



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO DAS PESSOAS LGBTQIAP+



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



CADERNOS DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONCRETIZANDO DIREITOS HUMANOS

DIREITO DAS PESSOAS LGBTQIAP+



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



Coordenação Institucional do Projeto

Alexandre Reis Siqueira Freire
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Valter Shuenquener de Araújo

Coordenação Científica da Série Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Flávia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi
Patrícia Perrone de Campos Mello

Coordenação da obra

Sandro Gorski Silva

Elaboração de conteúdos

Cristiane Aparecida Stoeberl
Gabriel Bittencourt B. de Oliveira
João Daniel Vilas Boas Taques
João Gabriel Archegas
Juliana Bertholdi
Sandro Gorski Silva

Revisão de conteúdos

Bruna de Bem Esteves
Camila Curado Pietrobelli
Henriqueta Fernanda C. A. F. Lima
Isabel Penido de Campos Machado
Jean Francisco Corrêa Minuzzi
José dos Santos Carvalho Filho
Lívia Gil Guimarães
Luiz Victor do Espírito Santo Silva
Natália Dino Castro e Costa
Renata Chiarinelli Laurino
Thiago Gontijo Vieira

Produção editorial

David Duarte Amaral
Jean Francisco Corrêa Minuzzi
Jorge Luis Villlar Peres
Maria Beatriz Moura de Sá
Soraia de Almeida Miranda
Thiago Gontijo Vieira

Revisão de textos

Carmem Menezes

Revisão de provas editoriais

Juliana Silva Pereira de Souza
Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy
Rosa Cecilia Freire da Rocha

Capa e projeto gráfico

Camila Penha Soares
Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Camila Penha Soares
Eron Castro

Fotografia

Pressmaster/Envato Elements

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Direito das pessoas LGBTQIAP+ [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF : CNJ, 2022.
eBook (138 p.) – (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal : concretizando direitos humanos)

Composto de decisões do Plenário do STF julgadas no período compreendido entre 3/12/2008 e o ano de 2021.
Modo de acesso: <link para o documento>.

ISBN : 978-65-87125-56-5

1. Minorias sexuais, direitos, Brasil. 2. Direitos e garantias individuais, Brasil. 3. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir- 341.272

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luiz Fux

Corregedora Nacional de Justiça

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Conselheiros e Conselheiras

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Mauro Pereira Martins

Richard Pae Kim

Salise Monteiro Sanchotene

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Jane Ganzoto Torres da Silva

Sidney Pessoa Madruga

Mário Henrique Aguiar G. R. Nunes Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretaria-Geral

Valter Shuenquener de Araújo

Secretaria Especial de Programas

Marcus Livio Gomes

Diretoria-Geral

Johaness Eck

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Presidente

Ministro Luiz Fux

Vice-Presidente

Ministra Rosa Maria Pires Weber

Ministros e Ministras

Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Decano)

Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

Ministro José Antonio Dias Toffoli

Ministro Luís Roberto Barroso

Ministro Luiz Edson Fachin

Ministro Alexandre de Moraes

Ministro Kassio Nunes Marques

Ministro André Luiz de Almeida Mendonça

Secretaria-Geral da Presidência

Pedro Felipe de Oliveira Santos

Gabinete da Presidência

Patrícia Andrade Neves Pertence

Secretaria do Tribunal

Edmundo Veras dos Santos Filho

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6

Brasília/DF – CEP 70070-600

Endereço eletrônico: cnj.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Praça dos Três Poderes

Brasília/DF – CEP 70175-900

Endereço eletrônico: portal.stf.jus.br

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)

Conselheiro do CNJ e supervisor do DMF

Mauro Pereira Martins

Coordenador Institucional

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Diretora Executiva

Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa

Chefe de Gabinete

Renata Chiarinelli Laurino

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Coordenador Institucional da UMF e Diretor do DMF

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Chefe de Gabinete do DMF

Renata Chiarinelli Laurino

Diretora Executiva do DMF

Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa

Coordenadora Científica

Flávia Piovesan

Coordenadora Executiva

Isabel Penido de Campos Machado

Equipe

Luiz Victor do Espírito Santo Silva, Camila Curado Pietrobelli, Isabelle Cristine Rodrigues Magalhães e Isadora Garcia Cardeal.

Secretária de Comunicação Social

Juliana Mendes Gonzaga Neiva

Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Secretário-Geral da Presidência

Pedro Felipe de Oliveira Santos

Chefe de Gabinete da Presidência

Patrícia Andrade Neves Pertence

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal

Edmundo Veras dos Santos Filho

Secretário de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Alexandre Reis Siqueira Freire

Coordenador de Difusão da Informação

Thiago Gontijo Vieira

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias

Lívia Gil Guimarães

Coordenadora de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Coordenadora da Biblioteca

Luiza Gallo Pestano

Secretária de Comunicação Social

Mariana Araújo de Oliveira

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS/SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Humana
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPM	Código Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana (<i>human immunodeficiency virus</i>)
LGBTQIAP+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, <i>Queer</i> , Intersexuais, Assexuados e Pansexuais
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

APRESENTAÇÃO

Tanto pela capacidade decisória pautada no Direito como pela institucionalização da cultura do argumento como medida de respeito ao ser humano, o Poder Judiciário tem absoluta relevância na salvaguarda de direitos de valor fundamental. Nessa conjuntura, em março de 2022, foi lançado o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, com o escopo de tratar a pauta de efetivação de direitos humanos como agenda permanente e prioritária.

Entre as ações previstas no Pacto estão a inclusão da disciplina de direitos humanos nos editais de concurso público para a magistratura; o fomento à capacitação em direitos humanos e controle de convencionalidade; e a publicação de cadernos com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre temas relacionados aos direitos humanos das mulheres, das pessoas LGBTQIAP+, dos povos indígenas, das populações afrodescendentes, das pessoas privadas de liberdade e à liberdade de expressão, entre outros.

Não se pode negligenciar que o Judiciário brasileiro tem assumido a relevante função de fomentar a cultura e a consciência de direitos e da supremacia constitucional, de modo que os seus julgados têm força catalizadora na transformação de legislações e políticas públicas, contribuindo para o avanço na proteção de direitos humanos e para a consolidação de uma sociedade mais justa e igualitária, como determina a Constituição em seus objetivos fundamentais.

É deveras oportuno, nesse cenário, consolidar decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal em obras que difundam conhecimento e estimulem reflexão sobre as pautas prioritárias de direitos humanos. Eis, portanto, a justificativa dos presentes *Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos*.

Os *Cadernos de Jurisprudência do STF* apresentam as principais decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para a promoção de direitos humanos no Brasil, relativas à união homoafetiva, à criminalização da homotransfobia, à demarcação de terras indígenas e à equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo da licença-maternidade. Para fins de organização dos temas, foram estruturados, inicialmente, os seis cadernos temáticos previstos no Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, a saber: direitos humanos das mulheres; população LGBTQIAP+; povos indígenas; populações afrodescendentes; pessoas privadas de liberdade; e liberdade de expressão.

Com essa iniciativa, reafirma-se o absoluto compromisso institucional do Poder Judiciário com a efetiva proteção e a promoção dos direitos humanos em todas as esferas jurisdicionais.

Nesse contexto, destaco a importância do Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário, que ampara a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na efetivação dos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos serviços judiciais, fortalecendo a consolidação de uma conscientização e de uma cultura de direitos. Ressalto também o papel da Unidade de Monitoramento e Fiscalização (UMF) das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH), que acompanha as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento das sentenças, as medidas provisórias e as opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH em relação ao Estado brasileiro.

Faço também um registro especial do trabalho da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE) do STF, como produtora e difusora de conhecimento qualificado sobre a temática, por meio de publicações como o *Dossiê STF na Pandemia de Covid-19* e o *Case Law Compilation* – coletânea, em língua inglesa, que reúne importantes decisões colegiadas da Corte sobre determinada temática. Justamente por essa razão, em reconhecimento à atuação da

SAE como um *think-tank*, firmou-se essa parceria com o CNJ na coordenação institucional deste projeto.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça agradecem a generosa contribuição científica do instituto alemão de pesquisa *Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, bem como a inestimável contribuição das pesquisadoras e dos pesquisadores da Rede ICCAL-Brasil, que foram essenciais para a concretização deste projeto de excelência.

Ministro **Luiz Fux**

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

NOTA METODOLÓGICA

Para a seleção de casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal) sobre os direitos das Pessoas LGBTQIAP+, bem como para aferição daqueles que apresentam diálogo travado entre o Tribunal e os órgãos que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), adotaram-se, inicialmente, dois recortes metodológicos: o primeiro, relativo ao órgão julgador; o segundo, ao período de julgamento.

Estabeleceu-se, quanto ao órgão julgador, que apenas decisões do plenário comporiam o objeto da pesquisa, justamente pela visão de aproximação com o perfil de Corte Constitucional que cada vez mais se deseja atribuir ao Tribunal. Foram descartadas, portanto, decisões monocráticas, julgamentos ainda não concluídos e julgados das Turmas.¹

O recorte temporal observou o período compreendido entre 03.12.2008, data da decisão do RE 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, e o ano de 2021, uma vez que foi a partir de tal caso que o STF passou a reconhecer *status* supralegal aos tratados internacionais, intensificando-se o diálogo com o SIDH. Entretanto, tal termo inicial foi eventualmente flexibilizado, quando existente caso paradigmático anterior sobre o tema, reconhecido como tal na jurisprudência ou na doutrina.

As decisões foram levantadas com recurso à ferramenta de busca no portal do STF <http://portal.stf.jus.br/>, utilizando-se, para tal, os verbetes: “LGBT”, “gênero”, “homo\$”, “trans\$”, “união homoafetiva”, “nome social”, individualmente ou cruzados com o verbe “interamerican\$”. A pesquisa foi realizada sobre a base geral de jurisprudência do Tribunal, bem como sobre a página notícias, em que são destacados

¹ Esse recorte implicou a não inclusão de alguns processos relevantes em curso, tais como: RE 845.779 RG (utilização de banheiro feminino), HC 152.491 e ADPF 527 MC (tratamento dispensado à população LGBTQIAP+ no sistema carcerário), RE 1.211.446 RG (extensão da licença parental a não gestante), ADPF 787 (adequação das políticas públicas de saúde às pessoas trans).

os casos que recebem especial atenção em seu âmbito. Esse último filtro justifica-se pela necessidade de catalogar efetivamente os casos mais emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a identificação dos acórdãos, procedeu-se à sua leitura. Optou-se por trabalhar com cada acórdão como uma unidade de análise e, dentro dele, com o voto do relator como elemento central de exame. Foram coletados e catalogados diversos dados de cada decisão, como fatores de identificação do caso (sigla, número do processo, requerente, relator e data da decisão), resumo, ementa, tese (sempre que votada expressamente pelo plenário), trechos da fundamentação do voto do relator, trechos em que se referenciam entendimentos ou normas do SIDH (item que se denominou “diálogo com o SIDH”) e o dispositivo da decisão. Quando a fundamentação da decisão tratava de múltiplos subtemas, as transcrições de trechos foram subdivididas conforme tais subtemas, refletidos no sumário, a fim de facilitar a consulta.

Ainda no que se refere especificamente ao item “diálogo com o SIDH”, o exame do acórdão foi estendido para além do voto do relator, a fim de identificar alusões a entendimentos e normas integrantes do sistema efetuadas por outros ministros, de modo a melhor capturar o diálogo entre o STF com o Sistema Interamericano. Entendeu-se que tal excepcionalidade justificava-se porque um dos objetivos dos cadernos de jurisprudência é justamente dar destaque a tal diálogo. Foram descartadas, por outro lado, decisões puramente processuais, que não apresentassem impacto específico sobre a temática.

Na hipótese de identificação de decisões semelhantes sobre uma mesma temática, foram selecionados um ou mais casos, tendo por critério a riqueza e diversidade da argumentação desenvolvida, a existência de diálogo com o SIDH, a relevância atribuída ao entendimento firmado por decisões subsequentes ou pela opinião pública em geral. Optou-se, ainda, por manter casos que apresentavam situações

de interseccionalidade com temáticas objeto de outros cadernos de jurisprudência, como raça, gênero e pessoas privadas de liberdade, em virtude dos distintos enfoques que a temática objeto de cada caderno enseja, bem como porque os cadernos se dirigem a leitores e pesquisadores com diferentes interesses específicos.

Os trechos de votos transcritos no caderno observaram a ortografia original, conforme regras vigentes à época em que redigidos. Entretanto, não se reproduziram os grifos constantes de tais votos. A opção teve o propósito de proporcionar maior fluidez à leitura e à diagramação.

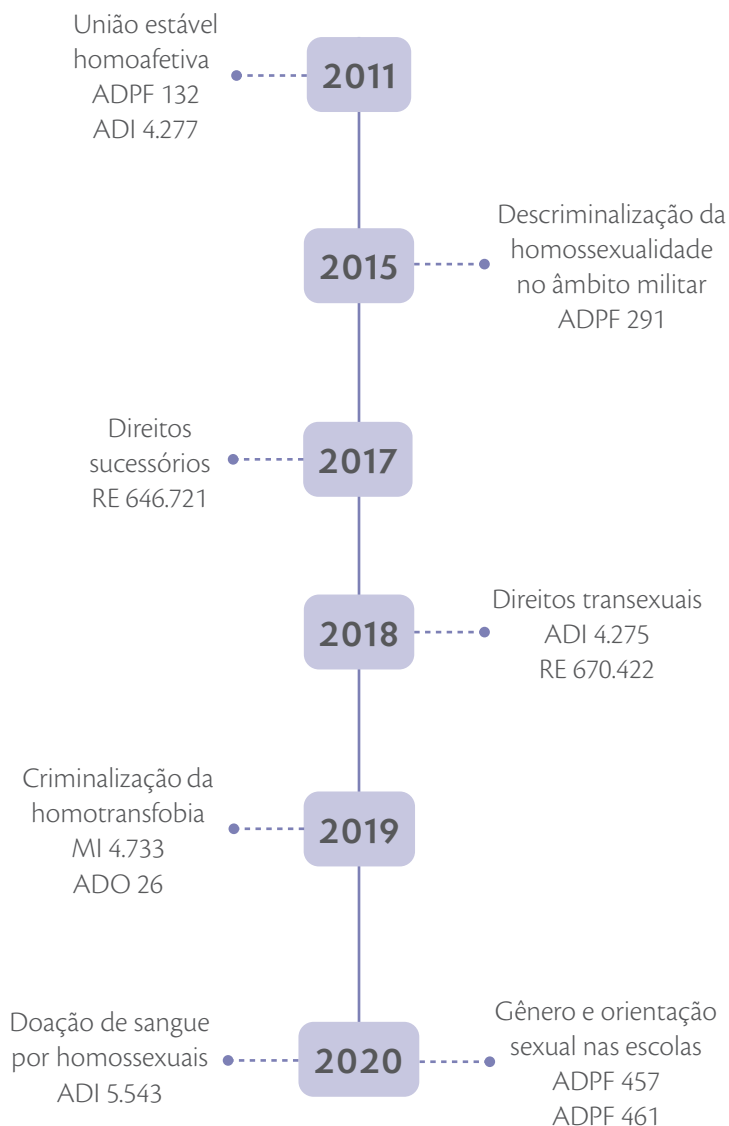
Os múltiplos recortes e filtros descritos acima tiveram o propósito de promover uma seleção de casos com base em critérios predominantemente objetivos, que reflitam a prática do Supremo Tribunal Federal na matéria e possam servir como guia para os demais órgãos julgadores, assim como constituir material para os demais operadores de direito, para a comunidade acadêmica e como elemento de informação para a sociedade em geral.

