

DIREITOS LGBT E CORTES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA COLÔMBIA, PERU, CHILE E BRASIL¹

Daniel Carvalho Cardinali²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a jurisprudência das cortes constitucionais de quatro países da América Latina (Colômbia, Peru, Chile e Brasil) no tocante aos direitos LGBT. Na introdução, será discutido de que maneira algumas características culturais que estes países compartilham influenciam a demanda por direitos LGBT junto às cortes constitucionais, bem como os limites da jurisdição constitucional para a sua garantia. No seguimento, serão analisadas individualmente as jurisprudências de cada um dos quatro tribunais constitucionais nacionais, buscando verificar se e em que medida estas garantiram os direitos das pessoas LGBT.

Palavras Chave: Direitos LGBT. Jurisdição Constitucional. América Latina.

LGBT RIGHTS AND LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL COURTS: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE FROM COLOMBIA, PERU, CHILE AND BRAZIL

ABSTRACT: This article aims to analyze the jurisprudence of the constitutional courts of four Latin American countries (Colombia, Peru, Chile and Brazil) in regard to LGBT rights. In the introduction, it will be discussed how some cultural characteristics that these countries share influence the demand for LGBT rights within their constitutional courts, as well as the protective limits constitutional jurisdiction can offer for such rights. The case law of each of the four national constitutional courts will then be examined individually to ascertain whether and to what extent they have guaranteed the rights of LGBT persons.

Keywords: LGBT rights. Constitutional Jurisdiction. Latin America.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar uma análise eminentemente informativa da jurisprudência das cortes constitucionais³ da Colômbia, Peru, Chile e Brasil no tocante

¹ Artigo recebido em 08/02/2017 e aprovado em 23/04/2017

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

³ As expressões “tribunal constitucional” e “corte constitucional” não são utilizados aqui em sentido estrito para designar um órgão judicial que se dedique apenas ao controle de constitucionalidade e à tutela de direitos de ordem constitucional. Isto porque um dos tribunais estudados, o Supremo Tribunal Federal -

aos direitos LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgênero, i.e., sujeitos minoritários em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero). A escolha destes países foi feita levando em consideração, em primeiro lugar, a existência de decisões relevantes sobre o tema⁴. Ademais, tendo em vista que o foco da pesquisa é a jurisdição constitucional, foram descartados da análise os países nos quais os direitos de minorias sexuais foram assegurados primordialmente pela via legislativa, caso da Argentina⁵ e do Uruguai⁶.

Desta forma, serão analisados julgados de tribunais constitucionais de países nos quais os direitos LGBT não foram objeto de proteção integral – ou mesmo de qualquer tutela – por parte Poder Legislativo. Diante desta omissão do legislador, abre-se a possibilidade de a jurisdição constitucional agir no atendimento das demandas deste segmento; a resposta das cortes, entretanto, nem sempre vai ao encontro dos interesses da população LGBT. Assim, por exemplo, serão analisados alguns casos que são vitórias importantes para o movimento LGBT⁷, com o reconhecimento imediato e integral do direito pleiteado; outros que representam vitórias parciais ou que somente foram alcançadas após o longo enfrentamento de uma jurisprudência em sentido contrário, com uma sucessão de decisões desfavoráveis; e ainda outras decisões em que a corte constitucional legitimou práticas ou normas discriminatórias, trabalhando em prol da manutenção do *status quo*.

STF, além desta função típica de corte constitucional, acumula ainda competências originárias e recursais de diversas ordens. Tais termos são empregados, assim, apenas para designar que as cortes analisadas são responsáveis em seus respectivos sistemas judiciais por exercer o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado e tutelar em alguma medida os direitos fundamentais previstos na Constituição do país, independentemente de eventuais outras competências e atribuições.

⁴ Assim, não foram localizadas, à época da realização da pesquisa, decisões relevantes na Suprema Corte de Justiça do Paraguai e na Corte Constitucional do Equador, por exemplo.

⁵ Em 2010, foi aprovada na Argentina a lei que a tornou o primeiro país da América Latina a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contendo disposições inclusive acerca da adoção de crianças por estas famílias. Em 2012, foi aprovada no país uma lei sobre identidade de gênero, regulamentando uma série de direitos de pessoas transexuais e transgênero.

