição. É que a ADIn e a ADC não podem tratar de suposta incompatibilidade de lei anterior em relação à Constituição. Também não podem analisar constitucionalidade de lei municipal (assunto que, claro, pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, mas por meio de um recurso extraordinário, ainda que derivado de eventual controle concentrado, promovido nos moldes da Constituição Estadual).

A propósito da discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº9.882/1999, foi proposta ADIn (que recebeu nº2.231), em 27/06/2000. A situação desta ação é peculiar: pendente, até o momento, a formação da decisão liminar (cuja análise restou inacabada por pedido de vista) e, ainda, consta no registro processual (no *site* do próprio Supremo Tribunal Federal, consulta em 5 jun.2014) como relator o Min. Néri da Silveira, apesar de sua aposentadoria em 2002. Do andamento processual, vê-se que os autos passaram, sucessivamente, aos gabinetes do Min. Sepúlveda Pertence, Min. Carlos Alberto Menezes Direito e estão, desde 2010, no gabinete do Min. Dias Toffoli.²¹⁴

A despeito da controvérsia instalada no Supremo Tribunal Federal, volta-se a destacar, a lei está vigente em sua integralidade, vez que sequer houve término da análise liminar. E, certamente o uso já amplo da ADPF pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos afasta uma suposta mácula de inconstitucionalidade.

Pois bem, mas o que é descumprimento de preceito fundamental?

Ora, a Constituição Federal não define o que deva ser entendido por “preceito fundamental”; a Lei nº9.882/99 também não. Fez tão somente menção expressa a “preceito”, o que pode reforçar a conclusão de que, no caso, tanto faz uma norma contida num princípio ou numa regra ou conjunto de mais de um princípio e norma, relacionados entre si. Ou seja, preceito é apreendido a partir da atividade do próprio intérprete, num sentido bastante amplo. A propósito, a amplitude soa bastante conforme o instrumento adotado pelo constituinte, de maneira a, afinal, fazer valer a própria Constituição.

Nesse sentido, pode-se concluir:

²¹⁴ Acesso em: 23 abr.2015.

Um preceito constitucional contém nomas jurídicas objetiváveis, mas as dimensões e relações de sentido de algumas dessas normas só poderão ser obtidas por via interpretativa no momento em que se coloque o problema da sua concretização, ou seja, da sua aplicabilidade a uma dada situação problemática.²¹⁵

A Constituição Federal traz, ainda, um outro critério importante para relacionar uma causa à ADPF: o preceito deve ser “fundamental” e “decorrente da Constituição”. Ou seja, é possível imaginar que se trate de uma norma (de qualquer espécie), desde que fundamental (relevância evidente) e que decorra do texto constitucional.

Sem dúvida, a análise do cabimento da ADPF afasta-se bastante do que ocorre com as ações diretas. Nestas, o critério relevante é que o objeto seja um ato geral e abstrato²¹⁶, pouco importando o instrumento usado para tanto (lei em sentido formal, ou não). Naquela, entretanto, vê-se um grande espaço de análise subjetiva do Supremo Tribunal Federal: que, afinal, diante de ação proposta, deverá promover uma análise para verificar o enquadramento do tema em discussão num “preceito fundamental decorrente da Constituição”.

A própria menção ao descumprimento reforça o campo subjetivo do intérprete, especialmente, alargado na ADPF:

Já o termo ‘descumprimento’, utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito que pode ser considerado em uma acepção mais ampla, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento. Nesta acepção mais lata, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo (padrão corrente no controle histórico de constitucionalidade brasileiro) como um ato não-normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, (em tese), os atos dos particulares (excluídos do âmbito de alcance da ADPF por força do art.1º da Lei nº9882/99).²¹⁷

Diante desta subjetividade, não causa estranheza o fato de que haja incerteza sobre saber tratar-se, afinal, de utilizar a ADPF ou outra ação direta de controle de constitucionalidade. O julgamento sobre a união estável homoafetiva é elucidativo nesse

²¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. t.II. v.2. Coimbra: Coimbra, 2014, p.450.

²¹⁶ “O Supremo Tribunal Federal tratou de fixar que, para conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, seria importante a configuração clara de ato normativo, pouco importando o nome utilizado pelo veículo. Desta forma, as leis de efeitos concretos, aquelas que não fossem dotadas de generalidade e abstração, eram descartadas, com o não de conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Era preciso, portanto, que o ato normativo (qualquer que fosse) tivesse a marca da generalidade e abstração.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.164).

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2007, p.58.

sentido. Observe-se a preliminar sobre cabimento da ADPF, destacada em parte de sua ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº132-RJ pela ADI nº4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art.1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] 6. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art.1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4.277-DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe-198 DIVULG 13/10/2011 PUBLIC 14/10/2011 – destacou-se).

A solução esposada no precedente afastou o uso da ADPF, fazendo valer a “interpretação conforme” do art.1.723, do Código Civil. O julgamento, no seu resultado, soa mesmo o mais correto: afinal, pouco crível impor restrição de ordem tão relevante à vida – ou seja, impossibilidade de exercício de união estável como entidade familiar – tão somente pela sexualidade das pessoas envolvidas. Tanto por isso, o julgamento foi decidido à unanimidade.

Ocorre que a solução preliminar sobre o afastamento do uso da ADPF sinaliza a dificuldade de entendimento a respeito do “descumprimento de preceito fundamental”. É que a conclusão, alcançada pelo Tribunal, no sentido de focar a letra do art.1.723, do Código Civil traz a dificuldade natural da observação de que esta regra: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (destacou-se) – apenas repete a norma constitucional aplicável: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art.226, §3º, Constituição Federal de 1988, destacou-se).

Então, poder-se-ia questionar: se a Lei apenas repete a Constituição Federal, de que adiantaria promover a “interpretação conforme” do CC?

No ponto, talvez melhor solução tivesse sido o uso da ADPF ao caso, no sentido de observar a extensão possível de “descumprimento de preceito fundamental”, fazendo valer um sentido bem amplo de “preceito” (mas não perdendo de vista a relevância

necessária²¹⁸), além de mero dispositivo constitucional. Poder-se-ia, seguindo tal linha de pensamento, imaginar que a discussão posta no controle concentrado parte de um novo conceito de família (além da união entre homem e mulher) – o que foi referido no julgamento –, mas cuja negação efetiva (porque respectiva excepcionalidade não vinha tratada por Lei) – inexistente no texto constitucional originário, registre-se – implicaria desrespeito à dignidade da pessoa humana, em sua manifestação de exercício pleno de sexualidade e relação amorosa. E, na construção como cogitada, a ADPF enquadrar-se-ia à perfeição.

Entretanto, tratar-se-ia, provavelmente, de uma conclusão pela ocorrência de descumprimento de preceito fundamental por ato (omissivo) do Poder Público,²¹⁹ e não claramente abstraído do texto constitucional (pois, aí, seria hipótese de ação direta por omissão). Ou, então, mister entender que, pelo singelo motivo de não contemplar aquela forma inovadora de casamento/união estável homoafetiva, o Estado, efetivamente, estaria fechando os olhos para um setor da população, e, claro, à respectiva atenção necessária à vida digna.

Em verdade, pode-se dizer que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal seguiu tal trilha inovadora, ainda que formalmente tenha promovido uma “interpretação conforme”. Ajustou a legislação que não fez valer um parâmetro tão caro e inerente à própria vida digna humana. E, mesmo considerando suposto raciocínio, teria andado bem a Corte? Desde logo, cabe dizer que sim. E o motivo – até simplista – prende-se à redação genérica e aberta para a ADPF.

Por conseguinte, pode-se concluir que, antes de qualquer referência (inclusive, do legislador ordinário), o constituinte originário deixou para o Judiciário – especificamente, o Supremo Tribunal Federal –, como se comprova pelo agigantamento e

²¹⁸ “Num raciocínio por exclusão, parece incontroverso que não se pode entender por preceito fundamental todo e qualquer dispositivo da Constituição”. Fosse esse o espírito do art.102, §1º, da Constituição Federal, certamente faria referência expressa a esta, deixando de empregar a expressão em análise. Também não nos parece adequada uma interpretação reducionista, restringindo o conteúdo semântico de tal expressão aos princípios fundamentais, como, aliás, chegamos a entender no passado. O que entender, então, por preceito fundamental? O vocábulo fundamental dá a ideia de base, de alicerce ou, em suma, de fundamento. [...] São normas materialmente constitucionais aquelas tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação. Destarte, a idéia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex., federalismo, princípio republicano, etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.93-94).

²¹⁹ Repise-se que o “caput” do art.1º, Lei nº9.882/1999, restringiu o cabimento da ADPF a descumprimento de preceito fundamental, “resultante de ato do Poder Público”. Mas não especificou que tal ato necessariamente deve-se ser comissivo, o que permite o entendimento de incluir, igualmente, o ato omissivo. Até porque, do contrário, estar-se-ia indo na contramão da própria Constituição que, como faz relativamente à inconstitucionalidade positiva, previu a defesa da Constituição nos casos de omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção).

ampliação do controle concentrado, o cumprimento rigoroso da própria Constituição Federal.

De qualquer modo, o precedente exemplificado – concordando, ou não, com a escolha do Supremo Tribunal Federal pela ADIn em detrimento da ADPF –, confirma a dificuldade do entendimento do que venha a ser “descumprimento de preceito fundamental”.

Da mesma forma, repise-se, a ADPF vem sedimentar o caráter aberto/axiológico da Constituição brasileira, trazendo mais luzes sobre a competência tão ampla demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal em decisões, às vezes, tidas como inovadoras no ordenamento jurídico nacional.

Igualmente, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, a ação civil pública mostra-se um importante instrumento processual, que permite ao jurisdicionado questionar uma política pública efetivamente promovida ou, ao contrário, negada por conduta omissiva. Aliás, não se quer afastar o controle jurisdicional de legalidade, mas é certo que, em discussão de direitos fundamentais, a análise constitucional sempre impor-se-á.²²⁰ Houve, a propósito da ação civil pública, uma elevação de importância, na esteira do que a Constituição de 1988 dispôs.²²¹

Ainda, volta-se a mencionar o mandado de injunção, que acrescenta características interessantes ao controle de constitucionalidade, vez que não existe restrição à legitimidade do autor (exigindo-se apenas a observância ao comando constitucional do art.5º, “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”)²²² e, em âmbito federal,

²²⁰ Sendo sedimentada a posição no Supremo Tribunal Federal de que a ação civil pública pode tratar, incidentalmente, de (in)constitucionalidades: “**Impõe-se lembrar, por necessário**, que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** o tema ora em exame, **admitiu** a possibilidade de **utilização** da ação civil pública como instrumento **adequado e idôneo** de controle **incidental** de constitucionalidade, *pela via difusa*, de **quaisquer** leis ou atos do Poder Público, **mesmo** quando contestados em face da Constituição da República, **proclamando não se registrar**, em tal hipótese, situação configuradora de **usurpação** da competência **desta** Corte Suprema (**RTJ 184/408**, Rel. Min. Ilmar Galvão – **Rcl 600/SP**, Rel. Min. Néri da Silveira).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Rcl 1898 ED/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-151 Divulg 05-08-2014 Public 06-08-2014, destaques do original).

²²¹ “Para a proteção dos direitos coletivos foi concebido um instrumento jurídico inovador: a ação civil pública. A rigor, este recurso legal antecedeu a Constituição, tendo sido criado em 1985, visando especialmente à reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a Constituição de 1988, o objeto de tutela da ação civil pública passa a ser todo e qualquer interesse difuso da sociedade, abrangendo: direitos relativos à saúde; à previdência; à assistência social; à educação; ao meio ambiente sadio; à maternidade; à infância; à adolescência; às pessoas portadoras de deficiência; à função social da propriedade.” (SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: (Orgs.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.16).

²²² Registre-se ausência de lei, regulando o mandado de injunção. A propósito do vazio legislativo, consta expressamente a seguinte regra da Lei nº8.038/1990, art.24: “Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.” Mas há projetos de lei pendentes de aprovação sobre tal ação: o mais recente é o Projeto de Lei nº6.128/2009, de autoria do Deputado Federal

abre-se o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, diante da regra de competência constante no art.102 da Constituição Federal.²²³ Nesse aspecto, apesar de tratar-se de uma ação individual, própria do controle difuso de constitucionalidade, o mandado de injunção ganha “ares” de verdadeira ação direta, pois permite o acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal por qualquer pessoa (não apenas um elenco restrito, como sucede na previsão do art.103 da Constituição Federal).

Por derradeiro, ainda que se tratando de ação individual – ação civil pública²²⁴ ou mandado de injunção (quando o Supremo Tribunal Federal promove decisão de mandado de injunção por meio de uma análise rigorosamente abstrata, como ocorreu no julgamento sobre o direito de greve de servidores públicos, mencionado anteriormente)²²⁵, a decisão judicial poderá ter efeitos amplos, além da lide concreta que tenha porventura dado origem ao debate judicial.

Ou seja, afora qualquer ação individual, com efeitos apenas concretos entre as partes, no Direito brasileiro, resta permitido o amplo acesso ao Poder Judiciário, colocando-se em discussão o respeito aos direitos fundamentais, assim como as políticas públicas manejadas para este fim. E o resultado, na maioria dos casos, poderá ter reflexos nacionais, o que comprova o protagonismo do Judiciário em discussões, normalmente, políticas.

Flávio Dino (ex-juiz federal), que é resultado de um anteprojeto preparado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki, e pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. Encontra-se apensado ao Projeto de Lei nº6.002/1990, originado no Senado Federal. Tramitam, ainda, os PLs nºs998/1988 (que tem apensados os PLs nº1.662/1989 e 4.679/1990), 3.153/2000 e 6.839/2006.

²²³ “Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

²²⁴ Aponta-se, neste aspecto, para as previsões legais da ação civil pública, de sentenças com efeitos além das partes: (I) *ultra partes* (mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe), nos termos do art.103, II, Lei nº8.078/1990²²⁴ ou (II) *erga omnes*, conforme art.103, III, Lei nº8.078/1990 (ainda que se admita limitação territorial, nos termos do art.16, Lei nº7.347/1985).

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, MI 712/ PA, Rel.Min. Eros Grau, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-206 Divulg 30-10-2008 Public 31-10-2008. Tais precedentes, bom que se observe, acompanham lição – já datada – do Ministro Gilmar Mendes: “A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*. O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle de omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.306-307, destacou-se).

4.3.3 Hipertrofia do ativismo judicial brasileiro

Observe-se, na sequência, uma faceta muito própria do ordenamento jurídico brasileiro: o ativismo judicial mais robusto, mesmo em comparação com outros ordenamentos, tidos como avançados e, também eles, com constituições analíticas.

Com efeito, a Constituição recheada de termos com conteúdo de indiscutível carga valorativa, bem como o sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro (porque concentrado e difuso), somado às diversas ações disponíveis para a atuação jurisdicional, concretizando as normas constitucionais (por mais indefinidas ou principiológicas que possam parecer), tudo isso explica a enorme força atribuída à Corte brasileira. A propósito, retornamos ao exemplo do matrimônio homossexual no Brasil, promovendo uma rápida comparação com alguns países europeus, como Espanha, Portugal e Itália. Fazendo uma rápida menção, vê-se que o Brasil acompanha, em função da decisão judicial, Estados considerados avançados em direitos humanos,²²⁶ com a peculiaridade, contudo, de tal inovação, em nosso país, ter-se dado por decisão do Supremo Tribunal Federal.

A comparação exemplifica a extensão da decisão tomada pela Corte brasileira.

Como já assinalado, o Supremo Tribunal Federal, por meio de acórdão decidido à unanimidade, equiparou a união estável homoafetiva à heteroafetiva.²²⁷ Após dois anos do julgamento, uma Resolução²²⁸ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) garantiu a realização de matrimônio igualitário ou homossexual no Brasil. E, segundo dados do IBGE, em 2013, foram realizados 3.701 casamentos homossexuais no país.²²⁹

Isso tudo, a despeito de qualquer modificação legal anterior. Ou seja, não havia ocorrido qualquer inovação no ordenamento nacional a respeito da união estável ou casamento que tivesse sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

²²⁶ Na Europa, por exemplo, apenas Itália, Grécia, Chipre e alguns ex-comunistas não dispuseram sobre o direito ao matrimônio homossexual. (Disponível em: http://www.corriere.it/cronache/14_settembre_04/matrimoni-gay-16-paesi-mondo-dove-ci-si-puo-sposare-8a863bb0-3425-11e4-a3ec-50d128513f28.shtml. Acesso em: 26 jan.2015.)

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel.Min. AYRES BRITTO, DJe-198 Divulg13-10-2011 Public 14-10-2011.

²²⁸ “Art.1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art.2º A recusa prevista no art.1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” (CNJ, Resolução nº175/2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf. Acesso em: 22.jan.2015)

²²⁹ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/dezembro/brasil-registrou-3-7-mil-casamentos-homoafetivos-em-2013>. Acesso em: 27 jan.2015.

Todavia, em outras países, a discussão promovida diante das respectivas Cortes Constitucionais foi diversa: restringiu-se a análise da conformidade da lei, inovando o panorama jurídico local e trazendo a previsão de matrimônio igualitário.

Foi o que sucedeu na Espanha²³⁰ e em Portugal. Aliás, de início e na ausência de lei com previsão expressa, o Tribunal português foi contrário à instituição do matrimônio igualitário²³¹, apenas passando a aceitá-lo quando houve uma modificação legislativa e a partir da análise da constitucionalidade da nova lei.²³²

Ou seja, nos dois casos estrangeiros, foi necessária uma atuação efetiva do Parlamento, de forma a inovar o ordenamento, com a inclusão expressa de lei com previsão de casamento igualitário.