SUMÁRIO

Linha do tempo – STF e direitos LGBTQIAP+	17
Resumos.....	19
1. ADPF nº 132 e ADI nº 4.277: união estável homoafetiva	23
2. ADPF nº 291: crime de pederastia ou outro ato de libidinagem no âmbito militar.....	39
3. RE nº 646.721: equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva	47
4. ADI nº 4.275: alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil.....	59
5. RE nº 670.422: alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica	71
6. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia.....	83
7. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia	97
8. ADPF nº 457: divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual	117
9. ADI nº 5.543: doação de sangue por homossexuais	127
10. ADPF nº 461: ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas	139

LINHA DO TEMPO

STF E DIREITOS LGBTQIAP+



RESUMOS

1. ADPF nº 132 e ADI nº 4.277: união estável homoafetiva

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132) que tem como objeto a interpretação conforme dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro); e de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4277), com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil (CC). O Supremo Tribunal Federal recebeu a ADPF como ADI e julgou procedentes ambas as ações, para o fim de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhe, ainda, as mesmas regras e consequências jurídicas inerentes à união estável heterossexual.

2. ADPF nº 291: crime de pederastia ou outro ato de libidinagem no âmbito militar

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto o art. 235 do Código Penal Militar. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação e declarou não recepcionados pela Constituição Federal os termos “pederastia ou outro”, bem como a expressão “homossexual ou não”, constante do *caput* do dispositivo, por conflitarem com o direito à liberdade de orientação sexual.

3. RE nº 646.721: equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva

Trata-se de recurso extraordinário que tem por objeto a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, à luz dos arts. 1º, III, 5º, I, e 226, §3º, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso e declarou o direito do

recorrente à herança de seu companheiro, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, da vedação do retrocesso, assim como tendo em vista a não hierarquização entre entidades familiares.

4. ADI nº 4.275: alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem como objeto o art. 58 da Lei nº 6.015/1973. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação e atribuiu ao dispositivo interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, à luz dos direitos à dignidade, à honra e à liberdade, entre outros, para reconhecer aos transgêneros o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

5. RE nº 670.422: alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica

Trata-se de recurso extraordinário que tem por objeto a inconstitucionalidade dos arts. 55, parágrafo único, 56 a 58, *caput* e seu parágrafo único, da Lei 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos (LRP), à luz dos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, X; e 6º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso para reconhecer às pessoas transgêneras o direito subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente de procedimento cirúrgico de redesignação. Determinou a averbação da informação à margem no assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transexual”.

6. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia

Trata-se de mandado de injunção, cujo objeto é a omissão do Congresso Nacional quanto ao seu dever de criminalização de condutas ofensivas, ameaçadoras

e discriminatórias, em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para: (i) reconhecer a mora inconstitucional do Legislativo e (ii) determinar, com efeitos prospectivos, a aplicação da tipificação constante da Lei 7.716/1989, pertinente aos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, à discriminação por orientação sexual e/ou identidade de gênero, até que se venha legislar a respeito.

7. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tem por objeto a omissão do Congresso Nacional na criminalização de condutas homotransfóbicas. O Supremo Tribunal Federal conheceu parcialmente da ação e, em tal extensão, julgou procedente o pedido para afirmar a inconstitucionalidade por omissão e determinar que, até que sobrevenha norma a respeito, deve-se aplicar a condutas homotransfóbicas a Lei 7.716/1989, que tipifica os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

8. ADPF nº 457: divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto a análise da constitucionalidade da Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), que proibiu a divulgação de material sobre “ideologia de gênero” nas escolas. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, da referida legislação, por usurpação da competência privativa da União para legislar a respeito de diretrizes e bases da educação, do princípio da liberdade de aprender e de ensinar, e do dever estatal de combate à discriminação por orientação sexual e de gênero, entre outros.

9. ADI nº 5.543: doação de sangue por homossexuais

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem como objeto o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (RDC nº 34/2014 da ANVISA). O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar inconstitucionais os referidos dispositivos, por configurarem indevida discriminação por orientação sexual e ofenderem a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade.

10. ADPF nº 461: ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto a análise do art. 3º, X, parte final, da Lei 3.468/2015 do Município de Paranaguá (PR), que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, do dispositivo em questão, uma vez que a norma compromete o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral.

1. ADPF nº 132 e ADI nº 4.277: união estável homoafetiva

1.1 Identificação dos casos

ADPF nº 132

Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro

ADI nº 4.277

Requerente: Procuradora-Geral da República

Relator: Ministro Ayres Britto

Julgamento: 05.05.2011

1.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132) que tem como objeto a interpretação conforme dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro); e de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.277), com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil (CC). O Supremo Tribunal Federal recebeu a ADPF como ADI e julgou procedentes ambas as ações, para o fim de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhe, ainda, as mesmas regras e consequências jurídicas inerentes à união estável heterossexual.

1.3 Ementa

“1. 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 nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICO-TOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito à auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos

planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA 'FAMÍLIA'. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS

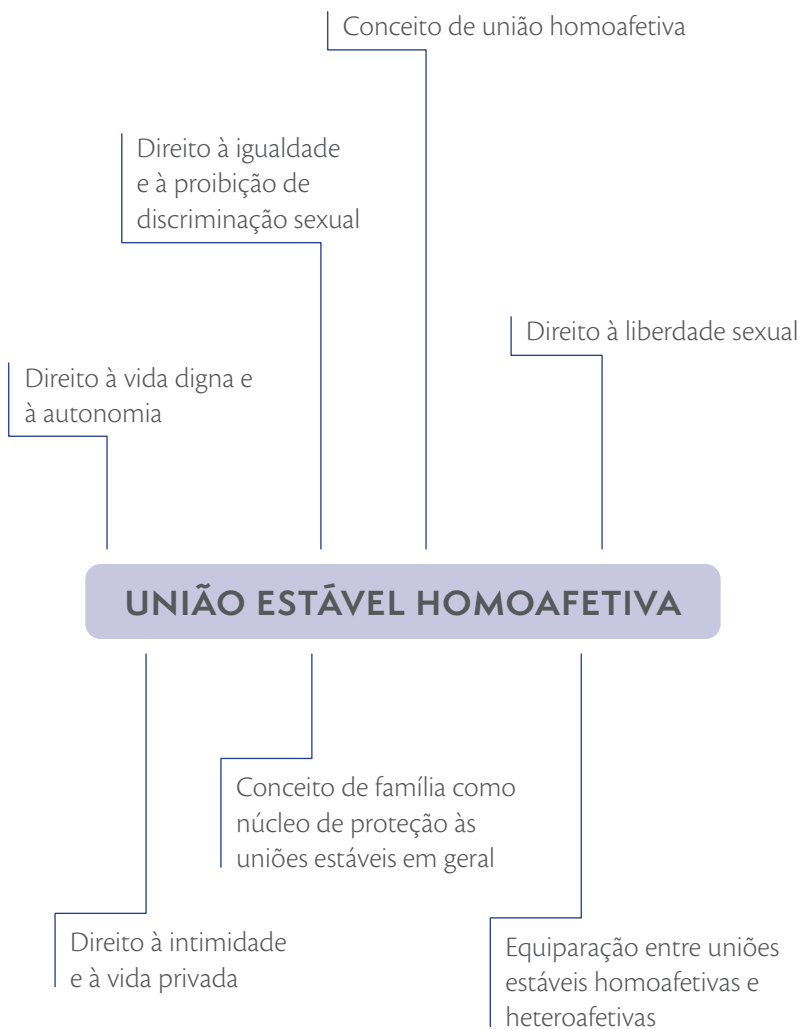
OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: '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'. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. 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 é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva."

1.4 Tese

Não houve fixação de tese.

1.5 Fundamentação



Conceito de união homoafetiva

“21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo ‘homoafetividade’, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa.”

“22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do ‘Dicionário Aurélio’. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.”

Direito à igualdade e à proibição de discriminação sexual

“25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria (art. 3º, IV) já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos

seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualatório sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).”

“33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação”.

“38. [...] Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação do preconceito em razão da composição masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; [...] É que a total ausência de previsão normativo constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que ‘tudo aquilo que não estiver proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da

nossa Constituição); [...] Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia da vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.”

Direito à liberdade sexual

“32. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró-indivisivo, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade e dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por consequente, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para inviolável esfera da autonomia da vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. [...]”

Direito à vida digna e à autonomia

“34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto de consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou ‘homoafetivamente’, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade.”

“38. [...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo ‘cláusula pétrea’, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange ‘os direitos e garantias individuais’ de berço diretamente constitucional.”

Direito à intimidade e à vida privada

“37. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo

mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).”

“38. [...] em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que a intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.”

Conceito de família como núcleo de proteção às uniões estáveis em geral

“41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva [...], salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que [...] permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.”

“47. Assim, interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito con-

trário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos.”

“48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. [...]. É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que analisada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. [...]. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam

automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); [...]. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos ‘homem’ e ‘mulher’; II.2. que a norma desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós [...]reza que ‘Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações’) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade. [...]”

Equiparação entre uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas

“48. [...]. Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição

de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º.”

“50. [...]. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

1.6 Diálogo entre STF e SIDH

Não houve diálogo no voto do relator.

Voto do Ministro Marco Aurélio: “Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa

humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade, no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo ‘projeto’ encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um (tradução livre).“

1.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4.277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.”

2. ADPF nº 291: crime de pederastia ou outro ato de libidinagem no âmbito militar

2.1 Identificação do caso

ADPF nº 291

Requerente: Procuradora-Geral da República

Relator: Ministro Roberto Barroso

Julgamento: 28.10.2015

2.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto o art. 235 do Código Penal Militar. O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação e declarou não recepcionados pela Constituição Federal os termos “pederastia ou outro”, bem como a expressão “homossexual ou não”, constante do *caput* do dispositivo, por conflitarem com o direito à liberdade de orientação sexual.

2.3 Ementa

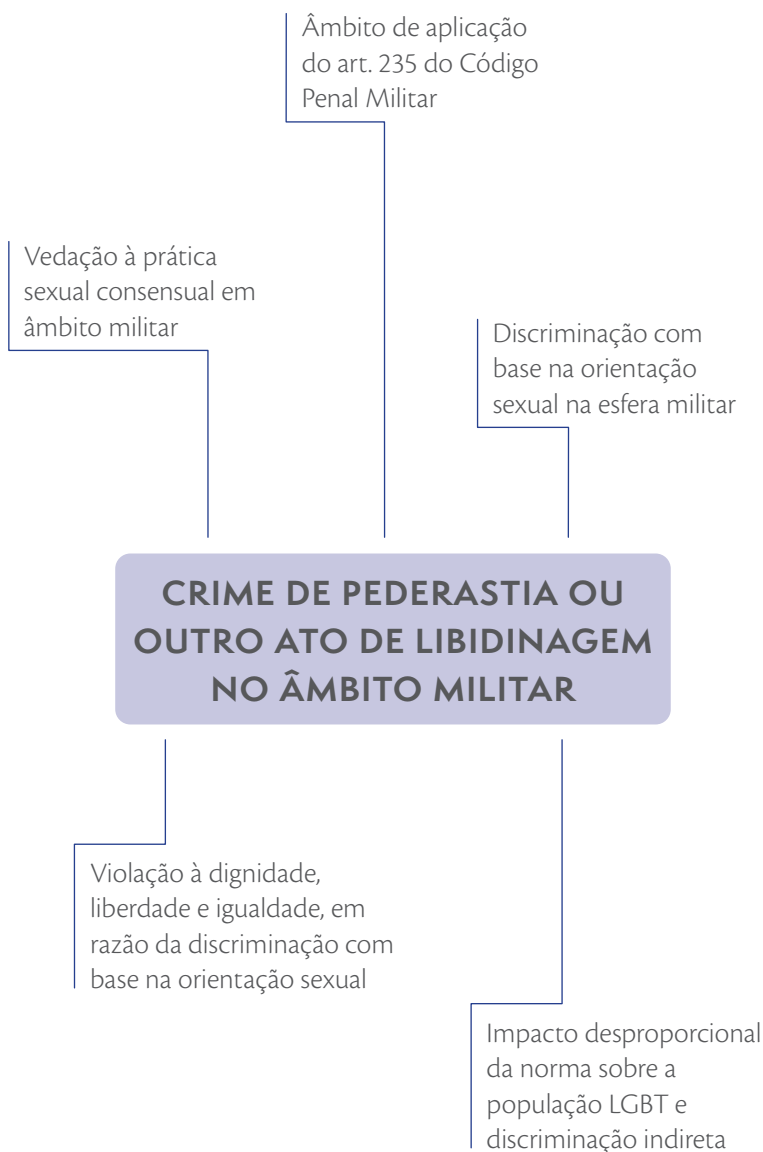
“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE ‘PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM’. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a

criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente.”