⁶ Em 2009, foram aprovadas no Uruguai uma lei dispondo sobre as “uniões concubinárias” de pessoas do mesmo sexo, inclusive com a possibilidade de adoção, e outra sobre direitos de pessoas transexuais e transgênero. Em 2013, o Parlamento do país legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁷ Aqui se parte de uma noção do que é mais comumente entendido ou não como um avanço dos direitos LGBT. O movimento LGBT, entretanto, é um movimento social complexo, e não uma entidade monolítica, imune a disputas e divergências internas, principalmente levando em consideração que o mesmo é composto por identidades e vivências muito diferentes entre si. Neste sentido, por exemplo, nem todas as correntes do movimento LGBT são favoráveis ao casamento igualitário, encarando nesta demanda uma domesticação das sexualidades divergentes.

A análise de direito comparado no tema dos direitos LGBT possui especial interesse, na medida em que a judicialização das demandas LGBT é um processo global que vem ocorrendo simultaneamente em um grande número de países. Hunter destaca, neste sentido, que os direitos LGBT, ao contrário dos direitos das mulheres e das minorias raciais, se tornaram uma preocupação central do direito constitucional mais recentemente, já durante a “era da globalização”, resultando num “dinâmico ambiente jurídico transnacional”, em que as cortes de diversos países são chamadas a decidir sobre questões semelhantes quase que ao mesmo tempo (HUNTER, 2009, p. 116). Neste sentido, não é raro que as decisões e avanços em uma dada jurisdição produzam efeitos em outro país, seja reforçando a luta política local, seja servindo de recurso argumentativo na fundamentação das decisões judiciais.

Por outro lado, a luta pelos direitos LGBT nos países estudados apresenta algumas dificuldades próprias, em função do contexto histórico-cultural latino-americano. A noção rígida de papéis de gênero masculino e feminino, seja no âmbito da família, seja em outros espaços sociais, bem como uma cultura profundamente machista e patriarcal que coloca o homem e a masculinidade/virilidade como superiores à mulher e à feminilidade (SKIDMORE, SMITH, 2005)⁸, fazem com que as demandas que buscam questionar esses paradigmas, como as do movimento LGBT, encontrem enorme resistência social e política⁹. Tais demandas trazem o privado para a esfera da discussão pública, jogando luzes sobre temas muitas vezes considerados tabus na sociedade latino-americana, e ameaçam a matriz heteronormativa e o sistema de dominação de gênero, construídos ao longo de séculos e cujos efeitos permanecem fortes na vida social e política da região¹⁰.

⁸ Com efeito, estes autores encaram a noção de “machismo”, entendido como “a celebração das expressões social e sexual do poder masculino e da virilidade” (“*celebration of the sexual and social expressions of masculine power and virility*”) como uma “norma cultural central” (“*central cultural norm*”) para a compreensão da cultura latino-americana (SKIDMORE, SMITH, 2005, p. 63).

⁹ Assim, apenas a título ilustrativo, uma pesquisa realizada pelo instituto americano *Pew Research Center* entre outubro de 2013 e fevereiro de 2014 concluiu haver uma “oposição generalizada ao casamento gay” (*widespread opposition to gay marriage*) na América Latina, com apenas quatro de dezenove países (Uruguai, Argentina, Chile e México) pesquisados apresentando um percentual de aprovação maior ao de oposição. (PEW RESEARCH CENTER, 2014)

¹⁰ Jordi Díez afirma, nesse sentido, que o processo de formação histórica e cultural do continente resultaram no “entrenchment da heteronormatividade como um princípio organizacional da ordem social na América Latina” (“*entrenchment of heteronormativity as an organizing principle of the social order in Latin America*”; Díez, 2015, p. 37)

Vaggione destaca, por exemplo, a influência persistente da Igreja Católica sobre a política majoritária dos países da região e a importância da cosmovisão cristã na formação da identidade latino-americana. Neste sentido, a defesa cristã de um modelo de família único, não apenas heterossexual, mas também matrimonial, indissolúvel e profundamente patriarcal, estaria relacionada à própria defesa da cultura latino-americana em oposição às influências disruptivas do feminismo e das lutas de minorias sexuais (VAGGIONE, 2013). Os grupos que defendem uma noção tradicional de família e sexualidade, costumeiramente ligados à Igreja Católica e cada vez mais ligados a igrejas neopenteconstais, representam uma força organizada e poderosa nos parlamentos dos países da região.