Ainda, o caso italiano – país tão fortemente influenciado pelo religião (católica) – revela uma situação idêntica à portuguesa, quando da primeira decisão, ou seja: sem que tivesse havido qualquer modificação legislativa, a questão do casamento igualitário chegou ao Tribunal Constitucional, cuja corte decidiu contrariamente à pretensão de registro de matrimônio igualitário.²³³

²³⁰ “Pleno. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Votos particulares.” (Tribunal Constitucional, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2012-14602.pdf>. Acesso em: 22 jan.2015)

²³¹ Consta do acórdão: “14. Como se afirmou anteriormente, saber se as normas impugnadas violam o princípio da igualdade é uma questão cuja resposta se encontra na concepção do casamento adoptada. Se se entender o casamento como uma instituição social que é apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade, pode fazer sentido reservar o casamento aos casais heterossexuais. Pelo contrário, apenas se se adoptasse uma concepção do casamento como relação puramente privada entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade, a exclusão dos casais homossexuais surgiria necessariamente como discriminatória. Ora, como se disse, não foi essa a opção legislativa. Em conjugação com estas considerações, existem ainda outras razões que afastam também a possibilidade de uma decisão de inconstitucionalidade das normas impugnadas. Tais razões são especialmente relevantes num caso, como o dos autos, em que está alegadamente em causa a concretização do princípio da igualdade. Na verdade, a decisão que julgasse inconstitucional as normas impugnadas teria claramente um carácter aditivo, de duvidosa legitimidade em face do princípio da separação de poderes. É certo que o Tribunal tem utilizado, por vezes, quer no âmbito da fiscalização abstracta, quer no da fiscalização concreta da constitucionalidade, este tipo de decisão para defender o princípio da igualdade contra discriminações de certas categorias de pessoas. Todavia, tal utilização restringe-se, por via de regra, aos casos em que está em causa a expansão de um regime geral, em virtude da eliminação de normas especiais ou excepcionais contrárias à Constituição, ou ainda a extensão de um regime mais favorável que seja de configurar como uma solução constitucionalmente obrigatória. Nenhuma destas hipóteses se verifica no caso em apreço, pelas razões apontadas.” (Tribunal Constitucional, 1ª Seção, Acórdão 359/2009, Processo nº779/2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>. Acesso em: 22 jan.2015)

²³² Tribunal Constitucional, Plenário, Acórdão 121/2010, Processo nº192/2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em: 22 jan.2015)

²³³ Consta de parte do acórdão: “Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l’art.29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo

Apesar de bastante criticada a decisão italiana, parece autorizado concluir que está em consonância com a tradição de Separação de Poderes, e – a despeito da adoção inegável do controle jurisdicional da constitucionalidade naquele país²³⁴ – uma postura de respeito à primazia do Parlamento, enquanto voz apta a traduzir a vontade popular.

Pois bem, a despeito da semelhança ao contexto italiano (e inicial português), no Brasil, o Supremo Tribunal Federal seguiu em direção completamente oposta: fez valer os princípios caros ao caso e, portanto, deu efeitos concretos à plena igualdade entre as pessoas e à dignidade humana, independentemente de orientação sexual. Mesmo, frise-se, não havendo lei, regulando a união estável homoafetiva.

Nesse passo, bom destacar a notícia divulgada no sentido de que a Suprema Corte dos Estados Unidos analisará ainda este ano o cabimento do casamento homoafetivo, com efeitos a todos os Estados americanos.²³⁵ Ou seja, muito provavelmente, o Brasil não permanecerá isolado na instituição do casamento igualitária via decisão judicial.

Ainda que possa ser debatida a posição do Supremo Tribunal Federal (e recebe várias críticas, em especial, de representantes do Congresso Nacional), a decisão é paradigmática na defesa irrestrita dos direitos fundamentais, mesmo diante de uma eventual posição diversa da maioria da população²³⁶ representada no Congresso Nacional. Portanto, o Supremo Tribunal Federal fez valer o conceito mais relevante de direitos fundamentais. E, assim, evidenciou uma referência e característica próprias do Judiciário brasileiro, mesmo se comparado a ordenamentos jurídicos bastante atuais, conforme visto nos exemplos anteriores.

proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art.30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale. In questo quadro, con riferimento all'art.3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art.29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio." (Corte Costituzionale, Sentenza n°138/2010. Íntegra disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Acesso em: 22 jan.2015)

²³⁴ Com a peculiaridade de não haver tradição na análise na inconstitucionalidade por omissão.

²³⁵ Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-30855786>. Acesso em: 26 jan.2015.

²³⁶ Mesmo pesquisas recentes apontam que a maioria da população ouvida é contrária ao casamento homossexual no Brasil: "Entre os assuntos polêmicos, o casamento gay foi o que mais dividiu as respostas: 53% das pessoas se declararam contra e 40% a favor." (Disponível em: http://oglobo.globo.com/brasil/maior-parte-dos-brasileiros-contras-casamento-gay-aborto-legalizacao-da-maconha-13821047?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo. Acesso em: 22 jan.2015).

5 ANÁLISE DE POLÍTICAS EXISTENTES PARA MINORIAS SEXUAIS

Procura-se, doravante, exemplificar a fragilidade das políticas públicas no Brasil em benefício de minorias sexuais. É que, em âmbito estadual ou nacional, a carência de lei em sentido formal interfere negativamente na promoção da plena igualdade e inserção em direitos das minorias sexuais. Os exemplos mencionados abaixo são indicativos da fragilidade estatal brasileira. Observemos.

5.1 No Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, ao menos, existe lei relevante (e que, por si só, destaca-se por punir administrativamente condutas discriminatórias): é a Lei nº10.948/2001²³⁷, que “dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências”. E, em que pese a menção restrita à orientação sexual, em seus artigos, lê-se, na verdade, que se protege, igualmente, casos de discriminação por identidade de gênero.

O art.1º é expreso, ao mencionar, além de homossexuais e bissexuais, o transgênero. Igualmente, nos termos do art.2º, o alcance da punição possível é salutar: “[...] o cidadão, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, instaladas neste Estado, que intentarem contra o que dispõe esta lei.”

Claro que não se trata de lei relativamente a direito penal (cuja competência legislativa é federal). Mas, naquilo que compete ao Estado, permite sancionar – repise-se, administrativamente – condutas contrárias, a começar com advertência, passando por multas, chegando a suspensão de licença estadual para funcionamento por 30 (trinta) dias e, ao fim, até mesmo, com a cassação da licença estadual para funcionamento.

Ainda em âmbito legal, bom apontar a Lei nº14.462/2011,²³⁸ instituindo o dia 17 de maio como o “dia de luta contra a homofobia”. Sua importância prende-se ao fato de que o Estado de São Paulo, assim, promove uma tarefa no sentido de trazer algum reconhecimento às minorias sexuais. E tal cuidado, como já se viu antes, tem o benefício de

²³⁷ Regulamentada pelo Decreto nº55.589/2010.

²³⁸ Ainda que não seja uma lei própria para minorias sexuais, pode-se, ainda, destacar a Lei nº11.199/2002, regulamentada pelo Decreto nº54.410/2009, que traz proibição expressa aos “portadores do vírus HIV ou às pessoas com AIDS”. Contudo, bom anotar que, não tratando expressamente de minorias sexuais em seu corpo legal, a lei em questão é mais simples de receber tratamento pelo Legislativo. Não resta possível, assim, equiparar a extensão e dificuldade para aprovação dessa lei com a Lei nº10.948/2001, por exemplo.

valorizar a pessoa humana componente de minorias sexuais. Todavia, não se pode deixar de notar para o pequeno alcance da letra da lei, que se resume a mencionar “homofobia”, dando luz, lamentavelmente, a apenas um dos grupos de minoria sexual (fechando os olhos para a transfobia, em particular).

No que se refere aos servidores públicos estaduais, anota-se que a Lei Complementar nº1012/2007, expressamente, previu “o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva” (art.147, “II”) como categoria de dependente do servidor para receber pensão por morte.

Enfim, o panorama legislativo estadual resume-se a essas leis. Apenas. Outros tantos temas caros aos grupos de minorias sexuais estão tratados por atos infralegais. Vejamos.

A importante criação da “Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual do Estado de São Paulo” deu-se por mero decreto (nº54.032/2009), com foco expresso nas lésbicas, “gays”, bissexuais, travestis e transexuais (art.3º). Na sua estrutura, foi previsto o “Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual” (art.2º, “I”),²³⁹ com atuação essencial na articulação de providências para o desenvolvimento de políticas públicas em prol da diversidade sexual (art.6º). Na sequência, por meio do Decreto nº55.587/2010, foi instituído o Conselho Estadual dos Direitos da População de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que, por si mesmo, representa uma ação concreta, resultado do trabalho da Coordenação.²⁴⁰

Por meio de decreto (nº55.588/2010), o Estado de São Paulo dispõe sobre o “tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos”. Sem mencionar regulamentação de qualquer lei (que, afinal, inexistente), o decreto parte de considerações sobre a Constituição de 1988, especificamente, sobre uma sociedade justa sem preconceito/discriminação de qualquer ordem, o direito da igualdade (liberdade e autonomia individual). Fica permitido às pessoas transexuais e travestis a escolha de tratamento nominal no âmbito da Administração direta e indireta do Estado de São Paulo (art.1º). E eventual descumprimento vem censurado nos termos da Lei nº10.948/2001 (art.4º). Ou seja, novamente, vê-se a importância de lei, trazendo punição administrativa nos casos de discriminação.

²³⁹ A composição do comitê dá-se por resolução da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania.

²⁴⁰ A propósito, leia entrevista constante do Apêndice “A”.

Em atenção a tal decreto e à própria Lei nº10.948/2001, o Conselho Estadual de Educação (CEE) emitiu a Deliberação nº125/2014, pela qual previu a “inclusão de nome social nos registros escolares das instituições públicas e privadas do Sistema de Ensino do Estado de São Paulo”.

Ou seja, tema tão caro como o da própria identidade da pessoa, no caso de travesti e transexual ou vem tratado por decreto ou por deliberação de conselho estadual. E, nos dois casos, a Lei de 2001 fez diferença, reforçando o fundamento destas deliberações.

Semelhante fragilidade normativa vem observada na atenção dada a travestis e transexuais, regulada por meio de resolução do Secretário da Administração Penitenciária (Resolução SAP nº11/2014), que andou muito bem, prevendo, no art.1º, o uso de roupas adequadas à identidade de gênero (feminino ou masculino), assim como, para travestis ou transexuais femininas, a permissão de cabelo na altura dos ombros. Previu, também, implantação de cela ou ala específica para estas populações (art.2º).

Mas expressou uma visão bastante conservadora, ao prever a transferência para unidade prisional de sexo conforme a identidade de gênero apenas após a submissão a procedimento cirúrgico de transgenitalização (art.3º). Portanto, restringe o gênero à genitália.

Igualmente por resolução SAP (nº153/2011) vem prevista visita íntima ao preso homoafetivo. Ainda que a regra seja aplicável, na prática, às populações travestis e transexuais, bom notar para o fato de que consta expressamente “relações homoafetivas”, o que expressa orientação sexual (e não identidade de gênero).

5.2 Em âmbito federal

O Brasil, como já assinalado, carece da atuação do Legislativo na proteção das minorais sexuais, deixando nas mãos do Judiciário e do Executivo políticas com esta finalidade. Como se verá adiante, das medidas mais efetivas, tendentes à efetivação do princípio da igualdade e tolerância em virtude de sexualidade (orientação sexual e identidade de gênero incluídas), o papel mais relevante coube ao Judiciário.

Do Executivo, a exemplo do que sucedeu no campo estadual (contexto no Estado de São Paulo), observa-se uma nítida limitação da atuação estatal, especialmente, porque se evidencia a ausência de fundamento legal (lei em sentido estrito) e as principais

medidas estão centradas numa preocupação – louvável, sem dúvida, mas insuficiente – de afastar condutas fóbicas que impliquem, especialmente, crimes.

O relatório com o “mapa de boas práticas”²⁴¹ traz exatamente uma síntese, demonstrando o foco principal no combate às fobias ao grupo LGBT, cuja atuação parte tão somente de dados trazidos por meio de “denúncias” feitas por telefone. Confirma-se, portanto, a fragilidade estatística sobre a população LGBT no Brasil: preocupa-se com índices de violência (apenas), sem se mostrar eficaz no combate às condutas discriminatórias.

Afora, portanto, a luta contra discriminação e crimes relacionados, a atuação do Executivo mostra-se demasiadamente tímida. Promove uma solução simplista na ausência de Lei, ao prever, como sucede em Estados da Federação, o uso de nome social à população transexual. Mas, por exemplo, na efetivação da inclusão do tema sobre tolerância nas escolas – talvez, o tema mais relevante para a atuação de verdadeira igualdade –, constata-se uma flagrante omissão governamental.

Como já se disse, existe uma certa ausência de mais informações, especificamente, de estatísticas, em relação à população LGBT. Como exemplo da carência de informações, nota-se que o último censo do IBGE, realizado em 2010,²⁴² ao menos, fez constar companheiros de mesmo sexo em suas pesquisas. Contudo, apenas isso. Não analisou a formação da população nem quanto à orientação sexual, nem quanto à identidade de gênero (de maneira a verificar o percentual da população com identidade de gênero diversa do sexo, conforme registro civil).

Certamente, saber exatamente a população componente das minorias sexuais, onde e como vivem, sua renda etc. seria de grande valia ao planejamento e à execução de políticas públicas.

O que consta, em âmbito federal, especificamente às minorias sexuais, são dados de violência (homofobia ou transfobia), mas, ainda assim, apenas sobre os anos de 2011 e 2012.²⁴³

As minorias sexuais estão, também, expressamente mencionadas no Programa Nacional de Direitos Humanos, em sua terceira versão, PNDH-3.²⁴⁴ E suas

²⁴¹ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/programas/dialogos-brasil-2013-uniao-europeia>. Acesso em: 12.mar.2015.

²⁴² IBGE. **Censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf. Acesso em: 27 jan.2015.

²⁴³ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos>. Acesso em: 29 jan.2011.

disposições, certamente, permitem a atuação afirmativa em relação às minorias sexuais. Um exemplo eloquente é a previsão de prioridade (junto de outras, assinale-se) na destinação de moradia de programa habitacional para as minorias sexuais, conforme, por exemplo, o estabelecido no Município de São Paulo, por meio da Resolução nº61, de 16 de outubro de 2014, do Conselho Municipal de Habitação (CMH).²⁴⁵

Ocorre que, analisadas as recomendações (e pretensões lá discriminadas), vê-se que se trata de documento genérico e, na maioria das vezes, não concretizado, especialmente, pela falta de lei (na dependência, claro, da atuação do Legislativo).

Mas mesmo a posição do Executivo parece um tanto cômoda, vez que, até em medidas relacionadas rigorosamente com seu campo de atuação, deixa a desejar. Ou, dizendo de outra forma: deixou-se levar por uma posição extremamente tradicional de grupos com voz ativa no Congresso Nacional.

Mesmo no caso de permissão para inserir como dependente o companheiro homossexual, o que foi reconhecido administrativamente em 2010²⁴⁶ (portanto, antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre união estável homoafetiva), inegável a contribuição do Judiciário. É o que se conclui a partir do conteúdo do parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,²⁴⁷ que serviu como fundamento a este reconhecimento administrativo.

Portanto, por mais que se verifique, nos dias atuais, a menção às minorias sexuais, conclui-se que os Poderes Legislativo e Executivo, em âmbito federal, deixam flagrantemente de cumprir seu papel constitucional de garantir e promover a plena igualdade em relação à toda população do país. Afinal: efetivamente, não existe plena igualdade de direitos. É corriqueira a necessidade de se buscar a intervenção do Judiciário; mesmo a definição de casamento por atuação conjunta do Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça não afasta a pretensão por parte dos congressistas no sentido de

²⁴⁴ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>. Acesso em: 27 jan.2015.

²⁴⁵ SÃO PAULO (SP). Diário Oficial da Cidade de São Paulo, 31 de outubro de 2014, São Paulo 59 (205) – 21.

²⁴⁶ “Em 2010, os contribuintes enquadrados nessa situação tiveram que preencher declaração retificadora para ter direito a benefícios tributários. A mudança ocorreu após o Ministério da Fazenda aprovar parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Para incluir o parceiro ou parceira na declaração, o casal deve preencher o mesmo requisito estabelecido pela lei para casais com união estável.” (Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2010/12/homossexuais-que-comprovem-uniao-estavel-poderao-usar-programa-do-ir-em-2011>. Acesso em: 29 jan.2015).

²⁴⁷ “Fácil antever o resultado provável de eventual judicialização do assunto mercê de deferimento administrativo, mormente quando a própria AGU, na condição de representante judicial da União e em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconhece direito análogo ao ora vindicado. A previsibilidade do desfecho de potencial contencioso jurisdicional permite prevenir os ônus que a sucumbência acarretaria em detrimento do princípio da economicidade administrativa.” (Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc/>. Acesso em: 29 jan.2015).

extinguir esta espécie de união no Brasil; persiste a insegurança jurídica na adoção; persiste a insegurança jurídica, em especial, no casos dos transexuais e travestis, com disparidade entre sua aparência e registro civil.

Mas, afora todas as questões jurídicas já assinaladas, um ponto deve ser adicionado como marco negativo na atuação estatal: a persistência da ignorância – por desconhecimento completo, na verdade – da maciça maioria da população quanto às minorias sexuais. E, a despeito deste contexto ser indiscutível, não se viu na história do país qualquer campanha nacional, que servisse para educar, informar à própria sociedade quem são (e porque são) as minorias sexuais. Campanhas educativas seriam desejáveis, especialmente, de forma a adequar o tratamento social que as minorias sexuais – especificamente, transexuais e travestis – devem receber.

Em suma, deixando de lado a atuação do Judiciário, pode-se dizer que os demais Poderes (mais ainda o Legislativo) pecam por patente omissão nas políticas públicas necessárias e esperadas para estes grupos vulneráveis.

A atuação firme na defesa de direitos fundamentais vai além das decisões do Supremo Tribunal Federal, apesar da força e do alcance dos quais dispõe o Tribunal Constitucional chamarem, normalmente, mais atenção.

De qualquer maneira, dois exemplos são representativos de como o Judiciário pode fazer-se sentir em clara defesa de direitos fundamentais de minorias sexuais. E, são tão relevantes, porque demonstram de que forma uma política pública pode surgir por iniciativa de decisões judiciais (confirmadas, ou não, pelo Supremo Tribunal Federal).

Nesse turno, discriminam-se, assim, dois exemplos robustos: a concessão de pensão por morte previdenciária ao companheiro homossexual e a cirurgia de adequação sexual incluída na lista de procedimentos do SUS. Vejamos rapidamente ambos os casos.