2.4 Tese

Não houve fixação de tese.

2.5 Fundamentação



Âmbito de aplicação do art. 235 do Código Penal Militar

“12. A interpretação sistemática de tais preceitos revela que o crime previsto no art. 235 do Código Penal Militar pressupõe a ausência de constrangimento mediante violência ou grave ameaça, bem como de envolvimento de menores. Havendo tal constrangimento, o enquadramento desloca-se para a figura do estupro, se o ato libidinoso for a conjunção carnal (art. 232), ou para a do atentado violento ao pudor, se o ato libidinoso for diverso (art. 233). Se houver envolvimento de menor de 18 anos, incide o tipo da corrupção de menores (art. 234), salvo se se tratar de menor de 14 anos, caso em que a violência é presumida (art. 236, I): nesta hipótese, aplica-se o tipo do estupro ou atentado violento ao pudor, conforme o ato libidinoso praticado. E, para a configuração do crime, não é necessário que o militar esteja em serviço, já que isto constitui apenas uma circunstância agravante (art. 237, II).”

“13. O dispositivo impugnado, portanto, é o único a criminalizar atos libidinosos consensuais entre adultos, desde que concorram duas circunstâncias: (i) o agente seja militar (crime próprio, em razão da pessoa, ou *ratione personae*); e (ii) o ato ocorra em ‘lugar sujeito a administração militar’ (crime em razão do lugar, ou *ratione loci*). A literalidade do tipo inclui tanto atos homossexuais quanto heterossexuais.”

Vedação à prática sexual consensual em âmbito militar

“17. É certo que a hierarquia e a disciplina constituem os valores máximos que servem de base à organização das Forças Armadas, conforme previsto no art. 142 da Constituição. Não é menos certo que a prática de atos libidinosos – ainda que consensuais – no local de trabalho constitui conduta imprópria, qualquer que seja o ambiente em questão. Tanto é assim que tal comportamento pode ensejar a rescisão do contrato do

trabalho por justa causa, e, para o servidor público civil, pode resultar na pena de demissão.”

“28. Como visto, a conduta prevista no art. 235 do CPM não viola a liberdade sexual de quem quer que seja, e pode ocorrer ainda que o militar não esteja em serviço (interpretação a *contrario sensu* do art. 237, II, do CPM). Não se trata, portanto, da hipótese em que o militar abandona o seu posto para praticar um ato libidinoso, o que poderia atrair o crime do art. 195 do Código Penal Militar, punido, aliás, com uma pena mais branda: três meses a um ano de detenção.”

Discriminação com base na orientação sexual na esfera militar

“44. Como reconhecido nas informações prestadas pela Presidenta da República e pelo Advogado-Geral da União, a inclusão do *nomen iuris* ‘pederastia ou outro ato de libidinagem’ e da expressão ‘homossexual ou não’ é incapaz de alterar a incidência do tipo penal, em comparação com o art. 197 do Código Penal Militar de 1944. No entanto, tais alterações revelam de forma inequívoca o objetivo da norma: vedar o acesso e expulsar homens homossexuais das Forças Armadas.”

“45. [...]. Ainda que se busque uma interpretação que saliente o objetivo de resguardar a ordem e a disciplina castrenses, em vez de incriminar determinada opção sexual, a distinção no dispositivo incriminador é inequívoca, ao classificar negativamente, entre os possíveis atos libidinosos, uma determinada categoria, que, nos termos da exposição de motivos, é tida como maléfica.”

“59. A discriminação por orientação sexual é uma prática corrente nas Forças Armadas e é revelada na aplicação prática e na interpretação conferida ao art. 235 do CPM pela Justiça Militar. Diversas decisões relativas à aplicação desse preceito demonstram que a homossexualidade é tida como um comportamento desviante e uma deformação desonrosa e moralmente reprovável, capaz de desqualificar o militar na carreira.”

Violação à dignidade, liberdade e igualdade, em razão da discriminação com base na orientação sexual

“52. No entanto, a diferenciação baseada na orientação sexual é, em princípio, inválida, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (CRFB/1988, arts. 1º, III; 3º, IV e 5º, *caput*).”

“53. Por se referir a uma liberdade existencial e estar relacionado a uma minoria tradicionalmente discriminada, o uso da orientação sexual como fator de diferenciação, é, via de regra, vedado. Assim, tal critério deve ser considerado ‘suspeito’ e somente poderá ser adotado se passar por um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), isto é, por uma rigorosíssima avaliação de sua compatibilidade com a Constituição.”

“57. De resto, em precedente recente e histórico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de discriminações com base na orientação sexual, por reconhecê-la como uma projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo. Assim, o Tribunal conferiu proteção jurídica às uniões estáveis homoafetivas.”

Impacto desproporcional da norma sobre a população LGBT e discriminação indireta

“60. Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade.”

2.6 Diálogo entre STF e SIDH

Não houve diálogo expresso.

2.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da ação e julgar parcialmente procedente a arguição para declarar não recepcionadas pela Constituição Federal a expressão ‘pederastia ou outro’, mencionada na rubrica enunciativa referente ao art. 235 do Código Penal Militar, e a expressão ‘homossexual ou não’, contida no referido dispositivo, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que a julgavam integralmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.”

3. RE nº 646.721: equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva

3.1 Identificação do caso

RE nº 646.721

Recorrente: São Martin Souza da Silva

Recorrido: Geni Quintana

Redator para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso

Julgamento: 10.05.2017

3.2 Resumo

Trata-se de recurso extraordinário que tem por objeto a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, à luz arts. 1º, III, 5º, I, e 226, §3º, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso e declarou o direito do recorrente à herança de seu companheiro, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, da vedação do retrocesso, assim como tendo em vista a não hierarquização entre entidades familiares.

3.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA

DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011).

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

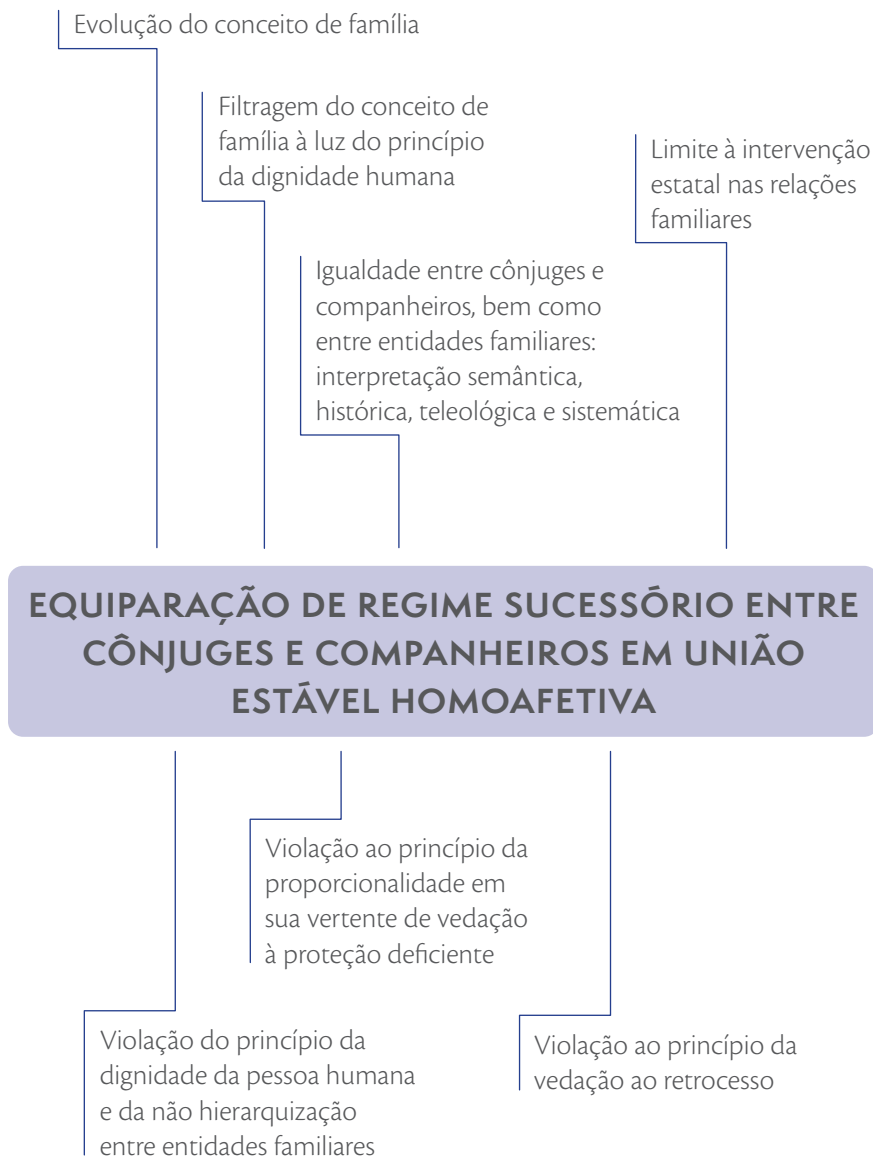
3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. [...]”

3.4 Tese

“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.”

3.5 Fundamentação



Evolução do conceito de família

“10. O regime sucessório encontra-se [...] vinculado ao conceito de família. Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento. Seu objetivo principal era a preservação do patrimônio e da paz doméstica, buscando-se evitar interferências de agentes externos nas relações intramatrimoniais e nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, todas as Constituições anteriores à de 1988 que trataram expressamente do tema dispunham que a família se constitui pelo casamento. Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916 dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229).”

“11. Até pouco tempo atrás, o prestígio ao matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como ente autônomo, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. A família era tutelada pelo Estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados. Durante a segunda metade do século XX, porém, operou-se uma lenta e gradual evolução nesta concepção na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Era o caso de uniões estáveis, inclusive homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais. Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado.”

“12. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Três entidades familiares passaram a contar com expresse reconhecimento no

texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico tradicional da família, que instituía o casamento como condição para a formação de uma família ‘legítima.’”

Filtragem do conceito de família à luz do princípio da dignidade humana

“13. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo.”

“15. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu

que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional.”

Limite à intervenção estatal nas relações familiares

“14. Paralelamente, modificou-se a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa. Essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos. É, portanto, sua justa medida. Qualquer intervenção a mais ou a menos será tida como ilegítima.”

Igualdade entre cônjuges e companheiros, bem como entre entidades familiares: interpretação semântica, histórica, teleológica e sistemática

“18. As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente textualizando aquilo que a CF/1988 já deixava claro: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna.”

“24. Tal como assentei no julgamento do RE 878.694, o art. 1.790 do CC/2002 é formalmente inconstitucional, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente.”

“27. Em primeiro lugar, a interpretação semântica, também referida como gramatical, literal ou filológica. O art. 1.790 do CC/2002 estabelece, de forma inequívoca, que a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor dessa proteção. Veja-se: o art. 226, seja em seu *caput*, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal. Se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para tal objetivo, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo.”

“28. Em segundo lugar, a interpretação teleológica reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. Todos os indivíduos têm direito a igual proteção legal, sejam eles cônjuges ou companheiros, sejam eles casais homoafetivos ou heteroafetivos.”

“29. Em terceiro lugar, a interpretação histórica do dispositivo constitucional aponta para o mesmo resultado. A partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa. Não se buscou dividir as famílias em classes de primeira e segunda ordem. Muito pelo contrário, o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes de fato na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então. Tudo isso com o objetivo de assegurar que todos possam ser igualmente respeitados e protegidos,

independentemente da formalização de suas uniões pelo matrimônio. Nesse sentido, a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva.”

“30. Por fim, a interpretação sistemática traz uma importante contribuição para a análise do ponto. Como se sabe, o sistema constitucional, como qualquer outro, pressupõe unidade e harmonia. No caso em exame, cabe verificar as interações entre o *caput* e os parágrafos do art. 226, bem como de outros dispositivos constitucionais que tratam dos papéis da família. Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do §3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Todavia, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (e.g., arts. 205, 226, §7º, 227, 230), que trazem a noção de funcionalização da família, só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desiguando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.”

“33. Conclui-se, então, que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos

para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer, como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro.”

Violação do princípio da dignidade da pessoa humana e da não hierarquização entre entidades familiares

“34. Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. Se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, por meio da transferência de recursos para que os familiares mais próximos do falecido possam levar suas vidas adiante de forma digna, é incompatível com a ordem de valores consagrada pela Constituição de 1988 definir que cônjuges e companheiros podem receber maior ou menor proteção do Estado simplesmente porque adotaram um ou outro tipo familiar.”

Violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente de vedação à proteção deficiente

“37. Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo art. 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. A ideia nesse caso é a de que o Estado também

viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto.”

Violação ao princípio da vedação ao retrocesso

“38. Não bastasse, o art. 1.790 promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio da vedação ao retrocesso¹⁰. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis.”

“39. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no

art. 226 da Carta de 1988. Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável.”

3.6 Diálogo entre STF e SIDH

Não houve diálogo no voto do relator.

Voto do Ministro Marco Aurélio: “Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo ‘projeto’ encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um (tradução livre).”

3.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em apreciando o Tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, dar provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. [...]. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.”

4. ADI nº 4.275: alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil

4.1 Identificação do caso

ADI nº 4.275

Requerente: Procuradora-Geral da República

Redator para o Acórdão: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 01.03.2018

4.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem como objeto o art. 58 da Lei nº 6.015/1973. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação e atribuiu ao dispositivo interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, à luz dos direitos à dignidade, à honra e à liberdade, entre outros, para reconhecer aos transgêneros o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

4.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU

DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.”

4.4 Tese

Não houve fixação de tese.

4.5 Fundamentação

Eficácia horizontal dos direitos constitucionais nas relações privadas e interpretação conforme a convenção

Conceito de identidade de gênero

Identidade de gênero como elemento constitutivo da dignidade humana

ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DE PESSOAS TRANSEXUAIS NO REGISTRO CIVIL

Limite estatal à interferência na esfera privada

Direito ao nome, à personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada

Direito ao nome independentemente de cirurgia de transgenitalização

Eficácia horizontal dos direitos constitucionais nas relações privadas e interpretação conforme a convenção

“A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.”

Conceito de identidade de gênero

“No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de *Yogyakarta*, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo.”