No entanto, mesmo com o machismo e a influência da Igreja Católica, a região tem paradoxalmente estado na linha de frente da reforma legal a favor dos direitos LGBT¹¹, e um dos fatores para tal circunstância é justamente o uso estratégico do Judiciário pelos movimentos LGBT nacionais para a promoção de suas agendas (DÍEZ, 2015). Com efeito, com base na percepção de que o Legislativo muitas vezes se apresenta como uma arena inóspita e bloqueada, o movimento LGBT passa a buscar as cortes como alternativa para garantia de direitos¹². Por outro lado, a partir do momento em que as primeiras conquistas junto aos tribunais são alcançadas, uma forte reação conservadora (“backlash”) costuma tornar os parlamentos cada vez mais herméticos às demandas das minorias sexuais¹³.

¹¹ “Uma região muitas vezes descrita como ‘devotamente católica’ e *machista* viu, ao longo de um período de tempo relativamente breve, uma expansão sem precedentes dos direitos sexuais. Dada a percepção da cultura política da região, a América Latina não parece, à primeira vista, ser um lugar propício para que essas mudanças avancem (*“A region often described as ‘devoutly Catholic’ and machista has seen, over a relatively short period of time, an unprecedented expansion of sexual rights. Given the region’s perceived political culture, Latin America does not appear, at first glance, to be a propitious place in which these changes could transpire. But transpire they have: from the enactment of the world’s most advanced gender”*); DÍEZ, 2015, p. 242).

¹² Assim, por exemplo, especificamente sobre o contexto colombiano, que será analisado no presente artigo, Iturralde destaca a importância do acesso à jurisdição constitucional para o movimento LGBT do país diante de um “sistema político muito influenciado por uma visão de mundo conservadora e autoritária” (*“a political system that is largely influenced by a conservative and authoritarian worldview”*); ITURRALDE, 2013, p. 387).

¹³ Esta dinâmica é retratada por Eskridge em seu trabalho sobre as dinâmicas de construção das demandas e estratégias políticas dos chamados “movimentos sociais baseados em identidades” (*“identity-based social movements”*). Segundo o autor, quando um destes movimentos que advogam por direitos de grupos socialmente marginalizados, como é o caso do movimento LGBT, consegue alcançar algum tipo de vitória contra o *status quo*, as forças tradicionalistas e conservadoras da sociedade organizam uma reação na busca por impedir mais mudanças ou pela reversão daquelas já alcançadas (ESKRIDGE, 2001, pp. 467-468).

Não obstante, conforme já foi destacado, a resposta do Judiciário e das cortes constitucionais na região não é unívoca na tutela desses direitos. Essas renitências conservadoras e patriarcais exercem influência sobre o raciocínio judicial, fazendo com que os juízes incorporem – e nesse sentido, reforcem e legitimem – em suas decisões e votos as mesmas noções tradicionais sobre sexo, masculinidade e família que as demandas LGBT buscam desconstruir¹⁴. Tal circunstância faz com que o estudo da jurisprudência sobre direitos LGBT na América Latina seja interessante na medida em que põe em xeque a difundida tese de que a jurisdição constitucional tenderia a atuar de forma contramajoritária na defesa dos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, ao revelar, na prática, um Judiciário que tem dificuldades em lidar com demandas que se opõe à moralidade tradicional¹⁵.

Por fim, cabe anotar, ainda, que o movimento LGBT não deve ser encarado como uma entidade monolítica, uma vez que congrega uma série de identidades heterogêneas, podendo ser caracterizado como um “movimento guarda-chuva”, com demandas plurais e nem sempre harmônicas entre si. Embora tal circunstância agregue complexidade a qualquer análise que envolva os direitos ou o movimento LGBT, ela possibilita algumas reflexões interessantes acerca da construção das demandas dos movimentos sociais, das disputas e assimetrias internas que os marcam, etc. Para fins do presente trabalho, destaca-se que nem todos os segmentos e demandas do movimento são pronta e igualmente assimiláveis pela jurisprudência das cortes constitucionais. Assim, por exemplo, o fato de que uma corte tenha proferido julgamento proibindo discriminação em função de