Por meio de ação civil pública, foi imposto ao INSS que aceitasse a inscrição de companheiro homossexual, o que permitia a concessão de pensão por morte. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a decisão de primeira instância;²⁴⁸ o INSS não

²⁴⁸ “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. [...] 3. A regra do art.16 da Lei nº7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art.93 do CDC. [...] 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. [...] 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a

teve êxito no pedido de suspensão dos efeitos da liminar junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo pedido deu-se em relação, ainda, ao Juízo de primeira instância;²⁴⁹ por fim, após interposição, a autarquia pediu desistência de recurso extraordinário (àquela altura, na verdade, a política pública reconhecendo o direito dos casais homossexuais já estava efetivada).²⁵⁰

O segundo processo em destaque sequer foi levado à análise pelo Supremo Tribunal Federal. A apelação em ação civil pública chegou a julgamento, também, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e se transformou numa importante política pública para transexuais (masculinos ou femininos).²⁵¹ Observe-se o conteúdo por parte de sua ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

[...]

4 – O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).

[...]

condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. [...] 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. [...] 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art.16, I, da Lei nº8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão.” (BRASIL. TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, Sexta Turma, Rel. João Batista Pinto Silveira, DJ 10-08-2005).

²⁴⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 jan.2015. O pedido de suspensão foi extinto adiante, inclusive, porque prejudicado ante reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1821057>. Acesso em: 29 jan.2015).

²⁵⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057336>. Acesso em: 29.jan.2015. A política pública, seguindo decisão liminar, foi prevista na INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 08/06/2000. (Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>. Acesso em: 29 jan.2015).

²⁵¹ Que vem mencionada doutrinariamente como muito relevante: “não apenas por não considerar criminosa a realização das cirurgias de redesignação sexual, mas também por obrigar o Sistema Único de Saúde (SUS) a custeá-la.” (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.99)

7 – A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso.

[...]

10 – A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.

[...]

14 – Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Europeia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº2001.71.00.026279-9/RS, Rel. ROGER RAUPP RIOS, D.E. 23/08/2007, destaques nossos).

Cabe registrar que o julgamento em destaque é mais um exemplo da adoção pelo Executivo de um posicionamento constitucionalmente forte, mas, até então – em função da fragilidade do Legislativo? – não reconhecido pelo poder legiferante ordinário. Noutras palavras, e como ocorreu concretamente, o Executivo deixou de levar às últimas consequências uma eventual discordância sobre o julgado (que, efetivamente, não chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário), fazendo valer – então, como evidente política pública²⁵² – a determinação jurisdicional.

Ainda, além do caráter axiológico levado à concretização, chama atenção a menção aos precedentes internacionais sobre o assunto, exemplificando uma verdadeira conversação entre os ordenamentos jurídicos de diferentes níveis.

Em suma, fácil constatar que, no Brasil, o reconhecimento de direitos em benefício de minorias sexuais tem-se dado, principalmente, por intervenção direta (mediante decisões/determinações judiciais) ou indireta (com base na jurisprudência que se tem sedimentado na defesa dos direitos fundamentais, servindo de baliza ao Executivo) do Judiciário, o que é observado mesmo no caso da dependência de companheiro homossexual para fins de Imposto de Renda (no qual não houve determinação judicial, mas cuja análise administrativa partiu de precedentes jurisprudenciais). Mas, ainda assim, os posicionamentos fortes do Judiciário levaram ao reconhecimento administrativo.

²⁵² Como se comprova da Portaria do Ministério da Saúde nº2.803/3013 (Diário Oficial da União, Seção 1, 21.11.2013). 25. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=25&data=21/11/2013>. Acesso em: 29 jan.2015).

5.3 A sistemática de tratamento ao transexual: limitações e insuficiência

A dependência de decisões judiciais, de forma a efetivar evidentes direitos fundamentais, traz algumas consequências. De um lado, demonstra que o direito brasileiro encontra-se na vanguarda mundial, tornando efetivo direitos vagos, princípios tão caros à humanidade, sem depender de formação, neste aspecto, da vontade da maioria (o que poderia nunca acontecer, relegando parte minoritária da população a uma espécie de classe inferior de detentor de direitos ou desvalidos de direitos, na verdade). Mas, por outro lado, implica a ausência de previsão normativa detalhada sobre os casos a reclamar determinado regulamento geral e abstrato.

Exemplo interessante é a Lei italiana sobre transexuais, datada de 1982, estabelecendo regras (por vezes, contestáveis, é verdade), mas que oferece parâmetros claros para a atuação estatal.

Em posição diversa, temos no Brasil o reconhecimento de cirurgia de adequação sexual²⁵³ (custeada por recursos públicos, por meio de decisão judicial acima referida), o que, claramente, representa um avanço inquestionável no tratamento esperado aos transexuais. No entanto, a política pública originada é muito demorada e impõe a espera de muitos anos para a realização da cirurgia. Igualmente problemático, mas que não foi objeto de questionamento naquele processo, são as consequências além da cirurgia: e o

²⁵³ Desde 1997, por meio da Resolução CFM nº1.652/1997 (Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm. Acesso em: 17 maio 2015), o Conselho Federal de Medicina autoriza a cirurgia de “transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento de transexualismo”. No entanto, naquele momento, a título experimental. Por meio da Resolução CFM nº1.652/2002 (Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm. Acesso em: 17 maio 2015), o Conselho retirou o caráter experimental da autorização para “cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo” (para adequação do fenótipo de masculino para feminino). Manteve, de qualquer forma, a título experimental, “a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo” (para adequação de feminino para masculino). Atualmente, o Conselho regula o tema por meio da Resolução CFM nº1.955/2010 (Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 17 maio 2015), mantendo a autorização tanto para adequação corporal de masculino para feminino (sem o caráter experimental) quanto para a adequação de feminino para masculino (com caráter experimental). Nessa última resolução, lê-se, ainda: “**Art.3º** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”); **Art.4º** Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.” (destaques do original). E, a propósito da transcrição acima, observe-se ressalva constante do texto disponível na *internet*, no sentido de que deve ler-se “ausência de transtornos mentais”, o que acompanha posicionamento médico mais recente no sentido de que a transexualidade não é um transtorno psiquiátrico.

nome civil? O gênero resta modificado apenas após a cirurgia? E o tratamento social – por exemplo, uso de banheiro – como deverá ocorrer?

Às vezes, estas questões podem soar simplistas, mas têm uma carga emocional evidentemente intensa na população atingida, que, por óbvio, deixa de ser reconhecida pelos Poderes constituídos.

Ou seja, se é louvável a firme atuação do Judiciário na defesa irrestrita de direitos fundamentais, inclusive, fazendo valer estas observações frente a decisões possivelmente contrárias de maioria democrática, a persistência da omissão legislativa, ainda, repercute negativamente no Estado brasileiro. E, por consequência, a todo momento, faz-se necessário buscar a tutela jurisdicional especialmente para modificar registros civis e documentos.

Ou, então, como o transexual terá garantido o pleno exercício de seu direito ao trabalho e à vida digna? Não terá.

Nem se discute que o assunto seja estranho ao Parlamento. Não é. Há alguns projetos de lei relativos à população LGBT. Ainda, em âmbito de pesquisa e estudo, encontra-se o exemplo de análise pertinente do próprio Parlamento brasileiro, apontando a ausência de tratamento legal especificamente sobre a mudança de sexo e sua repercussão social.²⁵⁴

Pode-se concluir que o sofrimento, dor pessoal e psíquica do transexual será muito maior do que das demais pessoas constantes das minorias sexuais. As dificuldades enfrentadas serão de várias ordens: além da discriminação comum às minorias sexuais, terão a necessidade provável de procurar um acompanhamento médico (ao menos, hormonal e cirúrgico); e, mesmo após estes tratamentos, não terão a certeza da regularização de sua identidade civil (e normalidade de vida pessoal e produtiva).²⁵⁵ Tanto que a aceitação – social e estatal – parece mais forte em relação aos homossexuais, que, inclusive, em exemplos de menções (até legais, como o caso da lei paulista), percebe-se maior destaque (HOMOfobia). Até por esse aspecto, a população “trans” encontra-se em desvantagem.

²⁵⁴ A título de exemplo: ROCHA, Claudionor. Mudança de sexo e sua repercussão para o controle social. **Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18823>. Acesso em: 23 abr.2015.

²⁵⁵ Óbvio que não se defende condicionar realização de cirurgia de adequação sexual para modificação de registros civis. Mas interessante observar que, nem nos casos de ter-se submetido à cirurgia de adequação sexual, haverá certeza de modificação dos assentos civis, pois inexistente lei regulando o tema.

6 PERSPECTIVAS: MEDIDAS A SEREM TOMADAS PARA O PLENO RESPEITO ÀS MINORIAS SEXUAIS

Há importantes projetos de leis (PL), especialmente, referindo-se a transexuais, pendentes de análise e aprovação no Congresso Nacional. Observemos dois, destacados pela relevância da matéria.

O Projeto de Lei nº4241/2012,²⁵⁶ de autoria da deputada Érika Kokay, dispõe sobre o direito à identidade de gênero, que prevê, muito corretamente, o respeito à identidade de gênero, permitindo a maiores de 18 anos a retificação de registros para alterações de nome, sexo ou imagem (sem fazer constar a exigência de prévia cirurgia de redesignação sexual, o que nos parece muito correto) e submissão a intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais. Ainda, prevê que menores de 18 anos poderão requerer as mesmas alterações em registros, mas com autorização expressa dos pais ou de representantes legais. No entanto, o projeto não traz a mesma exceção a menores no que se refere a cirurgias e tratamentos hormonais (neste aspecto, especificamente, quanto a tratamentos hormonais, o projeto padece de um certo conservadorismo, deixando de atentar para o caso concreto do menor de idade e eventual risco a sua incolumidade física e/ou psíquica a que estaria submetido pela demora de tratamento).

Há ainda o Projeto de Lei nº5002/2013, de autoria dos deputados Érika Kokay e Jean Wyllys, igualmente, dispondo sobre a identidade de gênero. Contudo, representa um evidente avanço em relação aos demais projetos pendentes de aprovação, pois deixa expresso que não são requisitos para a alteração de prenome “intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial”, “terapias hormonais”, “qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico, autorização judicial”. Da mesma forma, em benefício de menores de 18 anos, prevê hipótese de discordância dos representantes legais, quando o

²⁵⁶ Encontra-se apensado a este PL outro, de nº70/1995 (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>. Acesso em: 2 maio 2015), tendo como autor o Deputado José Coimbra, mas cujo texto, em verdade, pode ser tido como demasiadamente datado, por vincular a identidade de gênero à genitália. Por conseguinte, prevê modificação de registros civis apenas nos casos de cirurgia de adequação sexual prévia. Ainda, apensados outros projetos, com equívocos no tratamento sobre identidade de gênero (novamente, relacionando com a genitália): o PL nº3.727/1997 (admitindo mudança de nome apenas com autorização judicial nos casos em que o requerente tenha se submetido a cirurgia de adequação sexual); PL nº2.976/2008 (permitindo o registro de nome social); PL nº1.281/2011 (dispondo sobre mudança do prenome ao transexual que realizar cirurgia de troca de sexo). Pior ainda é o PL nº5.872/2005, que “proíbe a mudança de prenome em casos de transexualismo”, com argumentos religiosos: “Agem contra a sua individualidade mutilando os próprios caracteres sexuais, e ainda lhes são oferecidos a oportunidade de mudança de prenome. O transexual, em retirando os caracteres sexuais com os quais a natureza o contemplou, atira em Deus a sua revolta. Não podemos compactuar com esses descabros. Urge que a lei impeça o Judiciário de permitir esses desatinos.” (ROCHA, Claudionor. *Mudança de sexo e sua repercussão para o controle social. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18823>. Acesso em: 23 abr.2015, p.15).

menor poderá pedir o auxílio da Defensoria Pública para conseguir autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo. Ou seja, o projeto de lei não fecha os olhos para a realidade de sofrimento e constatação de casos de suicídio de menores que não se identificam com o gênero de nascimento.

Ocorre que a perspectiva de aprovação é muito improvável, vez que, como se disse, é notório o caráter mais conservador do Parlamento brasileiro. E, neste contexto, o que restaria aos grupos identificados como minorias sexuais? Aceitar e silenciar diante da posição majoritária? Ou, ao contrário, persistir no debate judicial dos direitos que entendem fundamentais?

Entende-se que a única resposta aceitável num Estado de Direito é positiva no sentido de buscar a observância plena dos direitos fundamentais não observados por Poderes constituídos do próprio Estado. E o resultado, como sucede nos dias atuais no Brasil, é um aumento do debate judicial.

6.1 Cabimento de ações afirmativas para minorias sexuais

Inicialmente, bom notar que a ação afirmativa²⁵⁷ é um termo genérico, usado para indicar política pública, visando especificamente a diminuição ou a extinção de desigualdades sentidas. Ou seja, a partir de um certo momento histórico, pode ser o caso de extinguir estas medidas mais favoráveis: quando as desigualdades históricas deixarem de ocorrer. Tanto por isso, no caso de ações afirmativas para promover a igualdade racial, fala-se de um prazo, nos Estados Unidos, de 25 anos, após o qual as medidas mais benéficas perderiam a razão de existir. Verdade que existe uma grande controvérsia sobre a limitação temporal. Evidente que, após seu marco final, a discussão persistirá.²⁵⁸

Ora, o conceito de ações afirmativas, também, para outras hipóteses, como minorias sexuais, aqui, pode ser aproveitado igualmente. Na doutrina, Roger Raupp Rios chama a atenção para a dificuldade do conceito, tendo em vista sua conotação negativa. Em linhas gerais, o jurista afirma: quanto ao termo “discriminação inversa” (ou “invertida”), ou,

²⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, já se pronunciou sobre a constitucionalidade das ações afirmativas no direito brasileiro, inclusive, fazendo destaque para a experiência estadunidense, e observando temporalidade das medidas. Nesse sentido, anota-se precedente bastante relevante, inclusive, pela realização de audiência pública sobre “políticas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior público”, ampliando bastante a discussão: (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-205 Divulg 17-10-2014 Public 20-10-2014).

²⁵⁸ JOHNSON, Kevin R. *The last twenty five years of affirmative action?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=577283>. Acesso em: 2 dez.2014.

ainda, “discriminação de primeira ordem”, todos teriam o problema de trazer consigo o termo “discriminação”, com sua carga negativa respectiva; “tratamentos preferenciais”, por sua vez, deixam de informar que, em verdade, é uma compensação, de maneira a colocar a população vulnerável no mesmo nível de igualdade do restante das pessoas.²⁵⁹

Em seguida, Roger Raupp Rios apresenta seu conceito:

Menciono esta evolução para melhor enunciar o conceito de ação afirmativa, inicialmente entendido como conjunto de medidas, conscientes do ponto de vista racial, visando a beneficiar minorias raciais em situação de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal. Consoante a evolução referida, observou-se uma extensão do conceito. Ação afirmativa, então, passou a ser conceituada como o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual.²⁶⁰

A definição legal do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº12.288/2010), em linhas gerais, coincide com a posição do jurista: “VI – ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades. (art.1º)”

Ora, de forma a estender a definição legal para outros grupos vulneráveis, basta modificar o adjetivo relacionado ao termo “desigualdade”, que, assim, poderá alcançar qualquer outro grupo desfavorável²⁶¹.

Apenas deve-se tomar a cautela de que, no caso de minorias sexuais, certamente, o prazo previsto (no exemplo americano de 25 anos), possivelmente, não seria suficiente para a mudança de um paradigma tão arraigado na sociedade.

Ou seja, diante de leis prevendo ações afirmativas a minorias outras, por exemplo, em função de gênero feminino ou em razão de raça, restará, em tese, possível, que, igualmente, minorias de outra ordem – como as sexuais – apresentem-se diante do Judiciário, pedindo respectiva atenção. E, reforça-se, defronte do Judiciário, sim, vez que,

²⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.157.

²⁶⁰ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.158.

²⁶¹ O que, ao contrário da premissa ora adotada, em verdade, é questão que provoca muito debate: “The scope of affirmative action’s coverage is the subject of persistent controversy. Since its inception in the mid-1950s as a remedy for discrimination against blacks, many of its programs have included women and a number of diverse racial and ethnic ‘minorities.’ Some critics maintain that the expanded coverage has been ‘overinclusive,’ that is, many of its group beneficiaries were not disparately impacted or disadvantaged, and hence not eligible to participate under a fairly administered equal opportunity standard.” (LEITER, William M.; LEITER, Samuel. **Affirmative action in antidiscrimination law and policy**: an overview and synthesis. Albany, NY, USA: State University of New York Press, 2011. Disponível em: <http://site.ebrary.com/lib/cjfrasil/reader.action?docID=10574169#ppg=35>. Acesso em: 20 maio 2015, p.19).

sendo gritante a carência de legislação protetiva em âmbito federal em benefício das populações LGBT, restaria ao Judiciário uma eventual solução concreta em virtude da judicialização, o que seria trabalho até simples diante do conteúdo constitucional já analisando sobre os direitos fundamentais e a previsão legal em casos semelhantes (dando a oportunidade de integração, aplicação de norma legal e utilizando a analogia).

A hipótese aventada de aplicação de regras protetivas – consubstanciadas em ações afirmativas – para minorias sexuais não é nova. Há menções em artigos jurídicos nesse sentido.²⁶² Mas é verdade que o tema é pouco explorado, certamente, porque, em regra, exigiria o reconhecimento (e a respectiva previsão) legal. Ou, então, na ausência de lei (como se vê, na verdade), um nova discussão, dentre tantas pendentes em relação a estas populações, no Judiciário. No entanto, se persistem ações judiciais em discussão referentes a questões tão essenciais (como se verá a seguir), é de se compreender o motivo pelo qual não são promovidas discussões sobre ações afirmativas para as minorias sexuais.

Mas, além do caráter conservador do Parlamento brasileiro, outros fatores mostram-se óbices naturais ao desenvolvimento de ações afirmativas para as minorias sexuais:²⁶³ tal suposta previsão legal não prescindiria de análises estatísticas – quem e quantas são as populações de minorais? Quais suas dificuldades de inserção socioeconômica? Qual seria o percentual de proteção sobre a população em geral? –, o que esbarra na escassez de dados estatísticos no Brasil; ainda, a pretensão de eventual aplicação de ação afirmativa exige, naturalmente, a identificação pessoal do interessado,²⁶⁴ impondo que se exponha abertamente.

Ou seja, muito provavelmente, eventual discussão judicial será bastante tormentosa.