Identidade de gênero como elemento constitutivo da dignidade humana

“Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, ‘o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação’, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, ‘o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas.’”

Direito ao nome, à personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada

“Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica: [...]¹. As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros.”

¹ Em tal trecho, a decisão transcreve os arts. 3º, 7º, 11(2) e 18 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Limite estatal à interferência na esfera privada

“Carlos Santiago Nino, na obra *Ética e Direitos Humanos*, ao discorrer acerca do princípio da autonomia da pessoa, prescreve que

sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução. (Livre tradução de: NINO. Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1989).

Na esteira do constitucionalista argentino, portanto, o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal.”

Direito ao nome independentemente de cirurgia de transgenitalização

“Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa. Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública.”

“Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como

tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição. Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.”

4.6 Diálogo entre STF e SIDH

Menção à Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Voto do Redator p/ o Acórdão, Ministro Edson Fachin: “Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas [da] proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros.”

“Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personali-

dade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica: [...]². As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros.”

Voto do Ministro Luiz Fux: “Especificamente quanto a direitos de transexuais, cito Acórdão 063/15 da Corte Constitucional da Colômbia e a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2017:

as mudanças, correções ou ajustes nos registros e documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser livre, e e) não deve exigir o credenciamento de operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a esses elementos é o trâmite ou procedimento materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer em paralelo um canal administrativo, que possibilita a eleição da pessoa (OC-24/17).”

Menção à Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Voto do Redator p/ o Acórdão, Ministro Edson Fachin: “É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um[as] pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero (par. 78).”

² Em tal trecho, a decisão transcreve os arts. 3º, 7º, 11(2) e 18 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

“A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero:

também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada [...]. Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. [...] o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que deva estar sujeita à sua genitália. Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residem em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito [à] vida privada’ (par. 93 – 95).”

“Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, ‘o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação’, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, ‘o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas.’”

“É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero auto-percebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos:

a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero auto-percebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais (par. 160).”

“Nesse sentido, a própria Corte Interamericana, no precedente já referido neste voto, assentou:

[...] é possível sustentar que os Estados têm em princípio uma possibilidade para determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação de nome e, se for o caso, da referência ao sexo/gênero e a imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se ajusta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é aquele que é de natureza materialmente administrativa ou notarial, dado que o processo de caráter jurisdicional eventualmente pode incorrer, em alguns Estados, em excessivas formalidades e demoras que se observam nos trâmites dessa natureza (par. 159, tradução livre).”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Com efeito, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), na Opinião Consultiva 24/17, afirmou que viola o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana. [...]”³.

En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.”

Menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos

Voto da Ministra Rosa Weber: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Atala Riffo e Cirañas vs. Chile, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012, deliberara sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças. [...]”. Dentre esses grupos minoritários, alvo de práticas discriminatórias, a Corte Interamericana abordou a categoria da orientação quanto à identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano. Neste ponto, pertinente a justificativa adotada no parágrafo 91 da decisão:

91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de

³ Trecho semelhante àquele transcrito pelo Redator para o acórdão, Ministro Edson Fachin, em seu voto.

Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.”

4.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, em julgar procedente a ação para dar interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.”

5. RE nº 670.422: alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica

5.1 Identificação do caso

RE nº 670.422

Recorrente: S. T. C.

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Relator: Ministro Dias Toffoli

Julgamento: 15.08.2018

5.2 Resumo

Trata-se de recurso extraordinário que tem por objeto a inconstitucionalidade dos arts. 55, parágrafo único, 56 a 58, *caput* e seu parágrafo único, da Lei 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos (LRP), à luz dos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, X; e 6º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso para reconhecer às pessoas transgêneras o direito subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente de procedimento cirúrgico de redesignação. Determinou a averbação da informação à margem no assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transexual'.

5.3 Ementa

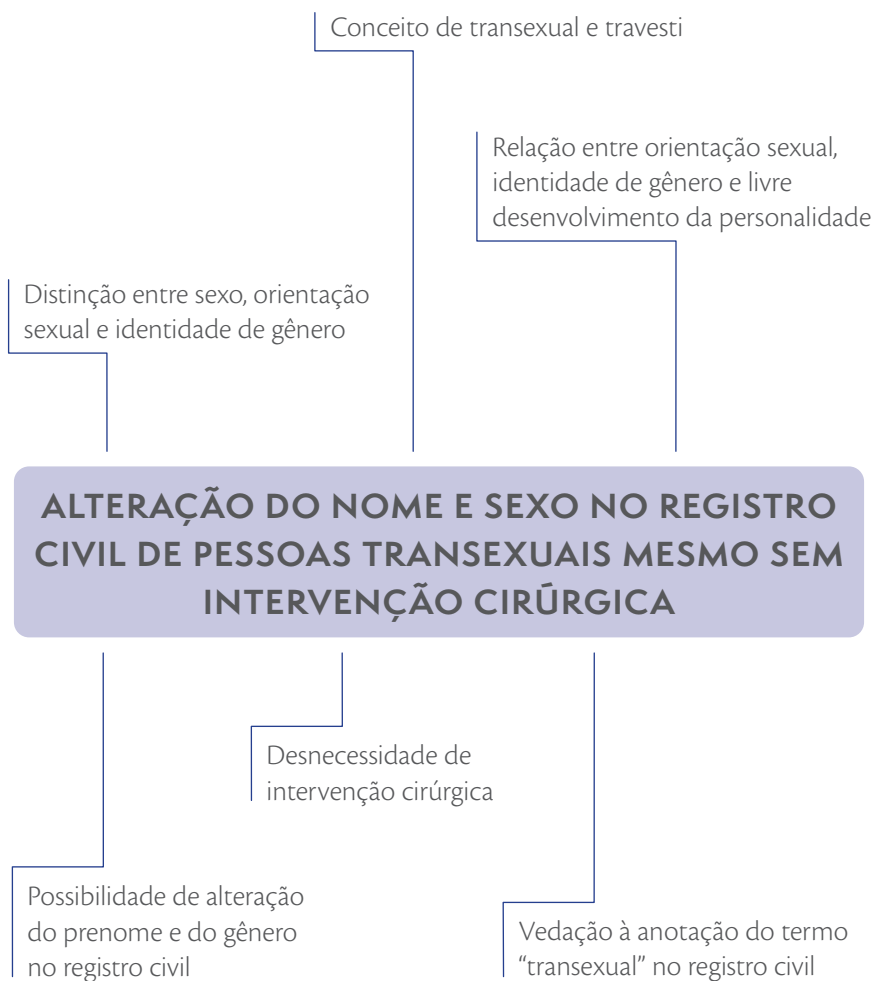
“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. TRANSEXUAL. IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO SUBJETIVO À ALTERAÇÃO DO NOME E DA CLASSIFICAÇÃO DE GÊNERO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. POSSIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PERSONALIDADE, DA INTIMIDADE, DA ISONOMIA, DA SAÚDE E DA FELICIDADE. CONVIVÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA INFORMAÇÃO PÚBLICA, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS E DA CONFIANÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. 2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana. 3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa

expressar sua identidade de gênero. 4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo ‘transexual’ ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: [...]. 6. Recurso extraordinário provido.”

5.4 Tese

“Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.”

5.5 Fundamentação



Distinção entre sexo, orientação sexual e identidade de gênero

“[...] o sexo é um termo científico que se refere aos aspectos biológico, morfológico, fisiológico e anatômico do ser humano (homem ou mulher, sexo masculino ou feminino, macho ou fêmea). A orientação sexual está ligada à questão da atração e do desejo sexual de um indivíduo em relação a outro(s) (heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade). A identidade de gênero, por sua vez, está relacionada aos aspectos psicológicos, sociais, culturais e históricos concernentes ao sexo, a como a pessoa se vê, como ela se autodefine e se identifica, podendo haver a coincidência entre as identidades de gênero e de sexo ou não (como no caso dos denominados transexuais).”

Conceito de transexual e travesti

“Conforme abalizada doutrina, o termo ‘transexual’ passou por uma evolução conceitual. Inicialmente, referia-se aos indivíduos que, em função de ‘disforia de gênero’ e de terem, por isso, a impressão de terem nascido nos corpos errados, tinham ojeriza a seu órgão sexual biológico e, por conta disso, desejavam realizar cirurgia de mudança de sexo e não aceitavam que terceiros soubessem de sua condição de transexuais. Com o tempo, foram incluídas nessa categoria pessoas que ‘não desejam realizar a cirurgia por uma série de fatores (medo de cirurgia, ausência de condições financeiras para realizá-la na iniciativa privada e temor de não ter prazer sexual com o novo órgão sexual construído cirurgicamente, por exemplo)’. Note-se que há transexuais que simplesmente não sofrem de ojeriza por seu órgão sexual, apenas não sentem prazer genuíno durante a relação sexual. ‘Assim, entende-se aqui que transexual é a pessoa que se identifica com o gênero oposto àquele socialmente atribuído ao seu sexo biológico e que geralmente não quer que as pessoas em geral saibam de sua transexualidade após

a adequação de sua aparência a seu sexo psíquico. Trata-se, assim, de uma questão puramente identitária, não médica' [...]. Não há que se confundir, no entanto, o transexual com o travesti. Esse último, conforme abalizada doutrina, apenas gosta de se identificar com o sexo oposto pelo traje, pois sente prazer em utilizar roupas características do sexo oposto, mas, contrariamente ao primeiro, não possui o desejo de alterar seu sexo ou sua identidade sexual."

Relação entre orientação sexual, identidade de gênero e livre desenvolvimento da personalidade

"Como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao exercício pleno pelo ser humano da liberdade de escolha de identidade, orientação e vida sexual. Portanto, afirmo que qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional razoável e proporcional importa em limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direitos como ser humano, como cidadão."

"É evidente que a análise do presente apelo extremo não pode deixar de considerar todo o ambiente constitucional acima referido, em especial o elemento fundamental a ser respeitado no julgamento da questão, que é a necessidade de se reconhecer o direito ao desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo, observados os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia, a liberdade, a conformação interior e os componentes social e comunitário."

Possibilidade de alteração do prenome e do gênero no registro civil

“A alteração do prenome, no Brasil, possui fundamento nos arts. 55, parágrafo único, 56 a 58, *caput* e seu parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos. Walter Ceneviva, em sua clássica obra, ressalta que, uma vez que se constate ser o prenome capaz de submeter seu titular a situações vexatórias, a alteração há de ser deferida, a requerimento, com a prova do alegado. Vê-se, portanto, ser possível, em casos excepcionais, superar a barreira da imutabilidade do prenome. Isso porque, o prenome pode, excepcionalmente, ser modificado por decisão judicial, nos termos do art. 58 da LRP [...]. Concluo, sobre o tema, que o afastamento da regra da imutabilidade do nome, desde que por exceção e motivadamente, como previsto no art. 57, completado pelo que dispõe o art. 58, sob a ótica constitucional, se aplica aos transexuais, justificando a alteração dos nomes para a adequação dos registros aos apelidos públicos notórios ou que venham a ter o reconhecimento judicial, visto que, a toda evidencia, diante da situação fática posta no dia a dia das pessoas transexuais, ficará evidente sua exposição ao ridículo caso seus pleitos de reassentamento não sejam concedidos, violando-se, na espécie, a dignidade da pessoa humana.”

“No entanto, há que se anotar, até para a definição da tese, que a mudança do prenome – e do sexo registral – visa a garantir a efetividade da identidade de gênero da pessoa, a qual ficará suscetível a toda espécie de constrangimentos na vida civil, ainda que não realizada por qualquer razão a cirurgia de redesignação de gênero.”

Desnecessidade de intervenção cirúrgica

“A modificação do sexo registral sem cirurgia de redesignação de sexo é o ponto diferenciador deste caso daqueles judicializados no passado. Sobre o tema, tenho a convicção da necessidade de se reconhecer a

identidade de gênero, como já salientado anteriormente, para avançarmos para uma proteção jurídica completa, ultrapassando a classificação binária, tradicional e estática, das pessoas em sexo masculino ou feminino. Isso significa que o sistema há de se aperfeiçoar, indo além daquele tradicional de identificação por sexos para abarcar também os casos daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento do nascimento e das respectivas conformações biológicas. A jurista e profunda conhecedora do tema em pauta, Maria Berenice Dias, muito bem acentuou que

o nome registral do cidadão trans não remete a sua identidade, mas justamente afronta-a. A despeito de sua expressão de gênero, de sua vestimenta, a despeito [até] das intervenções cirúrgicas, a falta de um nome correspondente ao gênero sujeita transexuais (...) a ter sua identidade constantemente revelada e violada, a ser humilhado e tratado pelo sexo que não o identifica. Além disso, há de ser respeitado o direito das pessoas trans a não realizarem as cirurgias de designação sexual. No entanto, a tendência da jurisprudência é negar a alteração do sexo quando não houve mudança dos órgãos sexuais. Claramente trata-se de uma afronta da Justiça ao direito à identidade, à intimidade, à privacidade de quem quer simplesmente adequar-se à sua identidade social sem violar sua integridade física. Obrigar alguém a submeter-se a uma cirurgia para garantir-se o direito à identidade, além de violar o direito à liberdade de quem não quer se submeter a delicado e arriscado procedimento cirúrgico, viola o próprio dever do Estado de proteger seus cidadãos (*Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: RT, 2014, p. 280 e 281)."

Vedação à anotação do termo "transexual" no registro civil

"Com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, não há como se manter um nome em descompasso com a identidade sexual reconhecida pela pessoa, que é, efetivamente, aquela que gera a interlocução do indivíduo com sua família e com a sociedade, tanto nos espaços privados como nos espaços públicos. Não é o sexo do indivíduo, a identidade biológica, que faz a conexão do sujeito com a sociedade,

mas sim sua identidade psicológica, conforme todos os estudos que foram referidos. Por seu turno, a anotação do designativo 'transexual' nos assentamentos pessoais, além de não garantir a dignidade do indivíduo, traria outros efeitos deletérios, como sua discriminação, sua exclusão e sua estigmatização."