¹⁴ Com efeito, Vaggione destaca que “juízes são importantes agentes interessados na perpetuação da marginalização de indivíduos LGBTQ. Com o argumento da defesa de menores de idade ou da família enquanto instituição social, decisões judiciais contribuem em grande escala para a institucionalização de um sistema cultural que constrói e naturaliza a heterossexualidade como a única possibilidade” (“*Judges are important stakeholders in the continuity marginalizing LGBTQ individuals. With the argument of defense of minors or of the family as a social institution, judicial decisions contribute, to a large degree, to the institutionalizing of the cultural system that constructs and naturalizes heterosexuality as the only possibility*”; VAGGIONE, 2013. p. 239)

¹⁵ Cabe destacar, não obstante, que tal noção de uma “atuação contramajoritária” incontornável e inesgotável do Judiciário é criticada por uma série de autores, pelos mais diversos motivos. Friedman, por exemplo, destaca que uma esperança na *Judicial Review* segundo a qual os juízes não apenas podem, mas como necessariamente irão em todos os casos desafiar os outros poderes para defender os direitos das minorias e as salvaguardas constitucionais, representa uma visão puramente normativa da atuação da jurisdição constitucional e do Direito, que deixa de considerar uma série de limitações e influências reais (“positivas”), como a ideologia dos julgadores, limitações institucionais, a opinião pública etc. (FRIEDMAN, 2005).

orientação sexual nas forças armadas não significa que ela adotará uma postura progressista no tocante à adoção por casais do mesmo sexo. De igual forma, uma corte que seja protetiva para com gays e lésbicas pode não apresentar a mesma disposição para atender as demandas de grupos mais marginalizados, como travestis e transexuais. Tal circunstância reforça a noção de que a jurisdição constitucional não ocorre “no vácuo”, i.e., sem que as demandas sociais deduzidas judicialmente gozem de um nível mínimo de aceitação social, revelando o paradoxo de que quanto mais estigmatizada e vulnerável uma minoria, menor a chance de que a mesma tenha seus direitos tutelados pela corte constitucional¹⁶.

1. COLÔMBIA¹⁷

A Corte Constitucional colombiana tem sido reconhecida como uma das mais corajosas e inovadoras do mundo, tendo uma atuação marcada pela proteção de direitos fundamentais e de grupos estigmatizados (FREIRE, 2015). No tocante aos direitos LGBT, a situação não é diferente: a Corte tem uma jurisprudência extensa marcada pelo reconhecimento gradativo dos direitos das minorias sexuais. A jurisprudência do tribunal

¹⁶ Assim, nesse sentido, em Michael Klarman em estudo sobre a importância do movimento de direitos civis americano para o sucesso da jurisprudência progressista da Corte de Warren nas décadas de 50 e 60, salienta que o “direito constitucional geralmente tem flexibilidade suficiente para acomodar a opinião pública dominante, à qual os *justices* têm pouco inclinação, e poder limitado, para resistir. [...] Neste sentido, as cortes tendem a proteger apenas aquelas minorias encaradas de forma favorável pela opinião majoritária. Ironicamente, quando um grupo minoritário mais precisa de proteção judicial, por causa de opressão severa, é menos provável que ele a receba. Grupos precisam controlar poder social, político e econômico significativo antes de se tornarem candidatos atraentes para a consideração judicial. Os *justices* não teriam sequer considerado proteger mulheres e gays sob a cláusula da igual proteção antes dos movimentos pelos direitos das mulheres e dos gays. (*“constitutional law generally has sufficient flexibility to accommodate dominant public opinion, which justices have little inclination, and limited power, to resist [...] Accordingly, courts are likely to protect only those minorities that are favorably regarded by majority opinion. Ironically, when a minority group is most in need of judicial protection, because of severe oppression, it is least likely to receive it. Groups must command significant social, political, and economic power before they become attractive candidates for judicial solicitude. The justices would not have dreamed off protecting women or gays under the equal protection clause before women’s and gay rights movements”*); KLARMAN, 2005, p. 182)