Mesmo assim, nos casos além de orientação sexual, ou seja, especificamente sobre identidade de gênero, nos quais o eventual interessado em beneficiar-se de ação afirmativa, normalmente, não precise expor-se (pelo simples motivo de já se adequar e se apresentar ao gênero com o qual se identifica intimamente), tanto a previsão em abstrato numa lei quanto a discussão concreta numa ação judicial seriam, muito provavelmente,

²⁶² NELSON, Ryan H. Practitioner's note: affirmative action for LGBT applicants & employees: a proposed regulatory scheme. **Hofstra Labor & Employment Law Journal**, p.179-217, Fall, 2012, p.179-217; BYRNE, Jeffrey S. Affirmative action for lesbians and gay men: a proposal for true equality of opportunity and workforce diversity. **Yale Law & Policy Review**, v.11, nº1, p.47-108, 1993, p.47-108; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Minorias sexuais e ações afirmativas. In: (Org.) VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias sexuais**. Brasília: Consulex, 2012, p.29-53.

²⁶³ Discussão do contexto estadunidense, ver NELSON (op. cit.).

²⁶⁴ Mediante autoidentificação ou heteroidentificação (identificação por terceiros), formas de identificação já aceitas e entendidas constitucionais para utilização do critério étnico-racial (conforme se lê do precedente já apontado, ADPF 186/DF).

facilitadas. É que, afora eventual aproveitamento de regras afirmativas com destinação, por exemplo, às minorias raciais, seria imediato aplicar-lhe a proteção dada ao gênero feminino.

Em qualquer discussão judicial – possível, igualmente em controle concentrado (a exemplo do debate de criminalização da homo/transfobia, discutido no item subsequente) ou difuso de constitucionalidade –, todavia, seria indispensável desenvolver a análise de similitude, para, então, concluir pelo cabimento do uso da analogia e sua medida.²⁶⁵

6.2 Persistência da amplitude do ativismo judicial brasileiro

Estão pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal questões bastante relevantes, que poderão receber uma solução jurisdicional em breve, vez que, como é cediço no caso brasileiro, persiste uma óbvia omissão do Legislativo. Desde logo, mencionam-se algumas lides que se mostram muito relevantes às minorias sexuais.

No mandado de injunção (MI) nº4733, a autora (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT) pede o criminalização da homofobia e da transfobia.²⁶⁶ Prestadas as informações iniciais, o Relator, Min. Ricardo Lewandowski, decidiu (DJE nº213, divulgado em 25/10/2013) pela extinção sem resolução do mérito, acompanhando o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que a Constituição de 1988 não previa um tratamento especial à discriminação de homofobia e da transfobia, condutas, genericamente, previstas, afinal, na legislação geral. Houve a interposição de agravo regimental, pendente de julgamento. Mas, neste ponto, surge uma perspectiva de mudança no entendimento do Tribunal.

É que o parecer da Procuradoria-Geral da República, em face do agravo interposto, posicionou-se em sentido diverso do entendimento exposto inicialmente nos

²⁶⁵ “A analogia *legis* apoia-se em uma regra existente, aplicável a *hipótese* semelhante na essência; a *analogia juris* lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um *instituto* que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar; a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos *princípios gerais de Direito*.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.171).

²⁶⁶ “Trata-se de mandado de injunção coletivo, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, em que se requer, nuclearmente: I) o reconhecimento de que ‘a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo’ ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como ‘discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais’; II) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do art.5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, ‘especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa’. Sem prejuízo de uma análise ulterior quanto ao cabimento deste writ injuncional, requisitem-se informações.” (Despacho, DJE nº123. Divulgado em: 22 jun.2012).

autos: defendeu a propositura do mandado de injunção, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal dispusesse sobre a ausência de criminalização específica da homofobia e da transfobia; chama atenção para a pendência superior a treze anos de projeto de lei, criminalizando as condutas em destaque; entende possível o uso da Lei nº7.716/1989 (crime de racismo), na pendência de definição legislativa, inclusive, fazendo valer a previsão constante do art.10 da Lei nº9.882/1999 (tratando da ADPF), vez que cabível usar a mesma regra em processo de controle concentrado de constitucionalidade; conclui, entendendo que não se verifica óbice no princípio da reserva legal, que, a seu ver, deve ser interpretado de acordo com a própria Constituição.

Pois bem, embora inquestionável o cabimento e a utilidade de criminalização de homofobia e transfobia, especialmente, diante dos volumosos casos de crimes em face destas populações, cabe analisar o ponto nodal: a Constituição de 1988, relativamente a estas minorias, exige, efetivamente, um tratamento específico?

Com efeito, ao ler o conteúdo comparando-o aos incisos XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), ambos no art.5º, da Constituição Federal de 1988, difícil igualar ambas as disposições tal a especificidade do inciso relativamente ao racismo. Ao menos, não numa leitura mais apressada.

Mas, ao mesmo tempo, inegável que restringir a criminalização apenas com base em letra evidente da Constituição pode ser um engano. Seria como dizer que existe apenas o dever expresso de criminalização (nunca, tácito). Esta observação vem destacada abaixo:

Saber se determinado bem jurídico deve ser objeto de proteção penal envolve considerar princípios do Direito Penal como o da intervenção mínima e da subsidiariedade. Se for possível tutelar eficazmente esses bens com medidas cíveis ou administrativas, então não haverá obrigação de criminalizar. A decisão 39, I, do Tribunal Constitucional alemão é indicativa dessa característica, ao dizer que o legislador estará obrigado a instituir sanções penais “em casos excepcionais, se a proteção ordenada pela Constituição não pode ser alcançada de nenhuma outra forma [...]”.

Esta é uma das mais significativas diferenças entre os mandados implícitos e expressos de criminalização. Para os primeiros, cabe sindicar a presença da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Starfbedürftigkeit*) [...]²⁶⁷

²⁶⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.135.

Ou seja, a análise da tipificação penal da homofobia/transfobia, além de demonstrar um inegável espaço político (é uma decisão política legislar ou não), significa haver, igualmente, um juízo de proporcionalidade, “levando a um arranjo entre dois elementos deste princípio: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.”²⁶⁸ E porque o Brasil, reconhecidamente, procura afastar omissões inconstitucionais, inclusive, por meio de ações diretas previstas no texto constitucional, parece razoável concluir que, mesmo sem previsão expressa, diante do alto grau de violência em face das minorias (e a incontestável ofensa aos direitos fundamentais), fique claro o dever de criminalizar as condutas em questão.

Esta conclusão pela necessária criminalização pode partir de uma outra espécie de análise.

Desse modo, poder-se-ia cogitar de mandamento nesse sentido, também, com base em tratado celebrado pelo Brasil e decisão de Corte Internacional. Foi a hipótese verificada quando da instituição da Lei “Maria da Penha”, segundo já se observou. No entanto, não ocorreu, até o momento, a mesma espécie de condenação em relação ao Brasil, nem regional, nem globalmente, no que tange às minorias sexuais.

Restaria, de qualquer maneira, questionar se a Resolução nº17/19 da ONU bastaria à imposição ao Estado brasileiro para tomar medidas específicas de criminalizar a homofobia e a transfobia. Para tanto, poder-se-ia cogitar de aplicar o art.5º, §2º (“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”), em função apenas da edição da resolução e dos atos sucessivos, nos quais ficou expressa a preocupação da ONU na defesa de direitos da população LGBT, inclusive, com a orientação aos países, que, afora descriminalizar condutas próprias de minorias sexuais, promovessem a tipificação de crimes cometidos contra esta população. Mas, afinal, bastaria a Resolução da ONU para provocar a incidência do dispositivo constitucional destacado acima?

A resposta mais imediata seria negativa. Para tanto, poder-se-ia imaginar que não consta claramente um tratado que preveja a imposição de dever por mera resolução. Mesmo porque, ainda que posta a resolução à aprovação por votação no órgão internacional,

²⁶⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.136.

não se equipara tal manifestação/votação a um tratado propriamente dito, pelo simples motivo de que uma resolução não vem ratificada nacionalmente.

Mas, meditando melhor, impõe-se a resposta positiva. Ao menos, no que se refere ao objeto da resolução em análise. É que o conteúdo da Resolução nº17/19 apenas traduz o cerne de tratados, promovidos pela ONU e ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, no caso em estudo, as resoluções promovem uma verdadeira interpretação autêntica, traduzindo o entendimento da própria ONU sobre os tratados os quais promoveu. No item “3.5.1.”, vimos que a ONU preceitua como um primeiro passo imposto aos Estados – com base em tratados, todos ratificados pelo Brasil – a ampla investigação de crimes praticados em face da população LGBT. Ainda, que as mesmas normas internacionais impõem a criminalização da homofobia e transfobia.

Ora, mas, então, com base em tratados – normas reconhecidas com “status” supralegal pelo Supremo Tribunal Federal –, pode-se concluir pelo dever indiscutível de o Brasil promover a ampla defesa de suas minorias sexuais também utilizando leis, criminalizando homofobia e transfobia.

Contudo, reconheça-se, de qualquer forma, observando friamente a Resolução nº17/19, que, aparentemente, não consta uma verdadeira determinação, mas apenas uma recomendação,²⁶⁹ o que demonstra tratar-se de uma questão bastante controversa.

Mesmo assim, tanto por haver ofensa clara a direitos fundamentais de minorias sexuais, em razão da violência excessiva no país (traduzindo uma necessária criminalização de conduta fóbica), quanto por vários tratados internalizados pelo Brasil, podemos concluir pela imposição da criminalização de homofobia/transfobia.

A maior barreira para o acolhimento do pleito pode ser de natureza processual. Pelo fato de tratarmos, no ponto, de previsão sobre crimes, não havendo omissão clara nos termos da Constituição, não parece possível confirmar o pleito da inicial do mandado de injunção.

O mérito, entretanto, soa muito correto, conforme os direitos fundamentais, e, consoante as normas e recomendações do direito internacional.

Contudo, afastando um eventual óbice de natureza processual, o cabimento pela solução judicial poderia ser aceito mais facilmente, caso a pretensão tivesse sido posta

²⁶⁹ Consta ao final da resolução: “83. The recommendations to Member States set out below, which are not exhaustive, draw on measures recommended by United Nations human rights mechanisms. 84. The High Commissioner recommends that Member States”. (grifos nossos).

ao Supremo Tribunal Federal via ADPF, diante da amplitude maior (e uma certa vagueza nos requisitos constitucionais e legais, que mostra seu cabimento numa hipótese como a aventada de dever tácito de criminalização) daquela ação direta.²⁷⁰ Ocorre que, se o raciocínio do mandado de injunção aproxima-se da ação direta por omissão,²⁷¹ o mesmo não ocorre quanto à ADPF.

Eis que, com o mesmo objeto do mandado de injunção, consta tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26, com relatoria do Min. Celso de Mello, a qual, entretanto, encontra-se em fase ainda mais inicial, conforme observamos de seu andamento processual.²⁷² Ou seja, se houver sucesso na pretensão de fazer aplicar as mesmas regras do crime de racismo à homofobia e à transfobia, será a ADO a ter maiores chances de êxito, vez que se trata de ação própria de controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo da ADPF.

Outrossim, como assunto bastante relevante e pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, aponta-se o Recurso Extraordinário nº845.779, cuja repercussão geral foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em 14 de novembro de 2014,²⁷³ no qual o Tribunal terá a oportunidade de analisar o tratamento social destinado ao transexual. Também, acerca do transexual, no Recurso Extraordinário 670.422, o Tribunal poderá verificar o tratamento no seu registro civil – assunto, conforme já destacado, de alta

²⁷⁰ Lembremos o conteúdo do art.1º, Lei nº9.882/1999, que, a nosso ver, não afasta ato “omissivo” do Poder Público: “A arguição prevista no §1º do art.102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (destacamos)

²⁷¹ Nos dias atuais, existe posicionamento relevante do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, por meio do mandado de injunção, alcança-se, em verdade, uma solução normativa: “As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n.283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução normativa para a decisão judicial. [...] Significativa, também, a decisão do Supremo Tribunal Federal nos MI 712, Relatado pelo Min. Eros Grau, DJ 23.11.2007, e no 708, por mim relatado, DJ 31.10.2008, os quais adotaram ‘solução normativa e concretizadora’ para a omissão quanto ao direito de greve dos servidores públicos. [...] As decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. Parece claro que as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter *obrigatório* ou *mandamental* (cf. Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança, 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 335).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, MI 943/DF, Rel.Min. Gilmar Mendes, DJe-081 Divulg 30-04-2013 Public 02-05-2013, conforme voto do Relator).

²⁷² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 29 jan.2015.

²⁷³ Ementa: “TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui 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, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.” (DJE 10/03/2015 ATA Nº13/2015 - DJE nº45, divulgado em 09/03/2015, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em: 11 mar.2015)

relevância, inclusive, determinante no acesso ao mercado de trabalho amplo – cuja repercussão geral sobre o tema já foi confirmada.²⁷⁴

O segundo RE vem somar-se à discussão já posta no Supremo Tribunal Federal acerca do registro civil dos transexuais. Também está pendente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº4275), proposta pelo Procurador-Geral da República, em estágio, inicial (a despeito de já proposta em 2009),²⁷⁵ sem, portanto, qualquer decisão a respeito. Do que se lê em sua inicial,²⁷⁶ é muito provável o sucesso da pretensão. É que a PGR tomou a cautela de apresentar o pedido, também, em forma de ADPF, abrindo amplamente o espaço da discussão apresentada ao Supremo Tribunal Federal.

Noutras palavras, acaso vencido o pedido por não se verificar a inconstitucionalidade alegada, ao menos, restará muito provável concluir pelo descumprimento de preceito fundamental por parte do Estado brasileiro no tratamento dignamente devido aos transexuais, garantindo-lhes, ao menos, um registro civil adequado a sua aparência e, principalmente, a sua própria identidade de gênero.

Por claro, a persistir a omissão do Legislativo na análise do projeto lei, tratando do transexual, pode-se imaginar bem possível a atuação do Judiciário, diante da evidência da natureza constitucional (e tão claramente relativa à dignidade da pessoa humana), do mesmo modo que se constatou no julgamento acerca da união estável homoafetiva.

Assim, a perpetuar uma postura excessivamente lenta – melhor dizendo, omissa – pelo Legislativo, é possível esperar novos exemplos de normatização pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo valer os direitos fundamentais de minorias não contempladas por tratamento legal pelo Estado brasileiro.

²⁷⁴ Ementa: “DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 670422 RG/RS – RIO GRANDE DO SUL, REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Rel.Min. Dias Toffoli, Julgamento: 11/09/2014, DJE-229 Divulg 20-11-2014 Public 21-11-2014)

²⁷⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan.2015.

²⁷⁶ Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/Acesso> em: 30 jan.2015.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que vimos, à evidência, o estágio atual do ordenamento brasileiro está muito distante da plena igualdade de direitos: sequer alcançada a igualdade formal de direitos. Menos ainda, a igualdade material de oportunidades e de acesso a todos os direitos de uma vida digna em família, trabalho e sociedade como um todo.

A carência de leis em sentido formal para proteger e promover a inserção das minorias sexuais emerge indiscutível. Dos exemplos vistos, a fragilidade estatal, nesse aspecto, é, certamente, maior no Legislativo (de todas as pessoas públicas, mas, especialmente, do Parlamento Nacional).

Este contexto vem explicar o motivo pelo qual os demais Poderes (Executivo e Judiciário), ao promoverem (ou provocarem) política pública (ou respectiva análise ou conclusão de ausência, no caso do Judiciário) façam menção expressa aos princípios constitucionais. Assim, vê-se que não apenas o Judiciário faz valer a Constituição Federal, com sua enorme carga axiológica, mas, também, o Executivo promove a mesma concretização de direitos.

Os Poderes Executivo e, especialmente, o Judiciário, no cumprimento da promoção de direitos fundamentais (ainda que em visão contrário à teórica democracia numérica) sofrem com acusações de usurpação de competência legislativa. Numa visão bastante estreita dos direitos constitucionais, como se apenas por lei pudesse ser promovida a efetiva concretização da enorme carga axiológica da Constituição.

Os avanços na proteção de minorias sexuais no Brasil, certamente, devem-se, em especial, à atuação jurisdicional, inclusive, no nascimento de verdadeiras políticas públicas (a exemplo da cirurgia de redesignação sexual custeada pelo SUS) e do reconhecimento de direitos um tanto quanto evidentes (como a dependência de companheiro homossexual para fins tributários ou previdenciários), além do reconhecimento da própria união estável homoafetiva, como entidade familiar. E tal movimento do Judiciário dá-se tanto pela intensa carga axiológica constante do texto constitucional quanto pela extensão particularmente ampla do controle de constitucionalidade nacional.

Inegável, todavia, que a busca de correção de rumo na atuação estatal, mediante a intervenção direta do Executivo ou do Judiciário causa alguns problemas, dentre os quais apontamos para a restrição de debates (que seriam próprios de ocorrer no Legislativo).

E, a despeito, especialmente, da provocação mediante julgamentos, com reconhecimento de direitos (e correlata política pública originada), os problemas, claramente persistem. Por exemplo, vê-se a simplificação dos grupos componentes de minorias sexuais, com destaque especial na proteção/aceitação de homossexuais, e a ausência do mesmo alcance aos transexuais.

Aponta-se, ainda, persistência de visão, vinculando o gênero masculino/feminino à genitália, a exemplo de políticas de reconhecimento de transexual ou travesti do Estado de São Paulo (especialmente a população carcerária). Neste ponto, verificando-se tratar-se de claro transexual, com evidente desconformidade do corpo com a identidade de gênero, a exigência de submissão à cirurgia de adequação sexual para a mudança de local soa demasiadamente agressiva. Além de desconsiderar o tempo normalmente longo para a efetivação da cirurgia pelo SUS.

Ou seja, persiste um claro defeito na política de promoção de “reconhecimento” destas pessoas, inclusive, comparando-se os subgrupos de minorias sexuais.

As ações afirmativas, plenamente aplicáveis em casos de grupos vulneráveis (cuja solução passasse por critérios de “redistribuição”), exigem evidentemente uma previsão, um fundamento legal. Então, observado o norte destas políticas de inserção e diminuição de desigualdades, as ações afirmativas podem funcionar como um instrumento a promover “maior” igualdade entre as pessoas, inclusive, as distintas em relação à identidade de gênero e de orientação sexual.

No entanto, no caso assinalado de instrumentos e ações afirmativas, não se pressupõe apenas a igualdade de direitos – sequer alcançada no Brasil –, mas, sim, direitos diferenciados, buscando tratar diversamente os desiguais. Ou seja, sob esse aspecto de criação de direitos outros, soa mais difícil ao Legislativo brasileiro efetivamente atuar.