"Com a anotação no registro de nascimento apenas da 'averbação por decisão judicial', resta i) atendido o desejo do transexual pelo reconhecimento de sua nova identidade de gênero, ii) assegurada a segurança jurídica e iii) respeitado o princípio da confiança, que incide sobre todo o regime registral, garantindo-se, inclusive, os direitos de terceiros de boa-fé. Anote-se que o oficial do Cartório de Registro Civil está obrigado a respeitar o segredo das informações, por determinação do art. 30, inciso VI, da Lei nº 8.935/1994, o que impede que o registrador forneça certidão ou preste qualquer informação sobre dados, ainda que averbados, de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão. Das certidões de nascimento expedidas após a averbação não poderão constar a existência dessa nem qualquer informação sobre os dados originários objetos da alteração."

5.6 Diálogo entre STF e SIDH

Menção à Convenção Americana de Direitos Humanos

Voto do Relator, Ministro Dias Toffoli: "Não há que se olvidar, inclusive, que a Convenção Americana de Direito Humanos, denominada também de Pacto de San José da Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estabelece, em seu art. 24, que todos devem ter garantidos seus direitos, com igual proteção da lei, sem qualquer espécie de discriminação."

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece o direito ao nome como um direito autônomo, não obstante sua íntima vinculação com o direito à identidade (art. 18, CADH).”

Menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos

Voto da Ministra Rosa Weber: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Atala Riffo e Cirañas vs. Chile*, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012 [...]. Neste ponto, pertinente a justificativa adotada no parágrafo 91 da decisão: ‘91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.’”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “Especificamente quanto a direitos de transexuais, cito Acórdão 063/15 da Corte Constitucional da Colômbia e a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2017:

as mudanças, correções ou ajustes nos registros e documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser livre, e e) não deve exigir o credenciamento de operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a esses elementos é o trâmite ou procedimento materialmente

administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer em paralelo um canal administrativo, que possibilita a eleição da pessoa (OC-24/17)."

5.7 Dispositivo da decisão

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, parcialmente, os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nesta assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. [...] Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação das teses."

6. MI nº 4.733: criminalização da homotransfobia

6.1 Identificação do caso

MI nº 4.733

Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 13.06.2019

6.2 Resumo

Trata-se de mandado de injunção, cujo objeto é a omissão do Congresso Nacional quanto ao seu dever de criminalização de condutas ofensivas, ameaçadoras e discriminatórias, em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para: (i) reconhecer a mora inconstitucional do Legislativo e (ii) determinar, com efeitos prospectivos, a aplicação da tipificação constante da Lei 7.716/1989, pertinente aos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, à discriminação por orientação sexual e/ou identidade de gênero, até que se venha legislar a respeito.

6.3 Ementa

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL.

OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI 4733, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJe-238 de 29-09-2020)."

6.4 Tese

Não houve fixação de tese.

6.5 Fundamentação

Violação ao direito à liberdade
e ao princípio da igualdade
fundada na orientação sexual e/ou
identidade de gênero

Grave quadro de violações
sistemáticas aos direitos das
pessoas LGBTQIAP+

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

Possibilidade de criação de tipos
penais próprios para a proteção dos
direitos fundamentais e princípio
da proporcionalidade como
vedação à proteção deficiente

Grave quadro de violações sistemáticas aos direitos das Pessoas LGBTQIAP+

“As informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante *[sic]* a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988. A imputação da mora legislativa é ainda mais grave caso se tenha em conta as recorrentes notícias de violações dos direitos das pessoas gays lésbicas, bissexuais, trans e intersex no Brasil.”

“Esse quadro de violações sistemáticas aos direitos das pessoas LGBTI é também reconhecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. No Relatório produzido pelo Relator Especial para a Proteção contra a Violência e Discriminação Baseada na Orientação Sexual e Identidade de Gênero, o Relator Victor Madrigal-Borloz afirmou que:

A violência e discriminação com base na orientação sexual e na diversidade de gênero existe em todo mundo. O expert independente solicita que os Estados reconheçam a existência desse flagelo, sua dimensão e os desafios a ele relacionados, e exorta-os para que evitem negá-lo. As pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e de gênero não-conforme que são vítimas de crimes hediondos detalhados no presente relatório existem em todas as partes do mundo, em família e em comunidades em todos os lugares (...). A negação viola a dignidade das vítimas e é ofensiva à consciência global (A/HRC/38/43, par. 86, tradução livre).”

Violação ao direito à liberdade e ao princípio da igualdade fundada na orientação sexual e/ou identidade de gênero

“O dispositivo constitucional invocado, como já se afirmou aqui, é o constante do art. 5º, XLI: ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’. Inicialmente, cumpre reconhecer ser atentatória ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de

discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.”

“Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal já afirmou que o ‘sexo das pessoas [...] não se presta como fator de desigualação jurídica’ e que o ‘concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais’ (ADI 4.277, Rel. Ministro Ayres Britto, Pleno, DJe 13.10.2011).”

“Ainda em outro precedente afirmou-se que o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual condiz com a própria liberdade existencial do indivíduo (ADPF 291, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, DJe 10.05.2016). Mais recentemente, em precedente para o qual fui designado Relator, assentou o Tribunal que ‘o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero’ e que ‘a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la’ (ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, acórdão ainda pendente de publicação).”

“O Comitê de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reconheceu, no caso *Toonen v. Australia*, (Comunicação n. 488/1992 – CCPR/C/50/D/488/1992), que ‘a referência a sexo constante do artigo 2, parágrafo 1, e 26 [do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] deve ser lida como incluindo a orientação sexual’ (par. 8.7). A partir dessa decisão, ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que ‘os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção’ (E/C.12/GC/28, par. 32).”

“No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de *Yogyakarta* devem ser utilizados como fontes para as definições de ‘orientação

sexual’ e ‘identidade de gênero’. Assim, no Princípio 2, a Declaração de *Yogyakarta* dispõe que

a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

“A Assembleia Geral das Nações Unidas, por sua vez, reconheceu que essa formulação da Corte Interamericana [‘toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais [...] [e que] consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas’ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre)] é representativa dos direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos (A/73/152, par. 20). Sendo, portanto, atentatória ao direito à igual dignidade, a discriminação homo e transfóbica é incompatível com o Estado de Direito e reclama, por expressa incidência do art. 5º, XLI, da CRFB, punição da lei.”

“No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto. Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.”

“Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas

em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional.”

Possibilidade de criação de tipos penais próprios para a proteção dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente

“[A] proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios. Foi precisamente o que também assentou a Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do HC 104.410, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012, ao reconhecer que ‘a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º)’.”

“De acordo com esse entendimento, o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual esta Corte tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional.”

“Não fossem os valiosos guias de interpretação feitos pelas conferências e pelos precedentes internacionais, os quais, como reconheceu a Corte Internacional de Justiça no caso Ahmadou Sadio Diallo, devem receber grande peso na interpretação a ser dada, o conteúdo do art. 5º, XLI, da CRFB insere-se, topicamente, no conjunto de atos a que a Constituição prescreveu preceitos penais, como, v.g., os incisos XLII, sobre a impres-

critibilidade do racismo, e XLIII, sobre inafiançabilidade dos chamados crimes hediondos.”

“Além disso, o Alto Comissário das Nações Unidas, no Relatório A/HRC/19/41, enviado ao Conselho de Direitos Humanos em 17.11.2011, recomendou aos Estados que ‘promovam legislação antidiscriminatória compreensiva que inclua discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero’ (par. 84, ‘é’). Os Princípios de *Yogyakarta* recomendam, por sua vez, que os Estados emendem sua legislação, inclusive a criminal, ‘para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos’ (Princípio 1).”

“À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se, portanto, da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, a de orientação sexual e de identidade de gênero.”

“Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade. A dignidade da pessoa humana não pode ser invocada de forma retórica, como grande guarda-chuva acolhedor de qualquer argumento em razão de sua amplitude ou comprimento. É preciso ser exato: a dignidade da pessoa humana não é vagueza abarcadora de argumentos e posições de todo lado. Ao contrário, e por refutação a isso, é preciso dar sentido e concretude a esse princípio inerente aos sujeitos e fundante de nosso Estado.”

6.6 Diálogo entre STF e SIDH

Menção à Convenção Americana de Direitos Humanos

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “33. Além do que posto no sistema constitucional brasileiro, também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), internalizada pelo Brasil, prevê a necessidade de dupla normatividade na efetivação dos direitos das minorias: ‘dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação’ (art. 1.1) e direito à ‘igual proteção da lei’ (art. 24); a primeira referente ao dever estatal de observar os direitos convencionais em face dos seus cidadãos, a segunda relativa à proteção desigual da lei interna, ou à aplicação dela aos respectivos nacionais (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 28-29).”

Voto da Ministra Rosa Weber: “Na mesma linha, o artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, incorporada pelo Decreto nº 678/1992, assegura que ‘ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’. [...] Em sentido idêntico, o artigo 7, parágrafo 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...] ‘toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.’”

Menção às Convenções Interamericanas contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância

Voto do Ministro Luiz Fux: “Ademais, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem emitido uma série de incentivos normativos para que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos promova o acompanhamento mais atento desse

tipo de discriminação e dos crimes que dela decorram. O ímpeto de aprovação de Resoluções teve início em 2008, com a Resolução 2435 – Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Em 05 de junho de 2013, foi aprovada a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, documentos em que, de forma inédita, a Organização tratou, expressamente, do conceito de orientação sexual como um vetor de comportamentos discriminatórios.”

Relatório da CIDH e quadro de violência às Pessoas LGBTI+ no Brasil

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “De acordo com o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país onde mais ocorreram relatos de violência contra a população LGBTI: ‘Em termos quantitativos, o Estado brasileiro informou a Comissão Interamericana que houve 278 homicídios de pessoas LGBT em 2011 e 310 casos reportados em 2012, um aumento anual de 11.5%. Em 2013, a organização local ‘Grupo Gay da Bahia’ (GGB) documentou ao menos 312 homicídios de homens gays, mulheres lésbicas e pessoas trans no seu relatório de 2013. Homens gays (59%) e mulheres trans (35%) representam a maioria das vítimas (OEA/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 124, tradução livre).”

“Do mesmo relatório, consta, ainda, advertência aos Estados Americanos contra a disseminação de discursos de ódio feitos por autoridades públicas:

[...] a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu informações relativas ao uso de expressões estigmatizantes e intolerantes pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Deputados do Brasil em 2013. De acordo com as informações recebidas, ele indicou publicamente que as pessoas LGBT ‘querem impor uma ditadura gay no país, a fim de

expulsar Deus do Brasil’ e que a ‘putrefação de sentimentos gays levam ao ódio, crime e rejeição (OEA/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 243, tradução livre).”

Relatório da CIDH e quadro de violência a defensores dos direitos das Pessoas LGBTI+ no Brasil

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “Ainda mais preocupante, as pessoas que defendem os direitos das pessoas LGBTI também estão sob maiores riscos. Segundo o Relatório da Comissão Interamericana:

Em relação ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos humanos foi informada, em 21.06.2009, do assassinato de Gabriel Herinque Furquim, um membro do Grupo Dignidade para a Defesa dos Direitos das Pessoas Gays e da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Trans, e, no dia 23.10.2010, do assassinato de Iranilson Nunes da Silva, um membro da organização Revida. Em junho de 2014, a Comissão foi informada que um grupo chamado Irmandade Homofóbica fez sérias ameaças aos defensores dos direitos LGBT no estado do Piauí, Brasil, por meio de panfletos, mensagens de texto, e por mensagens nas mídias sociais. A Comissão Interamericana enviou uma notificação ao Estado Brasileiro em 09.07.2014, em que requisita informação sobre as medidas tomadas para investigar as ameaças feitas à Marinalva de Santana Ribeiro, um[a] defensora lésbica dos direitos das pessoas LGBT da organização Grupo Matizes de Teresina, Piauí. O Estado Brasileiro respondeu aos questionamento[s] e fez notar as medidas adotadas para investigar as ameaças, assim como a inclusão de Santana Ribeiro no programa nacional de proteção ao defensores de direitos humanos, a fim de protegê-la contra as tentativas de violência e de lhe assegurar tratamento psicológico (OEA/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 343, tradução livre).”

Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte IDH e conceitos de identidade e orientação sexual

“A conceituação desses termos foi objeto de minudente análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/17, sobre Iden-

tidade de Gênero, Igualdade e Não-Discriminação de Casais do Mesmo Sexo. De acordo com a Corte:

A identidade de gênero é a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode compreender – ou não – a mudança da aparência ou função corpora por meio de procedimentos médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que ela for livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e as maneiras. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que faz referência à vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão tomam muitas formas, algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres, ou se identificam como ambos’ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.11.2017, par. 32.f., tradução livre).“

“Já orientação sexual, ainda nos termos da opinião consultiva:

Se refere a atração emocional, afetiva e sexual por pessoa de um gênero diferente do seu, ou do seu mesmo gênero, ou de mais um gênero, assim como a relações íntimas e/ ou sexuais com essas pessoas. A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação. Ademais, a orientação sexual pode variar no tempo, incluindo a atração exclusiva ou não exclusiva ao mesmo sexo ou ao sexo oposto. Todas as pessoas têm uma orientação sexual, a qual é inerente a identidade da pessoa (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.11.2017, par. 32.l., tradução livre).“

Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte IDH e dever de proteção pelo Estado

“Como assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos [n]a Opinião Consultiva sobre Igualdade de Gênero: ‘o Estado deve assegurar que os indivíduos de

todas as orientações sexuais e identidades de gêneros possam vier com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas.”

6.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional; e (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental.”