¹⁷ As decisões da Corte Constitucional colombiana são identificadas pela letra “T” (“ação de tutela”); pela letra “C” (“ação pública de inconstitucionalidade”) ou pelas letras “SU” (“sentença de unificação”). As ações públicas de inconstitucionalidade visam o controle abstrato de atos normativos por vícios de constitucionalidade formal ou material, podendo ser ajuizadas por qualquer cidadão. Já as ações de tutela são ações concretas que visam à tutela de direitos fundamentais em processo subjetivo movido perante o órgão judicial competente, cuja sentença pode ser revista posteriormente pela Corte Constitucional. Finalmente as sentenças de unificação visam à unificação da jurisprudência em caso de múltiplas ações de tutela sobre um mesmo tema. Todas as decisões estão disponíveis no site do tribunal: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

sobre os direitos homossexuais pode ser dividida em três períodos: (a) primeira fase, até 1995, em que não houve uma atuação para a proteção desta minoria, com a chancela de normas discriminatórias; (b) segunda fase, de 1995 a 2007, marcada por uma jurisprudência firme no combate à discriminação individual, mas sem reconhecer direitos aos casais homossexuais; e (c) terceira fase, a partir de 2007, em que há o reconhecimento paulatino e progressivo de direitos aos casais homossexuais. Após a análise de cada uma destas fases, serão analisados os julgamentos relativos aos direitos das pessoas trans (transexuais e travestis)

1.1. Primeira fase

Essa primeira fase da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana é marcada pela chancela de normas que posteriormente viriam a ser consideradas discriminatórias e pela reprodução de estereótipos homofóbicos, como a “anormalidade” da homossexualidade.

Assim, a Corte entendeu pela possibilidade de proibição da exibição de campanha televisiva de combate à AIDS que veiculava uma cena de beijo entre dois homens (**T-539/1994**), tendo utilizado como argumento a tutela da infância e adolescência e uma postura de autorrestrrição na análise do mérito administrativo da decisão do órgão que vetou a peça.

Em outros dois casos (**T-097/1994** e **T-037/1995**), o tribunal entendeu legítima a previsão de punição de atos homossexuais nas forças armadas, por serem lesivos à honra militar, levantando como argumentos dificuldades de ordem disciplinar na convivência entre militares hétero e homossexuais e a tradição “varonil” e preconceitos arraigados contra o “homossexualismo” nos corpos militares, de forma que a aceitação destas práticas poderia prejudicar o funcionamento da instituição. Como se vê a consideração de uma cultura visceralmente homofóbica teve por fim não a sua superação, mas pelo contrário, o seu reforço.

Nestes casos, a Corte fez algumas considerações interessantes: primeiramente, quanto a ser a norma discriminatória, a Corte destacou não ser proibido o “homossexualismo” nos quartéis e escolas de polícia, mas tão somente as práticas sexuais e afetivas homoeróticas na medida em que atrapalhariam a disciplina e funcionamento da

instituição¹⁸; e em segundo lugar, que a igualdade perante a lei não importava na impossibilitada de punir atos resultantes de uma “condição anormal”.

1.2. Segunda fase

A partir do *leading case* da Sentença C-481/1998, o tribunal começou a desenvolver uma jurisprudência firme no enfrentamento da discriminação individual em função da orientação sexual. Este julgamento marcou não apenas uma mudança no entendimento judicial sobre o tema, mas do próprio debate público colombiano, na medida em que foi precedido por audiência pública em que foram ouvidas diversas instituições e entidades e que foi acompanhada com interesse pela mídia e o público em geral (CABALLERO, 2011). Ao longo dos anos 2000, conforme ver-se-á, a Corte reafirmou este entendimento para expungir do ordenamento do país outras normas discriminatórias. Todavia, em que pese essa jurisprudência protetiva, nesta fase a Corte sistematicamente negou o reconhecimento de direitos aos casais do mesmo sexo.

Por razões didáticas, será analisada primeiramente a jurisprudência protetiva que rechaçou as normas discriminatórias em relação à orientação sexual. Assim, o já citado precedente **C-481/1998** considerou inconstitucional a punição disciplinar aos professores homossexuais. A Corte entendeu que a orientação sexual das pessoas estava tutelada pela Carta Constitucional tanto pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, quanto pelo direito à igualdade/vedação das discriminações, ultrapassando assim a tormentosa discussão sobre se seria a homossexualidade uma “condição inata” ou “escolha/opção” do indivíduo. A Corte formulou o entendimento de que a *orientação sexual* representava um *critério suspeito*, devendo ser analisada sob um *escrutínio estrito*, o que na prática representou a anulação de uma série de previsões de tratamento diferenciado em função da orientação sexual das pessoas.