Afinal, as casas legislativas têm sua formação cada vez mais caracterizada por posicionamentos considerados “tradicionais”, “conservadores”. Grupos numerosos e organizados, também, imbuídos de motivação religiosa. Mais ainda, pouco provável que, na contramão da história jurídica do Brasil, o Legislativo passe, repentinamente, a dispor sobre direitos de minorias sexuais. Portanto, a dependência de decisões judiciais nesse campo deverá persistir no país.

Então, uma eventual discussão sobre a aplicação de ações afirmativas para minorias sexuais deverá travar-se judicialmente.

E tal dependência judicial persistirá – somando-se às já tormentosas discussões em trâmite no Judiciário nacional – enquanto perdurar uma sociedade intolerante com diferenças (tão comuns e próprias) do ser humano.

Ou seja, faz-se mister, dentre todas as medidas possíveis de política pública, incluir disciplinas, trabalhos extracurriculares, palestras, atividades culturais, que levem mais fortemente a diversidade sexual à rotina dos jovens, promovendo a aceitação, a tolerância e, por fim, uma sociedade mais saudável. Aí, então, pode-se imaginar que o Legislativo passe a refletir tal esperada mudança de posicionamento social, promovendo ativamente a dignidade da pessoa humana.

Até que se alcance este estágio na sociedade brasileira, pode-se esperar que persista a precariedade na previsão e na promoção de direitos a minorias sexuais: ora com base em poucas (raras) leis, ora com base em atos infralegais, ora, e principalmente, com esteio em decisões judiciais, fazendo valer os direitos fundamentais. A consequência é trágica, pois, afora a discriminação ampla, os casos de violência e crimes de ódio em relação às minorias sexuais vão-se agigantando no Brasil, que, a despeito do seu alto nível de violência, não tipificou o crime de homofobia/transfobia.

Em verdade, enquanto persistir o debate – em alto nível e grande grau de interesse, sem dúvida – sobre minorias sexuais, mas restrito a “quatro paredes”, dentro de gabinetes governamentais ou, de qualquer forma, sem levar a discussão às escolas, é provável que se mantenha a atual intensidade de discriminação. E resta criado um ciclo vicioso: são necessárias políticas públicas para compensar toda a sorte de discriminação, também, porque o próprio Estado é omissor na promoção de educação adequada a sua população, que, assim, insiste na conduta discriminatória, em especial, porque não entende as distinções próprias da complexidade humana.

Urge, portanto, que se quebre este ciclo vicioso. E o passo primordial deve ser levar o tema às escolas.

Em qualquer situação, todavia, não se deve perder de vista que estamos lidando inquestionavelmente com direitos fundamentais, o que equivale a reconhecer o papel próprio do Poder Judiciário em sua defesa, lembrando e repisando a lição que os coloca como um verdadeiro trunfo em face da maioria da sociedade. E, neste específico aspecto (de proteção dos direitos fundamentais), descabido acusar o Judiciário de atuar em ofensa aos demais Poderes.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: (Org.) Rodrigo Garcia Schwarz. **Direito administrativo contemporâneo**: administração pública, justiça e cidadania – garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**, v.101, nº920 jun.2012. São Paulo: RT, 2012.

ANJOS, Gabriele dos. Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências. **Sociologias**, Porto Alegre, nº4, dez.2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014.

APPLEBAUM, Anne. **Gulag: a history**. New York: Anchor Books, 2003.

ARAN, Márcia; PEIXOTO JÚNIOR, Carlos Augusto. Subversões do desejo: sobre o gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu**, Campinas, nº28, jun.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 11 dez.2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, s/d. Edição eletrônica. Publicado originalmente em 1951.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAER, Susanne. Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism. 59 **University of Toronto Law Journal**, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.30, jan.2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, nº19, out.-dez. 2002.

BYRNE, Jeffrey S. Affirmative action for lesbians and gay men: a proposal for true equality of opportunity and workforce diversity. **Yale Law & Policy Review**, v.11, nº1, p.47-108, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente. *Stare decisis* e súmula vinculante: análise comparativa. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº130, jan.2014. São Paulo: Oliveira Rocha, 2014.

CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**: libertà e diritti sociali. 3.ed.Torino: G. Giappichelli, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Roberto; LAURENTIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de; POZZO, Augusto Neves Dal. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3.ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. Roma: Editori Laterza, 2001.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Traduzido por André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 22 fev.2015.

FIGUEIREDO, Ivanilda; NORONHA, Rodolfo Liberato de. A vulnerabilidade como impeditiva/restritiva do desfrute de direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, nº4, p.129-146, jul.-dez.2008.

FOLLESDAL, Andreas. The legitimacy deficits of the human rights judiciary: elements and implications of a normative theory. 14 **Theoretical Inquiries in Law** 339, 2013.

FON, Vinc; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems**: a dynamic analysis. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=534504>. Acesso em: 26 nov.2014.

FOSTER, Sydney. Should courts give stare decisis effect do statutory interpretation methodology? **The Georgetown Law Journal**, v.96:1863, 2007-2008.

FOUCAULT, Michel. **The history of sexuality**: an introduction. v.1. Traduzido do francês por Robert Hurley. New York: Random House, 1978. (edição eletrônica *Kindle*).

FRASER, Nancy. **Justice interrupts**: critical reflections on the “postsocialist” condition. New York & London: Routledge, 1997. Versão digital 2009. (edição eletrônica *Kindle*).

FREIRE, Eduardo Corsino; ARAÚJO, Fátima Cristina Alves de; SOUZA, Andrea Cardoso de; MARQUES, Dalvani. A clínica em movimento na saúde de TTTs: caminho para materialização do SUS entre travestis, transexuais e transgêneros. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v.37, nº98, p.477-484, jul.-set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a11v37n98.pdf>. Acesso em: 16 abr.2015.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 10, nº39. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GLAZER, Elizabeth M. Sexual reorientation. Hofstra University, School of Law, **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper nº10-30, 11-oct-10. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1690590>. Acesso em: 22 nov.2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº16, 1996. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. In: (Orgs.) PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais de direitos humanos** v.5. São Paulo: RT, 2011. (versão digital).

HATZENBUEHLER, Mark L.; O'CLEIRIGH, Conall; GRASSO, Chris; MAYER, Kenneth; SAFREN, Steven; BRADFORD, Judith. Effect of same-sex marriage laws on health care use and expenditures in sexual minority men: a quasi-natural experiment. **American Journal of Public Health**, v.102, nº2, February 2012.

IBGE. **Censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf. Acesso em: 27 jan.2015.

JOHNSON, Kevin R. **The last twenty five years of affirmative action?** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=577283>. Acesso em: 2 dez.2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITER, William M.; LEITER, Samuel. **Affirmative action in antidiscrimination law and policy: an overview and synthesis**. Albany, NY, USA: State University of New York Press, 2011. Disponível em: <http://site.ebrary.com/lib/cjfbrasil/reader.action?docID=10574169#ppg=35>. Acesso em: 20.maio 2015.

MARTIN-STOREY, Alexa; CROSNOE, Robert. Sexual minority status, peer harassment, and adolescent depression. **Journal of Adolescence** 35, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 4.ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf. Acesso em: 25 jan.2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? In: (Orgs.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. t.4. 5.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. t.II. v.2. Coimbra: Coimbra, 2014.

NELSON, Ryan H. Practitioner's note: affirmative action for LGBT applicants & employees: a proposed regulatory scheme. **Hofstra Labor & Employment Law Journal**, p.179-217, Fall, 2012.

NERY, João W. **Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois**. São Paulo: Leya, 2011. (edição eletrônica *Kindle*).

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. In: **Revista de Direito Privado**, ano 14, v.53. São Paulo: RT, 2013.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. **Direito Público**, v.5, nº25, p.18-41, mar.-abr.2009, São Paulo: Síntese, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: (Orgs.) CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, João Manuel de; NOGUEIRA, Conceição. Introdução: Um lugar feminista queer e o prazer da confusão e fronteiras. **Ex aequo**, Vila Franca de Xira, n.20, 2009. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602009000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 16 abr. 2015.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERRY, Michael J. **Morality, politics and law**. New York: Oxford University Press, 1990.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: (Org.) VIEIRA, José Ribas. **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: (Org.) SILVA, José Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: RT, 2002.

ROBERTS, Andrea L.; AUSTIN, S. Bryn; COLISS, Heather L.; VANDEMORRIS, Ashley K.; KOENEN, Karestan C. Pervasive trauma exposure among US sexual orientation minority adults and risk of posttraumatic stress disorder. **American Journal of Public Health**, v.100, nº12, p.2433-2441, Dec.2010.

ROCHA, Claudionor. Mudança de sexo e sua repercussão para o controle social. **Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18823>. Acesso em: 23 abr.2015.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Estudo comparativo sobre produção legislativa e remuneração parlamentar em países selecionados da Europa, América do Norte e América Latina**. Câmara dos Deputados, Praça dos 3 Poderes, Consultoria Legislativa Anexo III, Térreo Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/005771.pdf>. Acesso em: 22.jan.2015.

ROSS, Josephine. The sexualization of difference: a comparison of mixed-race and same-gender marriage. Boston College Law School, Public Law and Legal Theory, **Research Paper Series**, Research Paper nº31, Feb.23, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=508022>. Acesso em: 30 nov.2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: (Orgs.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEEL, Pierre. **I, Pierre Seel, deported homosexual**: a memoir of Nazi Terror. Traduzido do francês para inglês por Joachim Neugroschel. New York: Basic Books, 1995.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, working paper nº77, March 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 26 nov.2014.

SILVA, José Afonso da. O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, nº67, maio-jun., 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 26 nov.2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: (Orgs.) MACEDO JR. Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, nº15.

UNITED NATIONS. **Born free and equal**: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York and Geneva: United Nations, Human Rights, Office of High Commissioner, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>. Acesso em: 27 jan.2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Minorias sexuais e ações afirmativas. In: (Org.) VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias sexuais**. Brasília: Consulex, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, nº8, jul.-dez., 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**, v.111:1, October 2012.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS (ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração

APÊNDICE A

Entrevista com **Heloisa Gama Alves**, Coordenadora de Políticas Públicas para Diversidade Sexual, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Realizada em 18 nov.2014.

Heloisa, qual sua formação e experiência com diversidade sexual?

Sou advogada e trabalho desde 2004 com questões de diversidade sexual, quando veio para mim um caso de duas lésbicas. Uma delas era funcionária da Justiça do Trabalho e queria incluir sua companheira como dependente em plano de saúde, mas não conseguiu. O que me chamou atenção no caso delas é que estavam há dez anos, sem garantias, direitos reconhecidos judicialmente, menos ainda, leis, que assegurassem tais direitos... Então, o que me chamou atenção é que, como ela publicizou esse pleito, acabou sofrendo muita discriminação dentro da Justiça, entre os funcionários e colegas. Acabei ajudando com esse caso e acionei a Procuradoria da Cidadania (da República), que acabou me ajudando a fazer uma articulação junto à Justiça do Trabalho. Acabaram mudando a portaria, permitindo que a companheira fosse incluída no plano de saúde.

E sua participação em atividade estatal?

Em 2010, criei com outros advogados um grupo de advogados pela diversidade sexual (GADVS); é uma ONG, com personalidade jurídica. A partir do meu trabalho no GADVS, acabou vindo o convite para ser a gestora aqui. Vim para cá em 2011, para atuar na Coordenação, que hoje tem cinco anos e meio. Em 2010, o Conselho Estadual dos Direitos da População LGBT foi criado por decreto. Sua criação já é resultado do trabalho da Coordenação de Políticas Públicas para Diversidade Sexual. Mas a implantação do Conselho deu-se em 2013.

Qual a peculiaridade do Conselho em relação à Coordenadoria?

Então, o Conselho é um órgão consultivo e deliberativo. Ele tem um papel importante, que é o de monitorar as políticas públicas, ajudar na elaboração dessas políticas públicas para a população LGBT e, também, de controle social dessas políticas. Mas esse primeiro ano do Conselho está sendo apenas de implementação mesmo, com elaboração de regimento interno, divisão do Conselho em comissões, cada comissão atuando numa vertente... Ou seja, o Conselho já é fruto da Coordenação.

Não existe uma lei, prevendo o Conselho?

Não, não existe. É que temos uma dificuldade enorme na aprovação de qualquer lei em relação à população LGBT junto à Assembleia Legislativa.

Ainda?

Ainda. E mesmo em São Paulo. Mesmo havendo uma lei estadual, a Lei nº 10.948 de 2001, que pune administrativamente a prática de discriminação. Vou dar um exemplo: em maio último, o Conselho Estadual da Educação, por uma articulação nossa, com a Defensoria e junto com a OAB, aprovou uma deliberação, determinando que travestis e transexuais devem ser tratadas pelo nome social dentro do sistema educacional do Estado de São Paulo. Mas, um mês depois, um deputado estadual propôs um projeto para derrubar essa deliberação e um Decreto de 2010, que determina que travestis e transexuais nos órgãos públicos do Estado devem ser chamados pelo nome social. Então, a gente esbarra com isso, infelizmente, dentro da Assembleia Legislativa.

Então, poderíamos dizer que, nos dias atuais, política pública para minorias sexuais não têm suporte legal (ainda que, claro, exista fundamento constitucional)?

Não, nós não temos. Se olhar no Congresso Nacional, não vai ver nenhuma lei aprovada em benefício dessa população. Que seja, criminalizando a homofobia, ou, exemplo, o projeto do casamento civil igualitário, que está tramitando, mas que dificilmente será aprovado. Qualquer projeto esbarra, infelizmente, hoje, numa bancada conservadora e refratária a enxergar essa população como merecedora de destinatária de leis.

E, na ausência de leis, o que sobra ao governo? Qual o espaço de atuação do Executivo?

Dificulta muito. Hoje, por exemplo, a Coordenação foi criada por decreto. O Conselho foi criado por decreto. A imposição de respeito ao nome social nos órgãos públicos se dá por meio de decreto. Nós temos decretos, claro, com base em fundamentos constitucionais. Mas nem tudo é possível fazer por decreto. Existe uma ausência de vontade do Legislativo de efetivamente elaborar as leis sobre essa população, que ainda é vítima de violência e de preconceito. Que, ainda, tem uma vulnerabilidade social absurda, em todos os campos.

É um grupo dito vulnerável. O Conselho e a Coordenação entendem a vulnerabilidade do grupo por parâmetro social, econômico? Qual é esse parâmetro?

A Coordenação entende que existem parcelas diferentes dentro da população LGBT. Ao falarmos de travestis e transexuais, existe uma vulnerabilidade maior ainda. São pessoas que não têm acesso ao estudo, ao trabalho, não tem inserção no mercado de trabalho. Não existe uma rede de proteção social. Por exemplo, são travestis em situação de rua. Ou mesmo gays, lésbicas, enfim, existe uma grande dificuldade no cuidado deles também. Existe, claro, uma vulnerabilidade social e econômica muito forte em boa parte do grupo. E, quando é gay ou lésbica, a vulnerabilidade social também existe. Mas não está estampado no rosto de alguém que seja gay ou lésbica. Ou seja, eles podem amenizar o risco social a que estão submetidos no trabalho. Mas travesti e transexual sequer têm essa opção. Então, as dificuldades são maiores ainda. Há dez anos, não havia qualquer órgão de proteção para essa população.

Seria possível enumerar as políticas públicas criadas e existentes no Estado de São Paulo em benefício da população LGBT?

A criação dos espaços é uma política em si mesmo. Mas a questão, agora, é: criamos os espaços. Mas, como daremos condições para que os espaços realizem seu trabalho, com recursos humanos, orçamentos (o que tem melhorado ano a ano, mas, ainda, é um desafio)? Estamos falando de um Estado que tem 646 municípios. Então, fomentar e incentivar que os municípios também pensem nessa população local. O que nós temos de concreto hoje é a criação da Coordenação, o Conselho, o decreto do nome social,¹ a lei do Dia de Luta contra Homofobia (17 de maio),² a Lei nº10.948 (a sanção administrativa no caso de discriminação) – que está funcionando, que tem uma comissão administrativa processante, que julga esses casos, aqui, dentro da Secretaria da Justiça – a Secretaria firmou há pouco tempo um convênio com o Tribunal de Justiça, para promover a mediação nos casos de homofobia... Outra política que devemos destacar: aqui, dentro da Secretaria da Justiça, a Coordenação criou um curso à

¹ Decreto Estadual nº55.588/2010.

² Lei Estadual nº14.462/2011.

distância, junto com a Fundap, de trinta horas, para o servidor público, em diversidade sexual. Qualquer servidor pode se inscrever. Estamos já na 14ª turma. São mil vagas em cada turma. Onde o servidor vai conhecer um pouco do conceito de diversidade sexual, um pouco da legislação, um pouco da especificidade dessa população.

Mas não é obrigatório?

Não, não é. Mas estamos na 14ª turma, com vagas preenchidas e excedentes. É uma demanda da sociedade civil, que não quer ir a uma delegacia e ser tratada com preconceito, não quer ir a um posto de saúde e ser discriminada. Também, aqui, dentro da Secretaria, temos um comitê, que se chama Comitê Intersecretarial de Defesa da Diversidade Sexual, que foi criado por decreto junto com a Coordenação e reúne onze secretarias de Estado. Com reuniões mensais, pensando em políticas intersecretariais. Por exemplo, no caso de saúde, acabamos de ceder nosso curso para a saúde. A saúde está com o curso de três módulos (do nosso curso), mas também com outro, adicional, específico para a saúde. A saúde tem um comitê de saúde integral LGBT. A cultura tem um edital, com programa de acesso à cultura, que é só para a cultura LGBT, promovendo ações culturais, integração na sociedade, inclusive, apoiando paradas LGBT no interior.

E na Educação?

Hoje, temos um gestor na Secretaria de Educação que trata somente de questões LGBT. Mas não existe disciplina obrigatória. O que temos hoje é uma política para sensibilizar os docentes, professores, diretores e coordenadores. Primeiro, queremos capacitar os docentes. Por exemplo, ontem houve uma videoconferência com diretores, na qual falamos sobre o nome social, o tratamento na escola, e em listas de chamadas, por exemplo. A política do nome social resolveu o problema de constrangimento em listas de chamadas, crachás, quando o nome não refletia o próprio aluno.

E no mercado de trabalho?