7. ADO nº 26: criminalização da homotransfobia

7.1 Identificação do caso

ADO nº 26

Requerente: Partido Popular Socialista

Relator: Ministro Celso de Mello

Julgamento: 13.06.2019

7.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tem por objeto a omissão do Congresso Nacional na criminalização de condutas homotransfóbicas. O Supremo Tribunal Federal conheceu parcialmente da ação e, em tal extensão, julgou procedente o pedido para afirmar a inconstitucionalidade por omissão e determinar que, até que sobrevenha norma a respeito, deve-se aplicar a condutas homotransfóbicas a Lei 7.716/1989, que tipifica os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

7.3 Ementa

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDA-

MENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – [...] SOLUÇÕES [...]: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA *'IN MALAM PARTEM'*), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – [...] – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, ART. 5º, INCISO XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS [...] – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – [...] A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTIQ+ E A LIBERDADE

FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO [...], SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – [...] – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – [...] – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR. [...] [1.] Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, [...], a diferença essencial entre civilização e barbárie. [...] [2.] [...] O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. [...] [3.] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional [...] qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica,

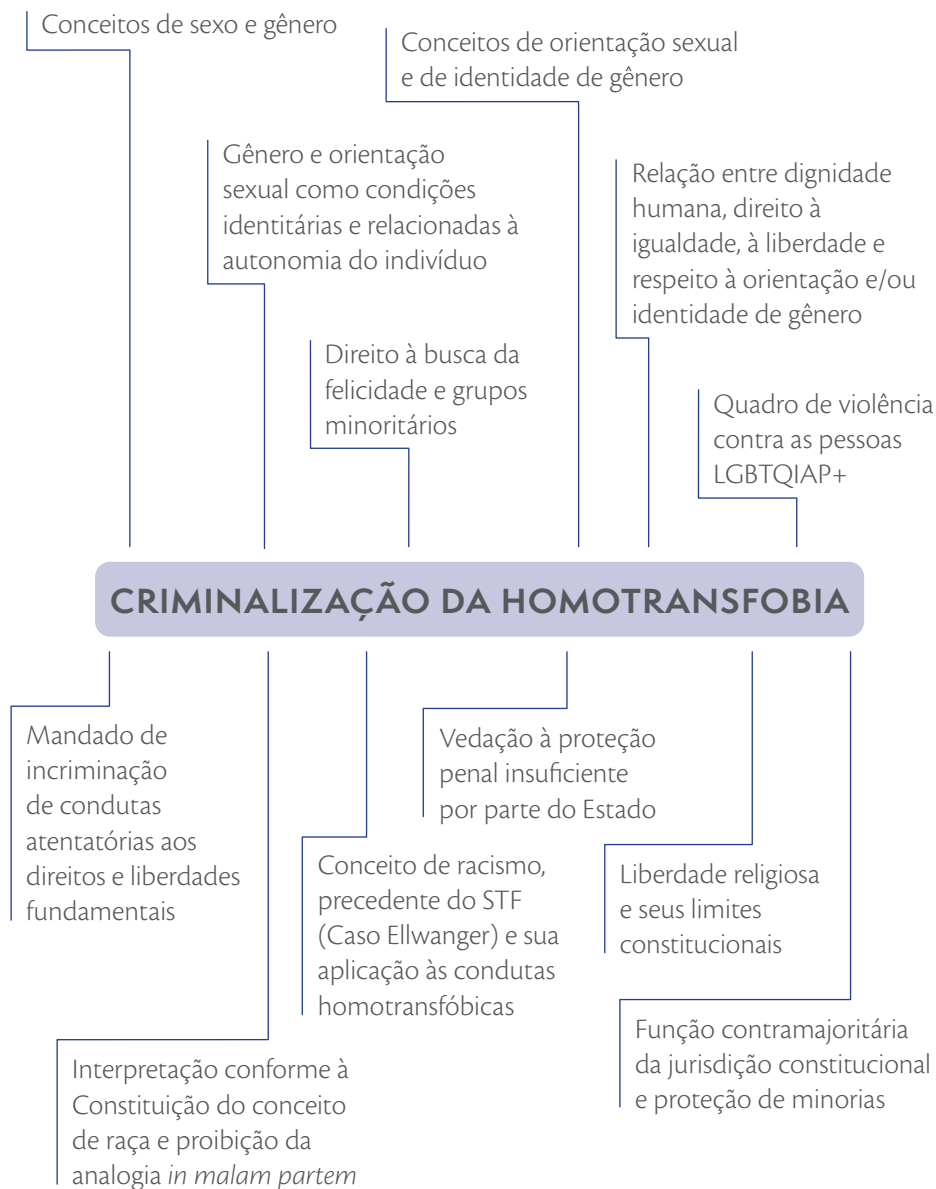
eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. [...] Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. [...] Precedentes do STF.”

7.4 Tese

“1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, [...], que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *‘in fine’*); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação con-

fessional professada, a cujos fiéis e ministros [...] é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, [...], o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, [...], desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem à discriminação, à hostilidade ou à violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.”

7.5 Fundamentação



Conceitos de sexo e gênero

“É essa percepção que permite estabelecer distinção entre sexo e gênero [...]: ‘De acordo com esse ponto de vista, o sexo é um fator biológico, ou seja, ligado à constituição físico-química do corpo humano. Outra coisa é o gênero. Quando se fala em ‘gênero feminino’, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser mulher’; quando se fala em ‘gênero masculino’, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser homem’. Do ponto de vista, o gênero não é biológico-natural, mas um constructo social. Em outras palavras, ‘ser homem’ ou ‘ser mulher’ não é um dado natural, mas performático e social, de maneira que, ao longo da história, cada sociedade criou os padrões de ação e comportamento de determinado gênero. A orientação sexual, isto é, a quais gêneros nos sentimos atraídos (física, romântica ou emocionalmente), por sua vez, seria ainda um terceiro fator, diferente do gênero ou do sexo. [...]”

Conceitos de orientação sexual e de identidade de gênero

“Nesse documento [Princípios de Yogyakarta], que se apresenta impregnado de relevante significado, assim se definiu o sentido conceitual de orientação sexual e de identidade de gênero:

- 1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.
- 2) Compreendemos identidade de gênero a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”

Gênero e orientação sexual como condições identitárias e relacionadas à autonomia do indivíduo

“É preciso enfatizar, neste ponto, que o gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade [...]”

“Isso significa, portanto, como já se escreveu, que a liberdade e a autenticidade de cada ser humano constituem valores revestidos de inquestionável essencialidade, a revelar que o indivíduo, sendo autor de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas fundadas em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete no exercício de sua liberdade pessoal e na prática efetiva de sua capacidade de autodeterminação.”

Relação entre dignidade humana, direito à igualdade, à liberdade e respeito à orientação e/ou identidade de gênero

“É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso.”

“Isso significa que os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber a igual proteção das leis e do sistema

político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a comunhão nacional.”

Direito à busca da felicidade e grupos minoritários

“[...] o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os integrantes da comunidade LGBT, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.”

“[...] o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas: ‘Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.’”

Quadro de violência contra as pessoas LGBTQIAP+

“Os dados estatísticos revelados pelos *amici curiae* demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira. Nesse sentido, cabe referir que o ‘Grupo Gay da Bahia – GGB’, admitido nestes autos como *amicus curiae* e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é ‘o campeão mundial desse tipo de crime.’”

“[...] o Poder Público apresentou um relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes a 2011: foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais 278 foram homicídios, merecendo destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBT é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8% (Manifestação Grupo Gay da Bahia, fls. 19).”

“Relatórios de organizações civis que monitoram os dados relacionados ao tema – tais como a TGEU – *Transgender Europe* e o GGB – Grupo Gay da Bahia – revelam ser o ‘Brasil campeão mundial da transfobia’, ‘o país que mais mata travestis e transexuais no mundo’, onde, de forma assustadora, ‘o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay’, tendo sido registradas 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, segundo informações constantes do site <https://homofobiamata.wordpress.com>.”

“O relatório submetido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos

da ONU apresentou evidências de um padrão sistemático de violência e discriminação motivado pela orientação sexual ou pela identidade de gênero das pessoas, vindo a reconhecer que a falha das autoridades estatais em criar mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, além de configurar transgressão aos compromissos assumidos pelos Estados (inclusive o Brasil) na ordem internacional, ocasiona, ainda, a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, da opressão e do constrangimento, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, seja em decorrência da atuação de agentes estatais, de particulares, de grupos ou de organizações extremistas, seja, até mesmo, em face de comportamento de membros da própria família da vítima.”

Mandado de incriminação de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais

“É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandato de incriminação: ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (CF, art. 5º, XLI) e ‘a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei’ (CF, art. 5º, XLII). Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.”

Vedação à proteção penal insuficiente por parte do Estado

“Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente.”

Conceito de racismo, precedente do STF (Caso Ellwanger) e sua aplicação às condutas homotransfóbicas

“[...] Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de ‘raça’ – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.”

“A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.”

Interpretação conforme à Constituição do conceito de raça e proibição da analogia *in malam partem*

“Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia *in malam partem* em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).”

“Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal [...], o que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de

transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.”

“Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social.”

Liberdade religiosa e seus limites constitucionais

“Não vislumbro a ocorrência de qualquer ofensa ou dano potencial à liberdade religiosa, qualquer que seja a dimensão em que esta se projete (como a liberdade de culto, p. ex.), se o Estado adotar medidas que visem a prevenir e a reprimir, no plano criminal, práticas de caráter homotransfóbico, da mesma forma que o Poder Público prevê a figura penal consistente na punição, como delito, do crime contra o sentimento religioso, punível nos casos de ultraje a culto ou vilipêndio a ato ou a objeto de culto religioso, tal como definido no art. 208 do Código Penal.”

“É que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, por exemplo, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos

limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.”

Função contramajoritária da jurisdição constitucional e proteção de minorias

“É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. [...]”

“Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia [...] o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.”

7.6 Diálogo entre STF e SIDH

Convenção Americana de Direitos Humanos: princípio da legalidade estrita em matéria penal

“Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.”

Convenção Americana sobre Direitos Humanos: discurso de ódio como limite à liberdade de expressão

Voto do Relator, Ministro Celso de Mello: “Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, ‘toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.’”

Voto da Ministra Cármen Lúcia: “33. Além do que posto no sistema constitucional brasileiro, também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), internalizada pelo Brasil, prevê a necessidade de dupla normatividade na efetivação dos direitos das minorias: ‘dever de respeitar e garantir os direitos ‘sem discriminação’ (art. 1.1) e direito à ‘igual proteção da lei’ (art. 24); a primeira referente ao dever estatal de observar os direitos convencionais em face dos seus cidadãos, a segunda relativa à proteção desigual da lei interna, ou à aplicação dela aos respectivos nacionais (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 28-29).”

Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte IDH: relação entre orientação e identidade de gênero e direito à dignidade humana, à personalidade e à autonomia pessoal

Voto do Relator, Ministro Celso de Mello: “É importante não desconhecer, Senhores Ministros, que esse mesmo entendimento veio a ser acolhido em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), em cujo âmbito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões:

a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (supra, pars. 88 e 89); b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (supra, par. 90); c) O direito à identidade inclui, por sua vez, outros direitos, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (supra, par. 90); d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98); e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93); f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder

ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94); g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95). h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos (supra, par. 99); i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (supra, par. 100)."

Voto do Ministro Edson Fachin: "No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a decisão na Opinião Consultiva OC-24/17, já referida nesta manifestação, na qual assentou, de forma bastante sensível, que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais. Afirmou, ainda, que 'consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre)'. "

7.7 Dispositivo da decisão

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na

conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, 'caput', da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea 'd' somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. [...] vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes."

8. ADPF nº 457: divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual

8.1 Identificação do caso⁴

ADPF nº 457

Requerente: Procurador-Geral da República

Relator: Ministro Alexandre de Moraes

Julgamento: 27.04.2020

8.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto a análise da constitucionalidade da Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), que proibiu a divulgação de material sobre 'ideologia de gênero' nas escolas. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, da referida legislação, por usurpação da competência privativa da União para legislar a respeito de diretrizes e bases da educação, do princípio da liberdade de aprender e de ensinar, e do dever estatal de combate à discriminação por orientação sexual e de gênero, entre outros.

⁴ Para casos semelhantes ao presente, em que se debate objeto muito similar, objeto de lei de outra unidade da Federação, v. ADI 5543 e ADPFs 460 e 461, entre outras. As notas metodológicas do presente caderno esclarecem os critérios que orientaram a decisão pela inclusão do presente caso na obra.

8.3 Ementa

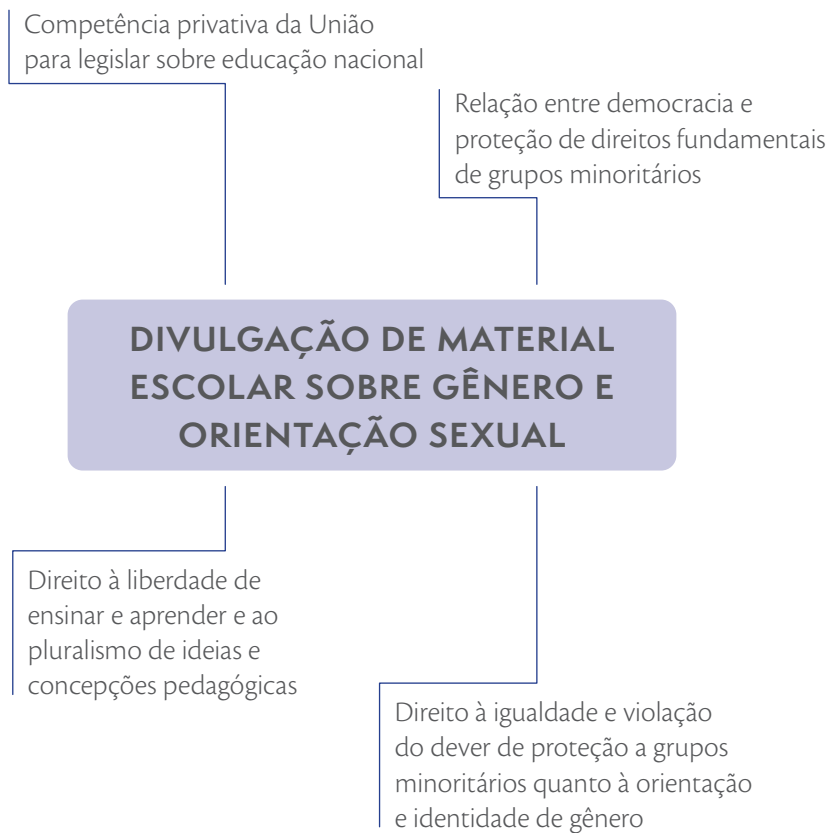
“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 1.516/2015 DO MUNICÍPIO DE NOVO GAMA – GO. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE MATERIAL COM INFORMAÇÃO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO EM ESCOLAS MUNICIPAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA LEGISLATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 22, XXIV, CF). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ATINENTES À LIBERDADE DE APREENDER, ENSINAR, PESQUISAR E DIVULGAR O PENSAMENTO A ARTE E O SABER (ART. 206, II, CF), E AO PLURALISMO DE IDEIAS E DE CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS (ART. 206, III, CF). PROIBIÇÃO DA CENSURA EM ATIVIDADES CULTURAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, CF). DIREITO À IGUALDADE (ART. 5º, *CAPUT*, CF). DEVER ESTATAL NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À DESIGUALDADE E À DISCRIMINAÇÃO DE MINORIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL RECONHECIDAS. PROCEDÊNCIA. 1. Compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV), de modo que os Municípios não têm competência legislativa para a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente. A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local (art. 30, I e II, CF), não justifica a proibição de conteúdo pedagógico, não correspondente às diretrizes fixadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Inconstitucionalidade formal. 2. O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias. 3. Regentes da ministração do ensino no País, os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206,

III, CF), amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, consequentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF), não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhada pelas maiorias. 4. Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF). 5. A Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO, ao proibir a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Inconstitucionalidade material reconhecida. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.”