No mercado de trabalho temos ainda uma resistência muito grande no setor privado. No público, não, pelo próprio concurso. O que alguns Estados estão fazendo é criar uma cédula de identidade, como o RG, mas com nome social. Mesmo sem lei. Estamos tentando trazer ao Estado de São Paulo. O Pará criou, por meio de um decreto, e tem validade em todo o território do Pará. O nosso, como estamos propondo, é trazer, além do nome social, o nome de registro, mas no meio, não tão visível. A Secretaria de Segurança Pública está analisando a questão.

Mas é precário, não?

Muito precário! Nós não temos leis! A Argentina tem uma lei de identidade de gênero, pela qual a pessoa escolhe como quer ser chamada. Temos um projeto de lei que está tramitando, que se chama Projeto “João Nery”, de autoria do deputado Jean Wyllys, similar ao que foi aprovado na Argentina. Mas aqui, infelizmente, não deve passar... João Nery é um homem “trans”, que nasceu mulher, já é um senhor, e que escreveu um livro autobiográfico chamado “viagem solitária”. Então, temos políticas interessantes surgindo, mas são poucas iniciativas. Há um programa no Município de São Paulo, há uns três anos, pelo qual se procura estimular travesti e transexual na inserção no mercado de trabalho, por meio de cursos de capacitação e do oferecimento de bolsa. O Estado não tem participação, o que ainda está em estudo.

O Conselho trata de algum grupo em destaque, como gays, lésbicas?

Cada segmento – gays, lésbicas, travestis e transexuais – tem seu representante no Conselho. E com um diferencial: não estamos falando de um conselho estadual. Todas as regiões do Estado estão representadas no Conselho.

Existe alguma política para bissexual?

Não existe. O bissexual existe só na letra mesmo, no “B”. Na prática, não. Até porque não existe um movimento social que reivindique, que traga suas demandas, sua pauta. Então, as lésbicas trazem, os gays trazem, os travestis e transexuais trazem. Mas os bissexuais não.

Então, podemos falar que no Estado de São Paulo existe política pública apenas para homossexuais, masculino ou feminino, e transexuais e travestis?

Sim, é isso mesmo. Específicas para bissexuais, realmente, não temos.

E políticas específicas para travestis e transexuais, mesmo em saúde?

Aqui, em São Paulo, nós temos uma política, que foi pioneira, de ambulatório de saúde integral para travestis e transexuais, criado em 2009.

Mas por que colocar os dois grupos juntos: travestis e transexuais? Não são diferentes?

Elas que querem dessa forma. É o movimento delas que prefere dessa forma. Na Europa, usa-se transgênero ou transexual, não existe o termo travesti. Aqui existe essa especificidade. Às vezes, os dois grupos se juntam nos pedidos, outras vezes, não. Mesmo aquelas que não querem mais fazer a cirurgia de adequação sexual se reconhecem transexual.

A senhora acompanha a questão de cirurgia de adequação sexual?

Um pouco. É mais a Secretaria Estadual da Saúde que acompanha. O que eu sei é de participação de eventos e audiências públicas. Temos hoje o Hospital das Clínicas que realiza a cirurgia. Temos na fila, prontas para fazer a cirurgia, 300 pessoas. Mas são pouquíssimas cirurgias por ano: 12 a 20 por ano. E temos um problema muito sério que afeta a rapidez da fila: a ausência de profissionais que querem se especializar nessa cirurgia. Existe clínica particular que faz a cirurgia, mas o preço é muito alto. E há um outro problema: cirurgias feitas em clínicas particulares que não deram certo. Temos investigação em andamento com a Segurança Pública e a Defensoria Pública, atuando também. Cirurgias que não foram bem feitas. No SUS, não temos relato de cirurgia mal feita. A maior reclamação realmente é a demora. Nem o ambulatório que faz todo o atendimento prévio, com atendimento psicológico, psiquiátrico, hormonoterapia, urologista, não está dando conta do atendimento a todos. Enfim, tem o espaço, tem a política, mas não tem profissional para dar vazão à demanda.

Existem dados estatísticos acerca das dificuldades enfrentadas por estes grupos? Por exemplo, evasão escolar, agressões, problemas relacionados aos jovens?

Não, não temos estatística. Essa é uma outra dificuldade. A rede é muito falha nesse assunto. A gente sabe mais ou menos quem mais sofre violência: são os travestis e os transexuais. O número de assassinatos de travestis e de transexuais é bem maior do que de gays e lésbicas. Posso falar daqui do Estado. Mas você precisa analisar o motivo desses assassinatos. Muitas vezes não é por transfobia. Às vezes, ocorre por tráfico de drogas, às vezes é acerto de contas, cafetinagem. Às vezes, a travesti barbaramente assassinada externa o crime de ódio. Mas, investigando, aparecem outros fatores que

não a discriminação. Ainda assim, na minha concepção, não deixa de ser uma transfobia...

O grande problema é que o travesti ou transexual acaba não tendo opção de trabalho. Muitas vezes, abandona a escola...

Sim, há dificuldades. Muitas vêm do Norte ou do Nordeste, achando que aqui em São Paulo vão conseguir vivenciar sua identidade de gênero. Muitas vezes, não conseguem, são cooptadas por cafetões, por cafetinas. Acabam fazendo intervenções sem controle de silicone (bombadeiras) e acabam tendo problemas de saúde com isso. Seríssimos. A gente não está conseguindo ainda fazer as políticas públicas que elas realmente estão precisando e merecendo. Isso, de uma forma geral, está avançando, mas não na velocidade necessária.

Existe solução para melhorar essa situação?

Olha, primeiro, a sociedade tem que passar a ver sem discriminação, sem preconceito, o que é ser uma travesti, uma transexual. Acho que tudo passa pela educação. Se você começa nas escolas desde cedo a fazer com que as crianças e adolescentes entendam que as diferenças existem e devem ser respeitadas... Essa heteronormatividade não é única. Existem outras formas de viver. E reputo que a educação é primordial.

Conhece algum projeto implantado e bem sucedido de educação sobre diversidade?

Não, não tem. Por isso, lamentamos muito que o governo federal tenha suspenso o kit anti-homofobia... era o começo de um trabalho, que seria importantíssimo. Temos uma dificuldade adicional das igrejas, principalmente, as evangélicas, avançando muito na educação. Então, isso acaba dificultando muito. Já tive casos de denúncias aqui de professores que queriam trabalhar com a questão de tolerância, de diversidade, que não conseguiram por resistência de outros que são religiosos, evangélicos. É um processo lento o trabalho com a educação. Mas na universidade é pior ainda. Você tem muitos casos de discriminação de alunos universitários que discriminam, que são preconceituosos, que se acham no direito de bater num gay porque é gay, ou de querer estuprar uma lésbica por ser lésbica... Você ainda tem vários casos de discriminação na universidade. Isso é assustador. Porque nem no ambiente universitário você tem uma política de respeito às diferenças.

Apenas para esclarecer. Lendo textos estrangeiros, vemos estudos estatísticos sobre sofrimento psíquico do jovem, incidência de suicídios entre minorias, índice de evasão escolar, nível de melhoria da saúde após o reconhecimento de direitos (como casamento)... No Brasil, não temos estudos assim?

No Brasil, estamos tentando formar uma rede, para que tenhamos essas estatísticas. E essas estatísticas são fundamentais para as políticas públicas. A Secretaria de Direitos Humanos criou o disque 100, fez um relatório dos casos de 2011 e publicou em 2012. Fez de 2012 e publicou em 2013. Mas de 2013, ainda não publicou. Analisando os números absolutos, você vai ver que o Estado de São Paulo tem um número maior de denúncias, até pela organização dos movimentos LGBT. Mas, em relação ao número de habitantes, você vê que São Paulo, por incrível que pareça, não tem um alto índice de violência, índice absurdo de violência. É claro que os casos aqui têm uma repercussão muito maior que em outro Estado.

Mas o que existe é isso, não? Estatística sobre crimes, mas não sobre saúde, educação, questões psicológicas...

Não existe. É uma rede mesmo precária. O grande desafio é criar uma rede forte nas várias áreas: social, de educação, de segurança e de saúde... o diagnóstico efetivo do que nós temos. Mas temos um outro problema também: o censo permitiu que as pessoas declarassem a sexualidade, mas as pessoas não se declaram. Vou dar um exemplo: aqui em São Paulo, a gente tem o cadastramento dos funcionários. Nós nos assustamos com o número pequeno de pessoas que se declaram homossexuais. Então, às vezes, a pessoa se diz heterossexual, mas, mais à frente, ele declara que tem uma união homoafetiva. Então, existe uma busca por direito, mas, ao mesmo tempo, um temor de “sair do armário”, de sofrer um preconceito. Isso é um desafio também. No censo, é a mesma coisa. A gente sabe que os dados não são precisos. Mas, pelo último censo, nós temos 10% da população de gays, lésbicas, que se declaram... Mas, eu vejo até nas minhas relações pessoas, lésbicas que se declaram bissexuais com medo de preconceito.

Qual sua perspectiva para o futuro?

Bem pessimista. Porque hoje temos um movimento LGBT que está fragmentado, disperso. Então, você fala em LGBT, mas se vê cada vez mais o gay puxando para si, a lésbica, também. Travestis e transexuais puxando suas especificidades. Então, não é um movimento coeso, não consegue se reunir efetivamente para reivindicar suas pautas. Isso dificulta. As demandas acabam não chegando, não se concretizando. E, a cada conferência, esperamos as mesmas diretrizes. A gente vai continuar discutindo as mesmas coisas, as mesmas reivindicações, sem sair do lugar de novo. E nosso Legislativo, infelizmente, não enxerga essa população como uma população que merece ter leis protetivas. Estamos diante de um Legislativo muito conservador, em todos os níveis: municipal, estadual e federal. Tanto que precisaríamos propor algumas mudanças na Lei nº10.948 (como a flexibilização das multas, no caso de pessoa física), mas temos receio de enviar um projeto nesse sentido.

Conseguiria medir os efeitos de pertencer a uma minoria?

Sempre faço um comparativo entre o racismo e a homofobia. No racismo, uma pessoa que sofre de racismo, para a família, é como se cada membro daquela família sofresse a discriminação. Quando é homofobia, muitas vezes, a discriminação começa na própria família, na própria casa. Então, isso causa um trauma psicológico. Você encontra transexuais que estão sempre na defensiva. Elas são mais desconfiadas, elas não acreditam no que dizemos. Muito difícil conversar com ela, porque elas saem para rua e não sabem se vão voltar para casa, porque podem ser mortas em qualquer esquina. Me chamou atenção quando fui almoçar com uma travesti de um movimento social, que é muito esclarecida, cantora, faz apresentações... A gente foi a um restaurante aqui na XV de novembro, e, aí, almoçando com ela tranquilamente, ela comenta comigo: “você viu como as pessoas me observam?” E eu nem tinha percebido... Não adianta falarmos de travestis e transexuais, só elas podem falar, só elas vivenciam o preconceito, a dor e a delícia de ser travesti e transexual neste país.

APÊNDICE B

Entrevista com **Luis Pereira Justo**, médico psiquiatra do Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS (CRT), da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo. Realizada em 12/12/2014.

É possível definir sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero de forma simples?

Orientação sexual é para onde se volta o teu desejo, qual o objeto está investido sexualmente por você, e se torna viabilizador para a obtenção de seu prazer sexual. É o objeto do teu desejo. Não importa aí a tua identidade de gênero: se se sente homem, mulher, ou nenhuma das duas coisas, ou as duas. O que importa é que tenho atração por mulher, ou por homem, pelos dois, por nenhum, ou por um objeto que não seja nem homem nem mulher. Isso é orientação: diz respeito ao teu objeto de desejo. Pode até não ser um ser humano, digamos. Às vezes, a gente pode pensar também que o modo de ter relação com objeto, também, teria a ver com orientação sexual.

A identidade de gênero diz respeito ao que você sente que é enquanto gênero: masculino, feminino, os dois, ou nenhum dos dois. Existe uma gama ampla de possibilidades identificatórias entre os dois sexos. Então, para a gente não se manter nessa coisa binária – me sinto homem ou me sinto mulher – existem, sabemos, condições intermediárias. Às vezes, (onde) há uma certa mistura de sentimentos, sou em parte homem, em parte mulher. Às vezes, homem, às vezes, mulher. Então, existem muitas possibilidades (se é alguma coisa que realmente não defino, eu não defino). É possível que uma pessoa não consiga ou não queira definir um gênero para si mesma (“gênero para mim, não sei nada quanto a isso...”). Tudo isso é possível... É mais incomum que alguém não se sinta não homem, não mulher, ou algo (uma coisa) intermediária(o)... Isso é menos frequente na população. O mais frequente é que me sinta homem ou mulher, independentemente do meu sexo anatômico.

A sexualidade é um termo mais abrangente, que diz respeito aos vários fenômenos ligados a sexo, manifestações comportamentais, questões anatômicas e outras características biológicas, e eventualmente é usado como definidor do gênero. Todavia, o mais frequente é o emprego como algo que se refere aos fenômenos gerais ligados a características, comportamentos e eventos associados à atividade sexual (que aí podem ser mais biológicos, psicológicos) não existe uma definição mais rigorosa e universal ou inequívoca...

Essas definições que o senhor apresentou são ligadas a qual ciência? Psicologia? Psiquiatria? Psicanálise?... o quê?

Eu estou usando a psiquiatria, mas existem várias correntes de pensamentos, ligados a diferentes profissões, que utilizam essas definições. Essas definições são de pessoas que se preocuparam em estudar as identidades de gênero e também o comportamento sexual. Essa distinção entre orientação sexual e identidade de gênero, até onde eu sei, surgiu dessa necessidade de estudar as variações de identidade de gênero e sua relativa independência do comportamento sexual ou da atividade sexual.

Lendo algo da Judith Butler, vê-se a afirmação de que o gênero tem caráter normativo, que foi imposto, numa relação de dominação, de poder... que não existiria gênero...

Eu não concordo muito com ela. Eu acho a Judith Butler muito interessante em muitos aspectos, mas eu acho que a visão dela é de filósofa, no máximo de uma filósofa voltada para o pensamento antropológico ou sociológico, mais antropológico. Eu acho que dar

um nome, definir coisas é um fenômeno da cultura; os seres humanos.... em grande parte do que somos, somos produto da cultura a qual pertencemos. Nós, independentemente da razão – questões psicológicas ou culturais – temos a necessidade de formar uma identidade, para afirmarmos o que somos dentro de um grupo. E, nessa necessidade de diferenciação e de construção de uma identidade, está incluída a definição de gênero. Mesmo que a gente não se preocupe filosoficamente com essa questão. Eu acho que, de maneira mais geral, a gente tende a se definir como homem ou como mulher em algum momento da vida. Pode acontecer também de nos definirmos como alguém com características dos dois gêneros ou mesmo de nenhum. Há muitas definições identificatórias possíveis. Em geral, esse momento não ocorre muito cedo, na infância. Pode até ocorrer, mas é a partir da adolescência que a gente passa a ter mais claramente esse tipo de preocupação. Não vejo a definição de gênero como uma imposição social que possa ser dispensada para que se alcance uma maior liberdade identificatória. Também não creio que seja decorrência pura e simples da imposição normativa proveniente do tecido social que nos circunda, embora isto faça parte do conjunto. Possivelmente a situação é mais complexa, e há que se considerar que determinantes biológicos também façam parte dos processos que criam a identidade de gênero (embora isto ainda não possa ser afirmado de modo mais categórico, pela necessidade de mais evidências científicas).

Num aspecto histórico, é recente a preocupação de se definir gênero e papel sexual? Há textos que dizem que não havia tal preocupação na Antiguidade...

Acho que sempre existiu essa preocupação. Desde o início da História há relatos de definição de papéis para homens e mulheres. Portanto, parece que as definições de gênero são bastante antigas. Adicionalmente, as variantes do comportamento, tanto relativo à orientação sexual quanto identidade de gênero sempre existiram. E, talvez, não se tenham usado esses nomes (ou dado nomes específicos a isso em tempos mais antigos, não sei...) nesse momento. Mas eu discordo que não houvesse uma preocupação com o que acontecia com os seres humanos em relação aquilo que era variante da normalidade. Aí, entendida normalidade em relação ao que é mais comum, usada quanto à frequência na população em geral. Então, as pessoas identificam o diferente e nomeavam o diferente. Se pensar na filosofia de Platão, já tinha a questão, talvez, mais da sexualidade, do porquê que os sexos se atraem e se repelem, a necessidade de complementação... Ele construiu uma teoria, pela qual o ser humano tinham que buscar sua outra metade, de forma a alcançar uma completude. Essa metade, então, tanto faz que fosse outro homem ou outra mulher. Então, a teoria da homossexualidade, por exemplo, estaria contida até na teoria de Platão. Na cultura grega, a homossexualidade também era admitida, havia discriminação porque não era em qualquer circunstância que poderia ocorrer. Por exemplo, entre homens... porque isso é mais descrito na questão da homossexualidade entre homens, melhor descrito entre homens (exceção, o exemplo de Safo, com menção a amor entre mulheres), talvez, porque fossem sociedades dominadas por homens, o que poderia ser uma sinalização de discriminação por gênero. Aqui talvez caiba dizer que as sociedades criaram sistemas de normas que variaram ao longo da História, sobre o que seria bom e mau no comportamento sexual e de gênero, ou o que seria adequado, ou o que teria maior valor, etc. Todavia, não me parece que isso em si criasse distinções de gêneros ou modos de relacionamento sexual, e sim que a normatização se dava sobre o que era verificado no comportamento humano, de algum modo. Mas, por exemplo, falando da homossexualidade na Grécia antiga: o homem mais velho se relacionar com o homem mais novo era perfeitamente admissível, especialmente, antes que ele fosse púbere, era visto como uma forma de

transmissão de conhecimento, de coragem... Mas não era admitido que dois homens adultos fossem amantes. Isso já era visto como preconceito. Então, até existem relatos de homens adultos que continuavam apaixonados, mesmo tendo iniciado a relação desse modo (adolescente com o homem adulto), o adolescente raspava seus pelos para que não houvesse sinal de puberdade e, assim, podia continuar se relacionando por mais tempo com seu amante. Eventualmente, homens adultos tinham uma relação amorosa, mas isso era visto de forma crítica. Não era visto do mesmo modo que do adolescente com um homem adulto. Então, existia algum tipo de discriminação para isso também. Não era qualquer tipo de relação homossexual que era aceita. A dificuldade de aceitar a diferença é quase inerente ao ser humano.

E muda o enfoque do que é aceito, ou não...

Exato: isso vai mudando com a sociedade, com a cultura... Ainda vale enfatizar que a aceitação ou proibição (sociais) não parecem suficientes para criar ou destruir as variantes do comportamento sexual ou de identidades de gênero. Na questão de gênero, que você mencionou, por exemplo, eu conheço um livro “Memórias do Abade de Choisy Vestido de Mulher”, que, salvo engano, viveu no tempo de Luis XIV. Ele era uma pessoa da corte de Luis XIV e gostava de se travestir, de viver como alguém do gênero feminino em alguns momentos da vida. E, nesses momentos, ele, inclusive, gostava de se relacionar... Ele era heterossexual. Como homem, ele era um abade que gostava de meninas, inclusive. E, vestido de mulher, ele também tinha uma certa atração por meninas, mulheres muito jovens ou adolescentes, que ele as travestia de meninos e eventualmente tinha relações sexuais. Mas o importante para ele, o que o agradava era dar festas em que ele aparecia com roupas que ele considerava muito finas, muito bonitas, jóias... Ele passa um tempo descrevendo a beleza de uns brincos que usava, um vestido, feito de um determinado tecido... Então, ele tinha prazer em se apresentar como mulher e se comportar como mulher...

Eram características bem femininas, ainda que a sua orientação permanecesse heterossexual...

No sentido em que ele tinha como objeto sexual uma mulher quando se comportava como homem, e quando se comportava como mulher, travestia as mulheres, criando uma aparência de homens. Mantinha um jogo de dois sexos opostos.

Era heterossexual. Mesmo vestido de mulher, ele não se dizia, como se diz hoje, que fosse uma homossexual. Ele se dizia e aquilo era visto como uma relação heterossexual. Na verdade, ele até invertia os papéis: pegava uma menina e a vestia como menino, como adolescente. Mas a questão dele era de gênero: ele gostava de viver dentro de um outro gênero. Mais ou menos, como o Laerte (cartunista). É diferente disso, mas tem a ver com isso. Ele voltava para o papel dele masculino, ele transitava entre os dois. Mas já existe uma descrição dessa situação no momento, que não é vista como natural, que toda a sociedade admitisse. Tanto não era que ele, para fazer isso, mudava de cidade. Vivia em outro lugar e se apresentava como uma viúva, não mais um abade.

E, quando a homossexualidade e a bissexualidade passaram a ser tratadas como doença? Em que momento histórico isso aconteceu?

Não saberia precisar quando (estas condições foram designadas como doenças ou transtornos mentais) surgiu como doença, mas, talvez, a partir do século XVIII, quando começou a preocupação até com classificações... Isso, até antes: século XVII, já havia. Então, havia a tentativa de classificar os comportamentos humanos entre “normais” e aqueles que não eram “normais”. Possivelmente algumas sociedades já consideravam

estes comportamentos como não admissíveis, em termos de conduta. Nem sempre eram vistos como doença, mas, sim, como moralmente condenáveis. Eu acredito até que a homossexualidade passou a ser doença bem mais tardiamente, séculos XVIII, XIX, mas considerada um comportamento moralmente condenável muito antes.

Hoje em dia, nada mais é considerado como uma doença?

É considerado orientação sexual. Não é doença desde mais menos meados dos anos 1970, a partir da classificação da associação americana de psiquiatria, através de seu manual diagnóstico, que é a DSM³ – uma classificação importante, que influencia todas as outras do mundo – a homossexualidade foi retirada da categoria de transtorno mental por si mesma, ficando apenas a homossexualidade egodistônica, aquela que produzía sofrimento. Essa ainda era considerada um transtorno psiquiátrico. Depois da revisão do DSM-III, mesmo a egodistônica deixou de ser considerada um transtorno psiquiátrico. Transtorno de identidade de gênero, essa permanece. Até DSM-IV TR, que estava em vigor até o ano passado, o transtorno de identidade de gênero era considerado um transtorno psiquiátrico... Na mais recente classificação, DSM-V,⁴ a condição de sentimento de gênero incongruente⁵ com o gênero designado desde o nascimento só é transtorno mental se houver disforia em função dela, ou seja, no caso dessa condição produzir sofrimento e/ou incapacitação ao indivíduo. Caso isto não seja assim, não seria um transtorno mental. Isto toca na questão da despatologização da condição *versus* manutenção da condição transexual enquanto transtorno mental. É uma questão muito polêmica, que envolve diferentes pontos de vista de profissionais de saúde e de pessoas incluídas nesta condição; também questões relativas ao tratamento de patologias ou promoção de saúde, com propostas mais complexas e menos universais e positivamente definíveis.

Qual a diferença entre transtorno e doença?

Isso varia de autor para autor, mas, de um modo geral, a doença segue um modelo médico, onde você tem um agente causador, agente etiológico, a fisiopatologia daquilo que está ocorrendo como alteração do funcionamento “normal”, que faz o indivíduo sofrer, ter prejuízo em seu (funcionamento), bem-estar e no exercício de suas capacidades. Então, se conhece a etiologia, a fisiopatologia, a evolução, os desfechos, tudo isso é claro, ou pelo menos muito provável, com menos “gaps” de falta de conhecimento e de contextualização na vida das pessoas. Mas, basicamente, sabe-se qual o agente causador da alteração daquela condição de sofrimento e prejuízo funcional. Transtorno foi um termo criado, justamente, para suprir um tipo de dificuldade que a gente encontra em saúde mental. Muitas vezes, a gente identifica os sintomas, descreve os sintomas, pode ver o que realmente representa como variação do padrão normal, ou que é disfuncional, consegue descrever o quadro, mas não a causa. Quase nunca. Não com segurança. O transtorno necessariamente causa sofrimento. Mas não se tem conhecimento exatamente sobre a sua causa, a etiologia. Esse termo ‘transtorno’, então, não coincide, exatamente, com doença. Do mesmo modo, no caso

³ “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” (DSM).

⁴ Disponível em: <http://www.dsm5.org/Pages/Default.aspx>. Acesso em: 23 abr.2015.

⁵ “Gender dysphoria is a unique condition in that it is a diagnosis made by mental health care providers, although a large proportion of the treatment is endocrinological and surgical (at least for some adolescents and most adults).” (Disponível em: <http://www.dsm5.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=FArN0rNzS5FWa0V1VzqFYfiPeH1jNZ324Zoz5xeCys>. Acesso em: 23 abr.2015.)

dos transtornos mentais, dificilmente conhece-se precisamente a fisiopatologia da condição de alteração em relação ao “normal”.

Doença é tratada...

Transtorno também.

Mas para qual fim?

Para reverter, evitar sofrimento, prejuízo do funcionamento. Mas, no caso do transtorno, não se trata a partir da causa. A doença, em geral, você trata a partir da causa, e quando não da causa, através do conhecimento sobre o que está alterado no funcionamento do organismo, na fisiopatologia.

Mas, se o transtorno é tratado, isso é uma reversão da identidade de gênero?

Não de reverter, de mudar a identidade. Mas de melhorar as condições de vida da pessoa. Quando se trata a identidade de gênero, não é para voltar ao padrão da sociedade, padrão biológico, é até o contrário. É até para adequar o corpo, as características biológicas, àquilo que psicologicamente ela sente que é.

Em que momento o transexual é considerado curado do transtorno? Ou sempre é tido como portador de um transtorno?

Essa é uma questão em aberto. Existe uma discussão sobre isso. Saber se quem tem o transtorno de identidade de gênero se “cura” a partir dos processos transformadores, deixando de sofrer completamente, de ter limitações em seu funcionamento global, ou não. Ou se aquela pessoa vai arrastar pela vida um certo prejuízo, que implica um sofrimento psíquico, uma perda ou diminuição de suas capacidades, em função de já ter passado por tanto sofrimento, até poder se adaptar a sua condição, ou alcançar os processos transformadores. Porque é muito difícil para quem tem um transtorno de identidade de gênero manejar isso; o sofrimento não é imposto pela sociedade exclusivamente. Isso existe, mas não é exclusivo. A pessoa começa a sofrer quando percebe uma distinção entre os gêneros/sexos, e se dá conta que ela se sente como alguém que nasceu num corpo com características do sexo oposto ao de seu corpo e se sente como alguém que tem um gênero correspondente ao sexo oposto ao seu. O sofrimento, em geral, (começa) também é notável quando a pessoa percebe que se sente de um modo e a sociedade espera ou cobra que ela se manifeste de um modo diferente: “eu gosto de brincadeiras de menino, mas meus pais esperam que eu use roupas de menina e me comporte como uma menina.” Isso me faz sofrer. Mas ele é muito maior, mesmo que ela não revele isso, mesmo que se adeque às demandas dos pais, na adolescência. Por exemplo, para uma pessoa que nasceu mulher se sinta homem, na adolescência, surgem as mamas, que vividas como se fossem (e elas chamam) invasores, a menstruação... Então, tudo isso é vivido com extremo sofrimento, porque é a negação daquilo que a pessoa sente que é. Nessa altura, ela já sabe que menino que sente o que ela sente não menstrua, não tem mamas, tem características sexuais diferentes das dela... Na adolescência, ela sofre com o próprio corpo, independentemente da sociedade. Ela não consegue aceitar o corpo como o dela.

Mas, num caso concreto, se a pessoa fizer um tratamento de hormonização, e, se for o caso, uma cirurgia de adequação sexual, não é possível que deixe de sentir sofrimento e, portanto, possa ser considerada curada?

Sim, é possível. Tanto que atualmente a nossa mais recente DSM, que é a DSM-V, mudou isso (trouxe algumas modificações que tocam nesse aspecto). Então, mudou o

modo de considerar o que seria transtorno psiquiátrico quanto às questões relativas à identidade de gênero. Hoje, é só aquilo que causa sofrimento psíquico e incapacitação funcional, e não seria considerado transtorno psiquiátrico no caso de não produzir sofrimento e/ou incapacitação. Hoje, o indivíduo pode ser transgênero ou transexual e não ser portador de um transtorno psiquiátrico. Embora a minha experiência com pessoas transexuais que demandam processos transformadores e modificações do corpo mostre que parece existir sempre um sofrimento e um prejuízo do funcionamento muito significativo. As pessoas não passam por isso tão facilmente assim. Não sei como será quando for realmente permitido, franqueado às pessoas começarem essas transformações na adolescência, o que, ainda, é proibido. O indivíduo precisa ser maior de idade. Hoje essa política já é adotada em alguns países. Aqui no Brasil já existe essa demanda (de começar o tratamento antes da maioridade).

Mas é aconselhável começar o tratamento na adolescência?

Embora muito polêmico, há vantagens, riscos e desvantagens. Quais seriam as grandes vantagens? Não desenvolver as características sexuais secundárias que marcam muito a identidade, vista pelo outro e até por si mesmo, como o gênero que não sente seu. As desvantagens poderiam ser relativas a receber um tratamento tão modificador num momento em que a identidade ainda não está bem constituída. Poderia haver um “engano” quanto ao que a pessoa sente ser. Naturalmente este tipo de intervenção não é tão complicado e definitivo quanto uma cirurgia de transexualização.

Mas, qual seria a medida? Como concluir se um determinado adolescente poderia receber um tratamento de hormonização?

Quando é hormonização, o prejuízo não é tão grande. Se você pensar numa cirurgia nessa altura, aí, pode ser muito complicado. Então, o que se pede hoje é que seja possível fazer o tratamento hormonal nessa fase da vida. Isso é o que se demanda hoje por parte dos grupos que trabalham com adolescentes transexuais. É sempre necessário uma avaliação multidisciplinar cuidadosa, envolvendo médico psiquiatra, psicólogo e endocrinologista.

E a medida para decidir-se pelo tratamento seria um eventual sofrimento atual do adolescente?

O sofrimento atual e toda a história de vida do adolescente. Normalmente, as pessoas transexuais sempre se sentiram diferentes dos outros e muito bem identificadas com o gênero oposto ao gênero correspondente ao sexo anatômico delas.

Eu conversei com uma menina, nascida em corpo masculino, com 19 anos, e, desde seus 14 ou 15 anos, toma hormônio feminino, comprado ilegalmente...

Comprado por conta própria. É o que a maioria faz.

Então, na verdade, a portaria revogada do Ministério da Saúde não surte qualquer efeito, vez que não impede o acesso de menores de idade a hormônios.

Exatamente. Acho que o acesso permitido e possível reduziria os danos às pessoas que tomam hormônios.

Que danos são estes?

O hormônio, tomado de maneira não controlada, provoca prejuízos ao aparelho circulatório, por exemplo. Vai oferecer risco de trombose para essas pessoas. Lógico que se pensar em termos de frequência, talvez, não seja tanto assim. Mas existem casos

de danos, causados por uso de hormônios de forma errada. Essas pessoas tomam, em geral, quantidades muito maiores do que seria necessário para que obtivessem essas transformações desejadas.

Qual a diferença entre transexual e travesti?

Essa é outra questão polêmica. Há pessoas que afirmam não ter diferença. Eu, pessoalmente, acredito que exista diferença, sim. E digo isso com base na minha experiência pessoal, além do vejo, e também, o que algumas pessoas que são travestis e transexuais afirmam também...

A classificação entre travesti e transexual é apenas brasileira ou existe também em outros países?

Mais no Brasil. Em outros lugares, o que chamam de travesti é mais o uso temporário de roupas ou atividades típicas de gênero oposto ao próprio. É mais você se travestir, usar roupas de outro gênero, sem mudar seu corpo, sem utilização de hormônios. Aqui, sim.

Bem, mas qual a diferença importante que observo: o travesti não tem a questão do gênero tão definida ou tão estanque quanto o transexual. Normalmente, o transexual não tem indefinição quanto à identidade de gênero, e não há mudanças significativas em sua autopercepção de gênero, assim como em sua atitude. A pessoa que é transexual se considera ou homem ou mulher, independente do corpo dela, das características biológicas. E ela sofre, porque se considera uma mulher e tem pênis. E esse pênis, para a grande maioria (não é sempre assim), é algo indesejável, que não deveria estar ali, causa sofrimento, as pessoas muitas vezes não olham para o pênis. Não manipula, não usa para o prazer. Nada disso. É algo errado no corpo delas. Elas se sentem tendo nascido no corpo errado.

A pessoa que é travesti tem uma identidade mais híbrida de gênero. Bem a Rogéria, que fala “eu sou a Rogéria, mas, se precisar baixar o Altolfo, ele é bem-vindo”. Para uma transexual, o Astolfo nunca seria bem-vindo. A travesti, normalmente, pode transitar melhor entre os dois gêneros. Não que ela seja tão indefinida como pessoas que não têm nenhum gênero, “não sou homem nem mulher”. Elas falam “sou mulher, sim”, no caso de travestis mulheres, “mas gosto muito de ter um pau grande, gosto muito de gozar muito”. Ela gosta de ser mulher, mas também gosta de ter um pênis e se orgulha do prazer que proporciona, mesmo fazendo, se for o caso, um sexo ativo. Então, a travesti tem uma relação com o corpo que não é de sofrimento. Geralmente, não é. O sofrimento da travesti vem da sociedade, dos preconceitos e da exclusão social.

Acontece de a pessoa iniciar-se, classificando-se como travesti, até porque não conhece o conceito de transexual, transexualismo ou transexualidade. E depois, essas pessoas vão percebendo que são diferentes, em comparação com amigas, que gostam de usar o próprio corpo, exibir ereções, mas ela não gosta. Tem horror, tem vergonha, nem faz sexo. A travesti não tem vergonha do corpo. A travesti gosta de ter um peito grande, de ter essa exuberância, tanto na aparência quanto no comportamento. A travesti, normalmente, tem um comportamento muito mais ativo na afirmação do que ela é. A pessoa que é transexual é mais retraída, não é tão afirmativa até que se crie um espaço no qual ela tenha confiança para afirmar o que sente. Ela segue um percurso, até dizer com clareza o que ela é, que se sente mulher ou homem, que é transexual, quando já se apropriou deste conceito.

Então, não se espera que travesti queira alterar sua genitália. Transexual, ao contrário, sim, mas não é indispensável, certo?

A transexual pode até aceitar manter a genitália. Todavia, geralmente, o desejo é de se submeter aos processos transexualizadores. As mulheres transexuais, mais do que os homens transexuais, desejam as cirurgias de transgenitalização, ou mudança do sexo genital. Eu avalio algumas pessoas (trato outras, no caso de depressão, por exemplo). Enfim, as mulheres transexuais, tendo nascido com corpo biologicamente do sexo masculino, gostariam de ter nascido mulheres, gostariam de não ter pênis, gostariam de ter uma vagina ali, mas, algumas têm muito medo dos resultados da cirurgia, porque “conheço uma amiga que não deu certo”. Então, acabam por fazer um esforço muito grande de aceitar ter um pênis, mesmo não o “usando”, fazendo de conta que é um defeito no corpo, mas preferem não fazer a cirurgia. Existem casos, inclusive, que as pessoas usam este pênis de um modo muito diferente de um homem, por exemplo, de uma mulher travesti. Por exemplo, eu conheço algumas mulheres transexuais que, inclusive, se consideram lésbicas, são mulheres transexuais homossexuais, que sentem atração sexual só por mulheres. E elas usam seu pênis como se fosse um instrumento: como uma mulher lésbica põe para penetrar sua companheira. Então, a fantasia delas é que são tão mulheres quanto a companheira... A fantasia, não... O sentimento é esse. E o corpo delas difere um pouco do da companheira, tem “aquilo ali” que “é quase um brinquedo”. Elas falam que satisfaz a companheira. Então, a relação com o pênis é muito diferente. A travesti, não, ela tem um “pau” do qual ela se orgulha, que ela “usa”, não tem o desejo de se desfazer dele. O pênis está integrado à sua identidade corporal.

Qual sua experiência? Por favor, explique um pouquinho seu cotidiano com transexuais.

Atualmente, eu avalio transexuais que desejam cirurgia ou outros processos transformadores. É um acompanhamento/avaliação para que o diagnóstico de transexualismo possa ser estabelecido com clareza, e que também possamos nos certificar de que os processos transformadores demandados não decorrem de um outro transtorno psiquiátrico, ou ainda, que a pessoa não tem nenhum problema ou patologia mental que a prejudique em suas capacidades autoidentificatórias. É um ambulatório que atende transgêneros, tanto travestis quanto transexuais. É recente. Foi criado no governo estadual Serra, em 2009 ou 2008. E foi implantado dentro do CRT (Centro de Referência no Treinamento e Tratamento da AIDS e doenças sexualmente transmissíveis), onde trabalho.