8.4 Tese

Não houve fixação de tese.

8.5 Fundamentação



Competência privativa da União para legislar sobre educação nacional

“Para o caso em análise, importa ressaltar que a Constituição Federal atribuiu à União competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, condicionando a atuação legislativa dos Estados-membros sobre questões específicas relacionadas ao tema à edição de lei complementar autorizadora [...]”.⁵

“Em complemento, a Constituição também conferiu primazia à União ao imputar-lhe a competência para estabelecer normas gerais sobre educação e ensino, reservando aos Estados e ao Distrito Federal um espaço de competência suplementar, consistente no ‘poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas’, e, aos Municípios, apenas a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, e em conformidade com seu interesse local [...]”.⁶

“No exercício dessa competência legislativa constitucionalmente assegurada, a União editou a Lei 9.394/1996, mediante a qual foram fixadas diretrizes e bases da educação nacional, entre as quais, em conformidade com os arts. 205, 206, II e III, e 214, da Constituição Federal, destaca-se a promoção do pleno desenvolvimento do educando, cujo preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho impõem a observância dos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e da promoção humanística, científica e tecnológica do País.”⁷

⁵ Neste ponto, a decisão transcreve o dispositivo. V. CF/88, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXIV – diretrizes e bases da educação nacional”.

⁶ Em tal trecho, a decisão transcreve os artigos pertinentes. V. CF/88, art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”; art. 30: “Compete aos Municípios: [...] II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

⁷ CF/88, art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”; art. 206: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar

“Dessa forma, além de disciplinar matéria que, em razão da necessidade de tratamento uniforme em todo o País, é de competência privativa da União (art. 22, XXIV, da CF), a Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama/GO excedeu do raio de competência suplementar reconhecida aos Municípios ao contrariar o sentido expresso nas diretrizes e bases da educação nacional estatuídos pela União (art. 30, II, da CF). Reconheço, portanto, a inconstitucionalidade formal da lei impugnada.”

Relação entre democracia e proteção de direitos fundamentais de grupos minoritários

“O exercício da jurisdição constitucional por esta SUPREMA CORTE, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, [...] a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria [...]”

e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); IX – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida”; art. 214: “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas [...]”

Direito à liberdade de ensinar e aprender e ao pluralismo de ideias e concepções pedagógicas

“Sob a ótica material, ao vedar a divulgação de ‘material com referência a ideologia de gênero’ (art. 1º), estabelecer normatização correlata concernente à censura desses materiais (art. 2º), estender a proibição aos ‘materiais que fazem menção ou influenciam ao aluno sobre ideologia de gênero’ (art. 3º) e aos que ‘foram recebidos mesmo que por doação’ (art. 4º), a Lei municipal impugnada violou os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), regentes da ministração do ensino no País, amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, conseqüentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF).”

Direito à igualdade e violação do dever de proteção a grupos minoritários quanto à orientação e identidade de gênero

“Por outro lado, considerando que a Lei municipal adere à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia [...], reconheço, também, ofensa a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do ‘bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV, da CF), e, por consequência, ao princípio da igualdade consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’.”

8.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes: “A proibição à discriminação em razão do sexo, gênero ou orientação sexual já foi afirmada por este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL quando do julgamento da ADI 4.277 (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, Dje de 14/10/2011) [...]. No mesmo sentido, a alínea ‘i’ do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo: (i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação [...]”

Voto do Ministro Gilmar Mendes: “CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

8.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, acordam em julgar procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), nos termos do voto do Relator.”

9. ADI nº 5.543: doação de sangue por homossexuais

9.1 Identificação do caso⁸

ADI nº 5.543

Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB

Relator: Ministro Edson Fachin

Julgamento: 11.05.2020

9.2 Resumo

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem como objeto o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (RDC nº 34/2014 da ANVISA). O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar inconstitucionais os referidos dispositivos, por configurarem indevida discriminação por orientação sexual e ofenderem a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade.

⁸ Para casos semelhantes ao presente, em que se debate objeto muito similar, objeto de lei de outra unidade da Federação, v. ADPFs 457, 460, 461, entre outras. As notas metodológicas do presente caderno esclarecem os critérios que orientaram a decisão pela inclusão do presente caso na obra.

9.3 Ementa

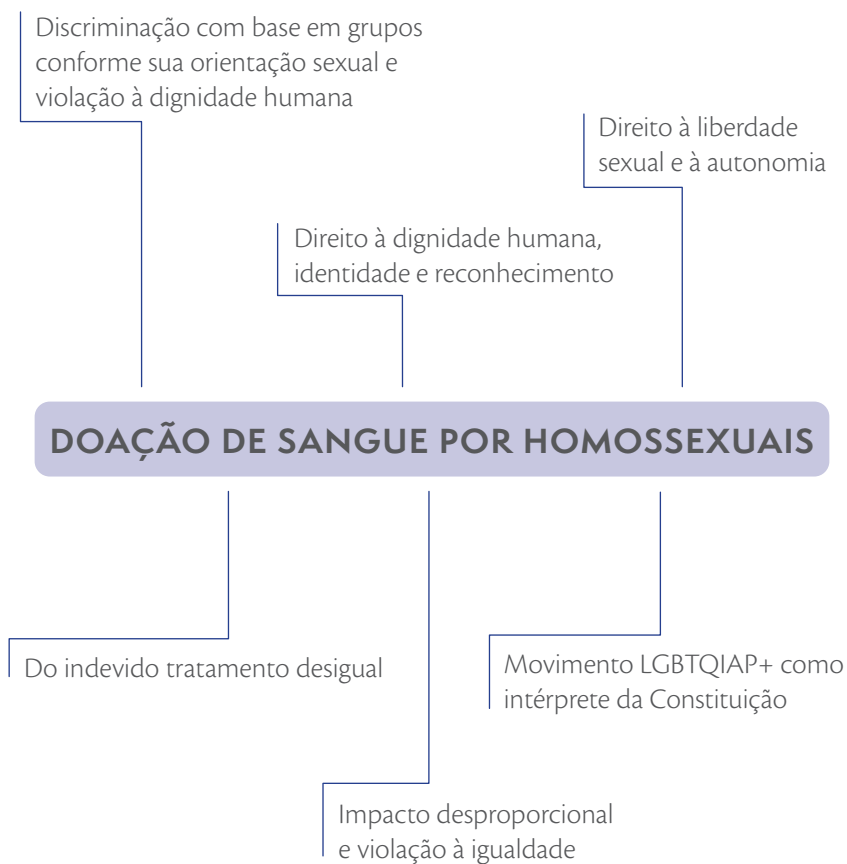
“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, ‘D’, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. [...]. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do

inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea 'd' do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.”

9.4 Tese

Não houve fixação de tese.

9.5 Fundamentação



Discriminação com base em grupos conforme sua orientação sexual e violação à dignidade humana

“As normas impugnadas – [...] – consideram inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.”

“O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco [para a doação de sangue] incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores.”

“Ademais, perceba-se que para além de arrematar do Outro a sua humanidade ao atribuir-lhe, a partir de sua sexualidade, a pecha de desviante, gera-se a externalidade negativa de se considerar que aquilo que erroneamente se reputa como a sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão que se almeja evitar.”

“Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB).”

Direito à dignidade humana, identidade e reconhecimento

“As normas impugnadas nesta Ação Direta também ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) porque afrontam outro elemento que lhe constitui: o reconhecimento desse grupo de pessoas como sujeitos que devem ser respeitados e valorizados da maneira como são, e não pelo gênero ou orientação sexual das pessoas com as quais se relacionam. Restringir de maneira a praticamente impossibilitar que homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras possam doar sangue por um lapso temporal de 12 (doze) meses é negar o reconhecimento dessas pessoas apenas pela forma como se relacionam afetivamente, e não pelas condutas que possam ter realizado e que, efetivamente, podem influenciar na triagem do sangue doado. Conforme aponta Daniel Sarmento

violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitem a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações. É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes [...] (SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 256-257).”

Direito à liberdade sexual e à autonomia

“Ao se enfrentar a questão à luz dos direitos da personalidade, mais especificamente a partir do seu construto diário em que, mediante pequenos gestos, a inerente humanidade de todos é afirmada, evidencia-se com maior clareza como a norma viola, a não mais poder, a própria ideia de dignidade, conforme exposto alhures. Isso porque se está a exigir,

para manifestação de um elemento da personalidade – o exercício da alteridade mediante o ato de doação de sangue – , o completo aniquilamento de outra faceta da própria personalidade – o exercício da liberdade sexual. Há, nesse quadrante, violação à dignidade inerente a cada sujeito (art. 1º, III, CRFB), que se vê impedido de exercer sua liberdade e autonomia (art. 5º, *caput*, CRFB) expressadas pelos direitos de personalidade que lhe constituem (sua orientação sexual) para ter um gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo. Tal moldura normativa também impõe, assim, um tratamento não igualitário injustificado e, portanto, inconstitucional (art. 5º, *caput*, CRFB).”

Do indevido tratamento desigual

“Somente assim será possível vivificar o que Constituição dispôs em seu art. 3º, I – a construção de uma sociedade livre e solidária – e em seu art. 5º, *caput*. Vale dizer, só haverá livre igualdade para essas pessoas (homens que fazem sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes) se as políticas públicas de doação de sangue deixarem de lado restrições baseadas n[a] orientação sexual e no gênero dos candidatos a doadores e passarem a estabelecer limitações e condicionantes gerais que digam respeito às condutas, práticas, comportamentos, daqueles que querem doar. Somente assim se estará a respeitar uma noção forte de igualdade, conferindo-se valor idêntico a todos, e também igual consideração e respeito [...]”

“A violação à igualdade, portanto, sobressai evidente. Isso porque ainda que o índice estatístico e epidemiológico coletivo indique que o índice de probabilidade de uma pessoa ter AIDS ser *[sic]* maior se esta for um homem homossexual ou bissexual, não é possível transpor tais dados para o plano subjetivo do doador, sob pena de se estigmatizar, de forma absolutamente ilegítima, um grupo de pessoas.”

Movimento LGBTQIAP+ como intérprete da Constituição

“A demanda jurisdicional em tela nos conclama, ainda, a lançar mão da alteridade como um incentivo à compreensão da Constituição a partir do ponto de vista do Outro. Reconhecer a atuação do Movimento LGBT como um intérprete da Constituição, portanto, além de um compromisso ético, torna o processo de interpretação constitucional mais legítimo e democrático. [...]”

“A atuação do movimento LGBT no Brasil representa, pois, esforços para a inclusão de suas demandas na tradição constitucional enquanto exigências da igualdade. Nesse sentido, como muito bem expôs o *amicus curiae* ‘Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia’ da UFPR, estamos a tratar de

um nicho populacional que vive em situação de vulnerabilidade, que diuturnamente está exposto à violência, ao preconceito e a violações de sua integridade e dignidade (...) vale lembrar que a impossibilidade de doar sangue não permite que a solidariedade seja exercida pelos homossexuais em relação a seus pares, vítimas de violência: não puderam no incidente de Orlando [nos Estados Unidos], não puderam em nenhum dos casos existentes no Brasil (eDOC 198, p. 33).”

Impacto desproporcional e violação à igualdade

“Ressalto que, no presente caso, a política pública restritiva prevista pela Portaria do Ministério da Saúde e pela Resolução da ANVISA, apesar das informações prestadas pelo Ministério da Saúde (eDOC 77, p. 7-8), causa uma limitação desproporcional, ainda que desintencional. É o que em sede doutrinária se tem chamado de impacto desproporcional. Nesse sentido, há que se diferenciar a discriminação direta – aquela munida de intuito discriminatório – da discriminação indireta – aquela que,

desprovida dessa intencionalidade, produz impactos desproporcionais a determinadas pessoas ou grupos sociais.”

“Compartilhando da fundamentação doutrinária e da aplicação jurisprudencial por esta Corte da Teoria do Impacto Desproporcional, concluo que a política restritiva prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, ‘d’, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois acaba tal limitação, a despeito de intentar proteção, impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.”

9.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Edson Fachin: “Fixadas tais premissas, no que é relevante para a discussão, no caso em análise, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB – são robustecidos, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo que vem disposto (i) na Convenção Americana de Direitos Humanos, (ii) no Pacto de Direitos Civis e Políticos, (iii) na Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e pelos (iv) Princípios de *Yogyakarta*.”

“As normas emanadas pelo Ministério da Saúde (art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016) e pela ANVISA (art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014) ferem, frontalmente, a dignidade dos homens homossexuais e bissexuais candidatos a doadores ao lhes retirar sua autonomia para exercer o ato de alteridade de doar sangue, bem como o seu reconhecimento identitário individual exercido pela sua livre orientação sexual. Ademais, tais normas violam o direito à igualdade e à não-discriminação dos homens homossexuais à

medida que estabelecem restrição quase proibitiva para a fruição de duas dimensões de direitos da personalidade: o de exercer ato empático e solidário de doar sangue ao próximo e o de vivenciar livremente sua sexualidade. A questão, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 1, Capítulo I, Parte I [...].”

“Também nessa toada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a qual teve o Brasil, juntamente com Argentina, Equador e Uruguai, como um dos primeiros signatários, expande a abrangência da discriminação, constituindo primeiro instrumento jurídico juridicamente vinculante que condena discriminação em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero [...].”