Por que lá no CRT?

Eu também não sei.

É que não precisaria ser no CRT, não?

As travestis, talvez. Pelo fato de muitas delas serem mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis, embora exista uma parte significativa delas que também não têm este risco maior que o da população geral. Mesmo assim, não necessariamente um ambulatório para atendê-las deveria estar dentro do CRT. Acho que existe um engano em relação às pessoas transexuais. A gente vê isso em estudos, dizendo que as transexuais têm uma prevalência maior de contaminação por HIV, maior que o restante da população. Mas transexuais não. As travestis sim, têm uma prevalência maior de HIV. Eu trabalhei num ambulatório de especialidades, destinado ao atendimento de pessoas vivendo com HIV/AIDS e lá havia um número grande de travestis, mas não de transexuais. As transexuais, possivelmente, têm prevalência de HIV/AIDS menor que a

população em geral. Até porque têm vida sexual mais restrita que o restante da população (para que isto seja afirmado são necessários estudos científicos de boa qualidade). Então, acho que existe um erro. Daí, uma das razões pelas quais eu defendo a diferenciação entre travestis e transexuais. Para que a gente possa entender melhor essas populações e atender melhor às demandas delas.

A razão seria que a travesti, por não ter vergonha do próprio corpo, faz mais sexo?

Isso. Não sei se se resume só a isso. Mas seguramente o fato de ter um corpo com o qual não tenho muitos problemas faz com que eu possa usá-lo para o prazer com muito mais facilidade. Sem dúvida, isso conta.

Da população transexual e travesti que você atende, conseguiria dizer qual o percentual que tem uma profissão?

Esse é um problema para todas as pessoas transgênero. Homens transexuais, mulheres transexuais e travestis. A sociedade tem bastante preconceito. Às vezes, se alega que é por essa razão que as travestis tão frequentemente são profissionais do sexo. Eu já ouvi de muita travesti dizendo que isso é bobagem. Que é profissional do sexo porque gosta. E tem que fingir que não gosta, porque senão as pessoas as vêem mal. Eu acho que existe um preconceito muito grande, inclusive, em relação aos profissionais do sexo. A sociedade é muito preconceituosa.

Mas é preconceituosa em relação aos transexuais?

Inclusive transexuais, que sofrem muito preconceito e hostilização. A sociedade normalmente confunde. Estou fazendo uma pesquisa atualmente, um levantamento, na verdade, dentro dessa população a qual atendo. Até hoje no ambulatório foram aproximadamente 600 pessoas, desde 2009, principalmente transexuais candidatas à cirurgia transgenitalizadora. E a frequência dessas pessoas profissionais do sexo é muito pequena. Homens transexuais nunca ou quase nunca. Às vezes, você encontra. Lembro-me de um caso, que é um homem transexual, que nasceu mulher, e é um gay profissional do sexo, mas isto me parece muito raro. Ele utiliza a vagina nas suas relações sexuais, mas como garoto, como homem, mas isto é outra raridade entre homens transexuais, pois eles não gostam de “utilizar” a vagina, embora não tenham problemas em relação ao clitóris. As mulheres transexuais que muito mais frequentemente são vistas como profissionais do sexo, não o são. Acho que isso é um erro de percepção. Na minha experiência com essa população a qual atendo, ser profissional do sexo é algo muito raro. Existem, mas são raras as transexuais profissionais do sexo. Com as travestis acontece mais.

Então, talvez, especificamente, nesta faixa da população, a prostituição seja realmente uma falta de opção, de uma outra oportunidade...

Talvez, sim. Mas pode ser que não. Acho que pode ser por gostar. Algumas pessoas afirmam isso com clareza, tanto pessoas transgênero quanto não transgênero.

O motivo da minha pergunta é o seguinte: considerando o sofrimento com agressões morais ou físicas em escola, evasão escolar e a dificuldade de se apresentar no mercado de trabalho, até de poder identificar-se conforme suas características físicas, tudo isso explicaria a dificuldade de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Então, seria uma explicação genérica do motivo de procurar a prostituição, não?

É uma explicação genérica. Acho que isso vale. Mas o que vejo é o seguinte: elas procuram trabalhos aquém de sua capacidade. Vêm-se obrigadas a aceitar trabalhos

dos quais não gostam, nos quais subutilizam suas capacidades devido ao fato de serem pessoas transgênero. Então, elas se tornam, por exemplo... cabelereira, maquiadora. Trabalham com estética, mas falam: “eu gosto disso, mas adoraria ser enfermeira, eu adoraria ser médica, eu adoraria ser...”. Mas elas não conseguem chegar até aí. Eu tenho algumas que são engenheiras importantes, médicas, professoras universitárias. Mas não é a maioria. A maioria realmente é prejudicada neste percurso. Então, vemos profissões ligadas à estética, como cabelereira ou então empregada doméstica. Você vê às vezes empregadas domésticas, muito inteligentes, com uma formação cultural e escolar inclusive, muito além do necessário. Poderia ter um outro tipo de emprego e ganhar mais, mas não consegue. Por exemplo, uma mulher transexual: tem nome de homem e se apresenta como mulher. Ela já é ‘barrada’ na entrevista. Mas, ainda sim, quando é empregada ou se transforma durante o trabalho ou no trabalho daí é aceita. Por exemplo, ela pode ser forçada a usar o banheiro masculino e elas não aceitam isso, o que se torna uma fonte de conflito. Elas acabam, muitas vezes, desistindo do trabalho. E muitas vezes os chefes falam: “olha se é homem, aqui, você vem de homem. Na sua casa, faz o que quiser, na rua. Mas aqui você vem vestido de homem.” Ela tem que sair do trabalho.

Do grupo, mesmo pequeno, que teve sucesso em outras profissões, saberia dizer se teve o diferencial de apoio da família?

Eu acredito que sim. É uma crença só, porque não conheço dados estatísticos que demonstrem isso: aqueles que tiveram o apoio da família tiveram acesso à educação e ao próprio mercado de trabalho.

Pergunto isso porque, diferente dos negros, por exemplo, as minorias sexuais podem sofrer discriminação na própria família. O negro, ao contrário, sempre terá o apoio na própria casa. Mas o transexual, por exemplo, não. Poderá sofrer preconceito e discriminação. É um agravante, não?

É um agravante importante. E acho que os programas governamentais que ajudam os negros – porque os negros sofreram e ainda sofrem discriminação e ficam alijados de certas condições necessárias ao desenvolvimento da pessoa – são importantes. Mas isso também deveria ser feito para a pessoa transgênero, pois ela tem muito mais dificuldade de acesso ao trabalho.

Só os transexuais?

Travestis também.

Homossexual não?

Homossexual, eu acho que hoje não. Lógico que um homossexual que explicita a sua orientação sexual pode ser vítima de preconceito, sim. Preconceito nunca acabará: é a burrice humana que sempre persistirá. Então, o homossexual pode, sim, ser vítima de preconceito e ser alijado nesse processo de formação, mas acho que é menos frequente e menos importante. Hoje, os homossexuais são muito mais aceitos pela sociedade em geral, homens e mulheres homossexuais. Talvez a grande maioria dos homossexuais não tenha a necessidade de tornar pública sua vida sexual. Algumas pessoas, sim, por conta do comportamento mais afeminado, no caso dos homens homossexuais, ou masculinizado, no caso das mulheres. E as pessoas já concluem que são homossexuais. Mas talvez a maioria não seja assim. Então, sofre menos.

Mas não existe um sofrimento psíquico apenas por ser um pouco fora da curva dita “normal”, pelo fato de representar uma exceção à dita “normalidade”?

Acho que é possível, sim. Antigamente muito mais. Hoje, também, quando a família tem uma formação moral mais rígida e preconceituosa. Porque formação moral, todos temos. Pode haver a família que tenha uma formação mais estereotipada, que ache melhor o menino ser machão e a menina, muito feminina. Talvez as pessoas homossexuais sofram porque se confunde muito orientação sexual com masculinidade ou com feminilidade. Mas não necessariamente são coisas atreladas: encontramos homens homossexuais mais femininos ou afeminados e mulheres homossexuais mais masculinas ou masculinizadas. Mas elas são, essencialmente homens, essencialmente mulheres. E especialmente há sofrimento quando a família ou a sociedade atribui um valor menor a pessoas homossexuais, ou as consideram como portadores de uma “fraqueza” de caráter, etc., o que ainda acontece.

Parece-me que, se a identidade de gênero causará efeitos durante toda a vida do transexual, a orientação, ainda que de outra forma e intensidade, poderá trazer reflexos na vida de um homossexual, não?

Pode, sim. Pode haver um sofrimento.

Minha pergunta foi feita em função de uma pesquisa que menciona o fato de que, após a legalização do casamento ou união estável homoafetiva (não tenho certeza), os casados homossexuais tiveram uma melhora até na saúde...

Acho muito plausível. Muito esperado que seja assim. É importante que a sociedade tenha espaço para essas diferenças todas, para que as pessoas sejam como são. Que possam se manifestar livremente como são, desde que respeitando o outro. Então, acho que isso favorece uma melhora até na saúde. Acho que mudou muito para as pessoas homossexuais desde que a homossexualidade deixou de ser vista como um transtorno mental. Eu acho que isso foi muito importante, para diminuir o preconceito, para que as pessoas passassem a ser vistas como outras pessoas.

Às vezes, falam: “para transgênero não é mesma coisa?” É muito bom que a gente não tenha diagnóstico de doença, nem só para doença mental, o que é muito estigmatizante, mas outras coisas também. Mas a questão do transtorno de identidade de gênero – que hoje nem é mais chamado assim exatamente – traz, realmente, necessidades de modificações do corpo, que são muito importantes, exigindo tratamentos que a homossexualidade não exige. No caso da homossexualidade, você não precisa mudar nada no que você é, você precisa simplesmente ser aceito. A questão com a pessoa transgênero é diferente: ela não precisa só ser aceita, ela precisa ter tratamentos complexos e, às vezes, arriscados, para poder se sentir melhor. Ser aceita é uma das partes...

É que, mesmo não mudando a genitália, vai ser necessário algum tratamento...

Hormonal, no mínimo. Porque, se fosse o caso de simplesmente usar roupas e se comportar como pessoa do gênero oposto, é o “crossdresser”, ligado à identidade de gênero também. É uma daquelas formas intermediárias, na qual a pessoa não se sente predominantemente de um determinado gênero. Ou, às vezes, é importante para ela experimentar o lugar do outro gênero. Às vezes, porque, normalmente, na maior parte do tempo, está vestido conforme seu gênero. E, eventualmente, ele tem o prazer de vestir-se conforme o gênero oposto.

É o caso do Laerte (o cartunista)?

Então, o Laerte é transgênero, não é transexual, ao que me parece. Pelo menos, não acho que seja um transexual. O Laerte parece que vive hoje predominantemente como uma mulher, mas transita entre os gêneros. Não o vejo como uma pessoa que abomine a identidade de homem, ou sofra por isso. Por exemplo, continua sendo chamado de Laerte. Ele até pode ter uma nome feminino, eventualmente, mas ele não se importa em nada com seu nome masculino. Isso não é uma característica de uma pessoa transexual. A pessoa transexual quer ser reconhecida, inclusive, através do nome, por outras pessoas conforme se sente. E neste caso, costuma ser bem definido o sentimento de ser homem ou mulher, bem delimitadamente; não há um trânsito entre os gêneros. Então, é bastante diferente do Laerte. O Laerte é bastante corajoso, porque afirma essa questão da não rigidez quanto ao gênero. Ele se sente mulher em determinados contextos. Pode ser que isso progrida na vida dele, que venha a ser predominantemente mulher, e que até sofra porque alguém o chame de homem ou o identifique como homem. Pode ser que aconteça isso... Não é o caso ainda, até onde sei.

Com base na sua experiência, quais são as reclamações mais comuns, principalmente, do transexual?

O nome é uma das coisas mais importantes. “Poder mudar meu nome e adequar a minha aparência.” Porque eles são recusados nos empregos por essa razão. Sofrem humilhação, quando chegam num banco, por exemplo. Conheço o caso, por exemplo, de um homem trans que foi preso, pego numa *blitz* com aparência totalmente masculina, mas com identidade com nome de mulher. Acharam que fosse uma falsificação. Foi levado a uma delegacia, sofreu humilhações por conta disso, até que viram que se tratava de um transexual. E as pessoas não sabem o que é. Então, é necessário informar. Então, o nome é muito importante.

E as características secundárias, também, muito importantes. Então, a voz, por exemplo. O fato de a mulher transexual não ter peito, ter barba, ter pênis. A presença do pênis, normalmente, é muito desconfortável. Para o homem trans, a voz (final). Para eles, felizmente, os hormônios ajudam muito.

Agora, em relação à sociedade, quais são os momentos em que se sentem diminuídos?

Em relação ao nome. Poder usar o banheiro do gênero com o qual se identificam. O tratamento social, ou seja, serem tratados como homens ou mulheres, conforme eles se sintam. Isso é o principal.

Na verdade, como as modificações físicas são em geral bem-sucedidas, muitas pessoas não chegam nem a perceber que se trata de transexual. Aí que o documento é ainda mais importante. Porque, ao apresentar o documento, o problema acontece. Também, no trabalho, “se eu tenho um documento que me diga homem, vão querer que use o banheiro de homem. E eu não consigo. Não quero.” Então, a questão do nome é fundamental.

De todo esse grupo LGBTI(Q), o grupo mais suscetível de sofrimento e que deve ter atenção é o “T”?

Eu acho que o “T”. Talvez, o “I”, esse ingênero, também, porque é uma pessoa que se apresenta de modo muito andrógino, e pode despertar preconceitos nos outros. É algo que mais recentemente tem recebido a atenção de várias pessoas, da academia, digamos. Então, não existem ainda estudos que possam confirmar, ou não, as nossas primeiras impressões. Mas acho que a indefinição, talvez, incomode mais a sociedade do que a definição em um dos gêneros, por exemplo. Eu suponho isso, claro. Não saberia dizer se

é verdadeiro. Mas é necessário que seja estudado. Veja as agressões feitas a homossexuais na rua. Normalmente, são feitas a pessoas que têm algo de híbrido na sua apresentação de gênero. Homens afeminados, mulheres masculinizadas... Às vezes, não é por estarem namorando. O fato de estar ali um homem com jeito feminino, por exemplo, incomoda a um outro homem, muito provavelmente, inseguro quanto à sua orientação sexual ou identidade de gênero. Aí, eu lembro de alguns casos. Por exemplo, uma mulher transexual que já foi uma pessoa, um lutador que agredia homossexuais na rua. Hoje, é uma moça, uma mulher. E, hoje, ela vê que estava agredindo aquela mulher, estava lutando contra ela mesma.

E você vê isso, muitas vezes, por exemplo, quando se agride por ser homossexual. Existem muitos homens e mulheres também que têm uma atração muito grande pelo mesmo sexo, um desejo de ter uma relação sexual (homem com outro homem ou mulher com outra mulher). E repudiam isso na sua formação. O que é o caso de orientação, diferente do exemplo do lutador, que era um caso de identidade de gênero. Hoje, depois de um longo percurso, passou por um período de usar, às vezes, roupas femininas, até apresentar-se totalmente como uma mulher. Deixou de trabalhar como segurança, e, atualmente, faz cursos para uma profissão que considera feminina.

Considerando a fase de atendimento a transexuais, o tratamento de hormonização e cirúrgico são adequados, observando-se o tempo de avaliação e a demora para cirurgia?

A cirurgia demora demais. Mas por quê? Eu acho que se pensou, quando foi criado o atendimento, que o número de pessoas fosse muito menor do que realmente é. Existem poucos profissionais capacitados para fazer uma cirurgia como essa, que é complexa, envolve riscos e precisaria realmente que as pessoas fossem muito bem treinadas para fazer. Hoje, está sendo feita nos hospitais universitários. Existe um setor privado também, mas, ainda assim, se faz pouco. E, no setor privado, a cirurgia é muito cara no Brasil. Então, a maioria das pessoas não têm acesso e precisa recorrer ao serviço público. E, no serviço público, o número de cirurgias ainda é insuficiente para dar conta da demanda. Na Tailândia, por exemplo, é mais barato que no Brasil. Eu conheço pessoas que fizeram na Tailândia e pagaram quase metade do preço cobrado no Brasil. O problema é quando a cirurgia ocorre na Tailândia e, alguns meses depois, acontece alguma complicação. Não há como recorrer ao médico que fez a cirurgia para correções. Mas muitas pessoas vão para a Tailândia, porque é muito mais fácil fazer lá. Além disso, muitas vezes, não se exige que as pessoas tenham tido esse acompanhamento.

A cirurgia permite ou não o prazer sexual?

Essa é outra questão sem resposta muito definida. Em princípio, se perderia, pelo menos, muito da possibilidade de ter um orgasmo. Tanto para o homem quanto para a mulher. A mulher tem uma vagina, uma aparência muito semelhante à mulher biológica, mas a possibilidade de um orgasmo é questionável. Algumas mulheres transexuais dizem que chegam ao orgasmo através de uma relação sexual nessa neovagina. A maioria das que conheço afirmam que não, mas isso não importa ou importa pouco para elas, porque elas preferem o novo corpo. Porque elas já tinham orgasmo, não tinham relação sexual antes. Elas têm o prazer, sim, de ter uma relação onde elas estão, no lugar de mulher. Querem ser reconhecidas pelo parceiro como mulheres, não como travestis. Outra diferença, aliás: o travesti não se incomoda e sente prazer ao ter seus genitais manipulados. A transexual não: até interrompe a relação, caso tentem manipular seus genitais. Então, existe o prazer sexual, que, talvez, não seja o orgasmo de uma mulher biológica.

O homem transexual, dependendo da cirurgia a qual for submetido (construção de um pênis ou uma espécie de liberação do clitóris), pode ter mais ou menos prazer. Dependendo, também, se sua orientação for homossexual ou heterossexual. Sendo heterossexual desde que fazendo uso do clitóris (transformado numa espécie de pênis, ainda que pequeno), deverá ter prazer. E, sendo transexual homossexual, inclusive até aceita assumir a posição passiva numa relação sexual, desde que o parceiro o veja como outro homem. No caso de o homem transexual optar pela faloplastia, perderá a possibilidade do prazer genital, ou pelo menos não terá prazer genital do mesmo modo que um homem biológico o tem.