9.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária virtual de 1º a 8 de maio de 2020, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, ‘d’, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello que julgavam improcedente o pedido.”

10. ADPF nº 461: ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas

10.1 Identificação do caso⁹

ADPF nº 461

Requerente: Procurador-Geral da República

Relator: Ministro Roberto Barroso

Julgamento: 24.08.2020

10.2 Resumo

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem como objeto a análise do art. 3º, X, parte final, da Lei 3.468/2015 do Município de Paranaguá (PR), que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, do dispositivo em questão, uma vez que a norma compromete o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral.

⁹ Para casos semelhantes ao presente, em que se debate objeto muito similar, objeto de lei de outra unidade da Federação, v. ADI 5543 e ADPFs 457 e 460, entre outras. As notas metodológicas do presente caderno esclarecem os critérios que orientaram a decisão pela inclusão do presente caso na obra.

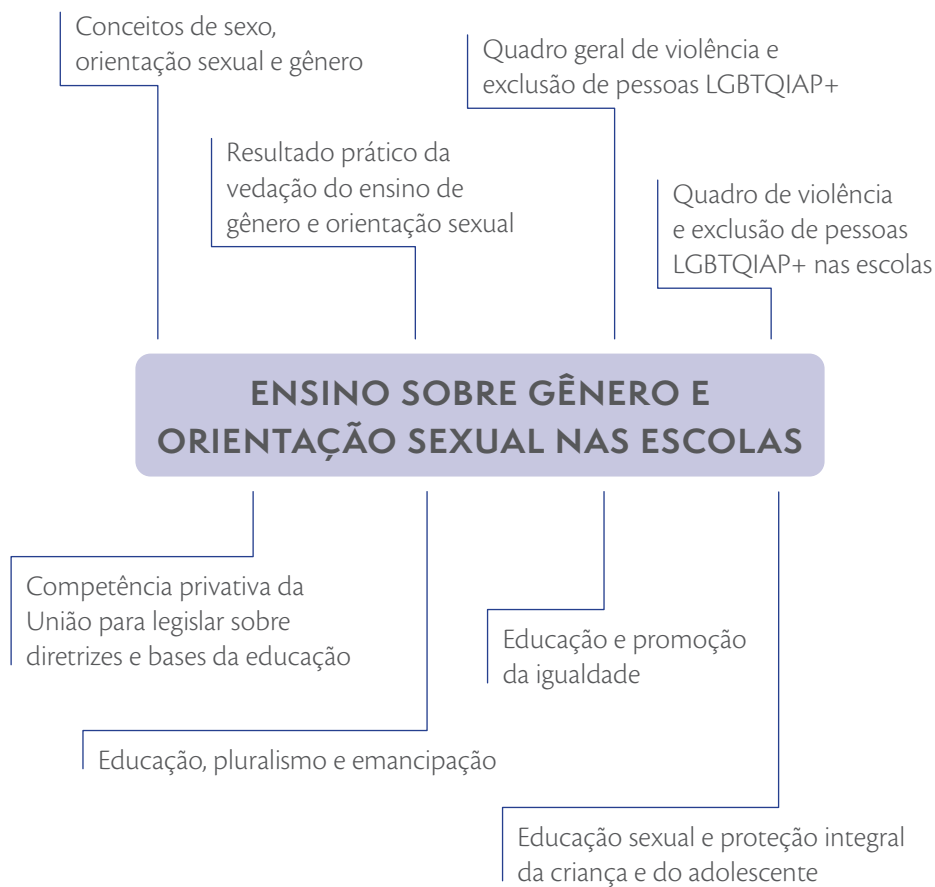
10.3 Ementa

“DIREITO À EDUCAÇÃO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI MUNICIPAL QUE VEDA O ENSINO SOBRE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL, BEM COMO A UTILIZAÇÃO DESSES TERMOS NAS ESCOLAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal (CF/88, art. 30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227). 5. Declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.”

10.4 Tese

Não houve fixação de tese.

10.5 Fundamentação



Conceitos de sexo, orientação sexual e gênero

“1. Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia, é importante esclarecer o significado das expressões ‘sexo’, ‘gênero’ e ‘orientação sexual’, as duas últimas proscritas pelo dispositivo legal que é objeto desta ação. Como já tive a oportunidade de esclarecer [1], a palavra sexo, de modo geral, é utilizada para referir-se à distinção entre homens e mulheres com base em características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos[2]. Gênero designa o autoconceito que o indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino[3]. E orientação sexual refere-se à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero[4].”

“2. As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhecem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os sexos etc.”

Resultado prático da vedação do ensino de gênero e orientação sexual

“3. Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero, de orientação sexual ou que utilizem tais expressões significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero e de orientação sexual seja um fato da vida,

um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar.”

“14. A norma impugnada caminha na contramão de tais valores ao impedir que as escolas tratem da sexualidade em sala de aula ou que instruem seus alunos sobre gênero e sobre orientação sexual. Não tratar de gênero e de orientação sexual no âmbito do ensino não suprime o gênero e a orientação sexual da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre.”

Quadro geral de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+

“18. [...] É importante observar, além disso, que os grupos que não se enquadram nas fronteiras tradicionais e culturalmente construídas de identidade de gênero ou de orientação sexual constituem minorias marginalizadas e estigmatizadas na sociedade[10].”

“19. Basta lembrar que o Brasil lidera o *ranking* mundial de violência contra transgêneros[11], cuja expectativa média de vida, no país, gira em torno de 30 anos, contra os quase 75 anos de vida do brasileiro médio[12]. Transexuais têm dificuldade de permanecer na escola, de se empregar e até mesmo de obter atendimento médico nos hospitais públicos[13]. Também não são incomuns atos de discriminação[14] e violência dirigidos a homossexuais[15]. As relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo são cercadas de preconceito e marcadas pelo estigma. Tanto é assim que as uniões homoafetivas obtiveram tratamento jurídico equiparado ao de união estável, por este Supremo Tribunal Federal, apenas no ano de 2011[16]. E que foi necessário que o Conselho Nacional de Justiça expedisse uma resolução vedando a recusa de celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pelas autoridades competentes, para que tal direito fosse assegurado efetivamente[17].”

“20. A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência; implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado.”

Quadro de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+ nas escolas

“25. Não bastasse o exposto, a escola – ao lado da família – é identificada por pesquisadores como um dos principais espaços de discriminação e de estigmatização de crianças e jovens transexuais e homossexuais. Segundo estudos da Fundação Perseu Abramo, quando perguntadas em que situação sofreram pela primeira vez discriminação homofóbica, grande parte das pessoas trans, gays e lésbicas indicou a escola como o lugar em que isso ocorreu pela primeira vez e os colegas de escola como um dos principais autores de tais atos.”

“26. É na escola que eventualmente alguns jovens são identificados, pela primeira vez, como afeminados ou masculinizados, em que o padrão cultural naturalizado é identificado como o comportamento ‘normal’, em que a conduta dele divergente é rotulada como comportamento ‘anormal’ e na qual se naturaliza o estigma. Nesse sentido, o mero silêncio da escola nessa matéria, a não identificação do preconceito, a omissão em combater a ridicularização das identidades de gênero e orientações sexuais, ou em ensinar o respeito à diversidade, é replicadora da discriminação e contribui para a consolidação da violência às crianças homo e trans.”

Competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação

“5. De acordo com a Constituição de 1988, compete privativamente à União dispor sobre as diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV). Compete-lhe, ainda, estabelecer normas gerais sobre a matéria, a serem complementadas pelos Estados, no âmbito da sua competência normativa concorrente (CF/88, art. 24, IX). Cabe, por fim, aos Municípios suplementar as normas federais e estaduais (CF/88, art. 30, II).”

“7. A norma impugnada veda a adoção de política educacional que trate de gênero ou de orientação sexual e proíbe até mesmo que se utilizem tais termos. Suprime, portanto, campo do saber das salas de aula e do horizonte informacional de crianças e jovens, interferindo sobre as diretrizes que, segundo a própria Constituição, devem orientar as ações em matéria de educação. Ao legislar em tais termos, o Município dispôs, portanto, sobre matéria objeto da competência privativa da União sobre a qual deveria se abster de tratar.”

“8. Além disso, estabeleceu norma que conflita com a Lei 9.394/1996 (‘Lei de Diretrizes e Bases de Educação’), editada pela União, com base no exercício de tal competência privativa, e que prevê, além da garantia dos valores constitucionais acima elencados, o respeito à liberdade, o apreço à tolerância e a vinculação entre educação e práticas sociais como princípios que devem orientar as ações educacionais (arts. 2º e 3º, II, III e IV).”

Educação, pluralismo e emancipação

“11. Como já mencionado, a educação assegurada pela Constituição de 1988, segundo seu texto expresso, é aquela voltada a promover o pleno desenvolvimento da pessoa, a sua capacitação para a cidadania, bem

como o desenvolvimento humanístico do país (CF/88, arts. 205 e 214). Trata-se de educação emancipadora, fundada, por dispositivo constitucional expresso, no pluralismo de ideias, na liberdade de aprender e de ensinar, cujo propósito é o de habilitar a pessoa para os mais diversos âmbitos da vida, como ser humano, como cidadão e como profissional (CF/88, art. 206, II, III e V).”

“13. A proibição de tratar de conteúdos em sala de aula sem uma justificativa plausível, à toda evidência, encontra-se em conflito com tais valores. Em primeiro lugar, não se deve recusar aos alunos acesso a temas com os quais inevitavelmente trarão contato na vida em sociedade. A educação tem o propósito de prepará-los para ela. Além disso, há uma evidente relação de causa e efeito entre a exposição dos alunos aos mais diversos conteúdos e a aptidão da educação para promover o seu pleno desenvolvimento. Quanto maior é o contato do aluno com visões de mundo diferentes, mais amplo tende a ser o universo de ideias a partir do qual pode desenvolver uma visão crítica, e mais confortável tende a ser o trânsito em ambientes diferentes dos seus. É por isso que o pluralismo ideológico e a promoção dos valores da liberdade são assegurados na Constituição e em todas as normas internacionais antes mencionadas.”

“15. Trata-se, portanto, de uma proibição que impõe aos educandos o desconhecimento e a ignorância sobre uma dimensão fundamental da experiência humana e que tem, ainda, por consequência, impedir que a educação desempenhe seu papel fundamental de transformação cultural, de promoção da igualdade e da própria proteção integral assegurada pela Constituição às crianças e aos jovens, como se demonstra a seguir.”

Educação e promoção da igualdade

“16. A escola é uma dimensão essencial da formação de qualquer pessoa. O *locus* por excelência em que se constrói a sua visão de mundo. Trata-se, portanto, de um ambiente essencial para a promoção

da transformação cultural, para a construção de uma sociedade aberta à diferença, para a promoção da igualdade. A matéria não é nova e foi objeto de um dos casos mais paradigmáticos do constitucionalismo contemporâneo. Em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a inconstitucionalidade da imposição de escolas separadas para brancos e negros, ao fundamento de que as escolas são um ambiente essencial para a formação da cidadania, para promoção de valores culturais e da igualdade, e que a mera separação contribuía para a perpetuação da discriminação racial[8].”

“21. A educação é o principal instrumento de superação da incompreensão, do preconceito e da intolerância que acompanham tais grupos ao longo das suas vidas. É o meio pelo qual se logrará superar a violência e a exclusão social de que são alvos, transformar a compreensão social e promover o respeito à diferença. Impedir a alusão aos termos gênero e orientação sexual na escola significa conferir invisibilidade a tais questões. Proibir que o assunto seja tratado no âmbito da educação significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação. Assim, também por este fundamento – violação à igualdade e à dignidade humana – reconheça a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado.”

Educação sexual e proteção integral da criança e do adolescente

“14. [...]. Não tratar de gênero e de orientação sexual no âmbito do ensino não suprime o gênero e a orientação sexual da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre.”

“22. É importante considerar, ainda, que os alunos são seres em formação, que naturalmente experimentam a sua própria sexualidade,

que desenvolvem suas identidades de gênero, sua orientação sexual, e que elas podem ou não corresponder ao padrão cultural naturalizado. A educação sobre o assunto pode ser, assim, essencial para sua auto-compreensão, para assegurar sua própria liberdade, sua autonomia, bem como para proteger o estudante contra a discriminação e contra ameaças de cunho sexual.”

“23. Nessa linha, deve-se ter em conta que o art. 227 da Constituição assenta o princípio da proteção integral da criança, do adolescente e dos jovens, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de lhes assegurar todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, entre os quais se destacam: o direito à educação, à liberdade e à proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.”¹⁰

“24. Em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, dos adolescentes e dos jovens, a Constituição sujeita-os a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia[18]. Educar jovens sobre gênero e orientação sexual integra tal regime especial de proteção porque é fundamental para permitir que se desenvolvam plenamente como seres humanos. Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade e protegê-los contra a discriminação e a violência.”

“27. É na escola que se pode aprender que todos os seres humanos são dignos de igual respeito e consideração. O não enfrentamento do estigma e do preconceito nas escolas, principal espaço de aquisição de conhecimento e de socialização das crianças, contribui para a perpetuação de tais condutas e para a sistemática violação da autoestima

10 O voto, neste ponto, transcreve a norma constitucional. CF/88, art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

e da dignidade de crianças e jovens. Não tratar de gênero e de orientação sexual na escola viola, portanto, o princípio da proteção integral assegurado pela Constituição.”

10.6 Diálogo entre STF e SIDH

Voto do Relator, Ministro Roberto Barroso: “12. Tais disposições constitucionais estão alinhadas, ainda, com normas internacionais ratificadas pelo Brasil. Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhecem que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância e, portanto, fortalecer o pluralismo ideológico e as liberdades fundamentais.”

Voto do Ministro Alexandre de Moraes: “No mesmo sentido, a alínea ‘i’ do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo:

(i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação.”

10.7 Dispositivo da decisão

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em julgar procedente o pedido formulado na arguição de

descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015, parte final, no trecho em que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, uma vez que a norma compromete o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.”

Esta obra foi projetada e composta na fonte Semplicita Pro, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal, em parceria editorial com a Secretaria de Comunicação Social do Conselho Nacional de Justiça.



Acesse a versão digital