Ainda em sede de ação de controle abstrato, a Corte repeliu diplomas normativos que permitiam a punição de militares homossexuais (**C-507/1999** e **C-431/2004**), entendendo que “o legítimo exercício da autonomia pessoal não pode ser objeto de punição”, e que os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, à intimidade, à

¹⁸ Interessante notar a semelhança entre tal noção e uma determinada visão cristã corrente sobre a questão da homossexualidade, segunda a qual não se condena o *pecador*, mas somente o *pecado*.

autonomia individual, conferiam aos indivíduos o direito de autodeterminação sexual. Ademais, entendeu a Corte que a punição disciplinar daqueles que praticam atos homossexuais revelaria um juízo discriminatório contra homossexuais, além de ser baseada em aspectos que dizem respeito à esfera íntima e privada dos indivíduos. Ressalvou, entretanto, a possibilidade de punição de práticas sexuais realizadas durante o serviço ou em instalações castrenses, desde que não fosse feita distinção entre atos hétero ou homossexuais.

Da mesma forma a Corte determinou a readmissão de alunos que foram expulsos do colégio em decisão que teria sido motivada pela homossexualidade dos autores (**T-101/1998**), bem como determinou a matrícula de uma aluna que a teve negada em função de seu jeito masculino (**T-435/2002**). Indicou, ainda, que a alegação genérica e abstrata de violação dos direitos de menores não poderia ser utilizada pela administração para negar a realização de evento público de interesse da comunidade LGBT (desfile das candidatas do “Reinado Nacional Gay”; **T-268/2000**) e excluiu a possibilidade de punição disciplinar de notário em função de sua homossexualidade (**C-373/2002**). Em uma decisão interessante sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais, determinou a readmissão de instrutor de escotismo que havia sido expulso da “Associação de Escoteiros da Colômbia” após ter sido filmado em uma manifestação pública pró-direitos LGBT, indicando que, em que pese as associações poderem editar seus próprios regimentos, estes não podem ser arbitrários ou discriminatórios (**T-808/2003**). Por fim, reforçou as garantias de não ser importunado pela polícia meramente em função de sua orientação sexual (**T-301/2004**) e de não sofrer discriminação em estabelecimentos prisionais (**T-1096/2004**¹⁹ e **T-439/2006**).

Não obstante, como já foi dito, a Corte deixou neste período de reconhecer em várias oportunidades direitos às famílias homossexuais, com base em uma leitura do Art.

¹⁹ Esta decisão envolvia o caso dramático de um condenado que cumpria pena de reclusão por tráfico e que alegava ser vítima de perseguição, agressão e abuso sexual nos centros penitenciários a que foi recolhido, em função de sua orientação sexual e por ser soropositivo. A Corte adotou uma decisão ousada que foi além da mera transferência de instalação prisional formulada no pedido do autor para, diante do grave quadro de lesão aos seus direitos fundamentais, expedir uma série de outros provimentos mandamentais, dentre os quais tratamento médico adequado à sua condição de soropositivo, a apuração dos fatos narrados e a responsabilização das autoridades responsáveis.

42 da Constituição²⁰ segundo a qual somente a família heterossexual e monogâmica gozaria de proteção constitucional. A maneira encontrada pela Corte para compatibilizar tal interpretação com o seu entendimento de que a homossexualidade seria um critério suspeito foi defender que aqui não se deveria utilizar o escrutínio estrito uma vez que as normas impugnadas não usavam os termos “orientação sexual” ou “homossexuais”, mas sim expressões como “homem e mulher”, que não fariam recair sobre si este teste mais rigoroso da sua constitucionalidade. Deve-se notar, ademais, uma postura um tanto mais deferente em relação à atuação – ou inação – do Legislador nesta seara.

A maioria das ações visava enquadrar os membros de um casal homossexual como “companheiros permanentes” dentro das chamadas “uniões maritais de fato” (entidades familiares não matrimoniais). A Corte, entretanto, rechaçou a pretensão no *leading case* **C-098/1996**, aduzindo que, apesar de a homossexualidade ser, sob o ponto de vista constitucional, tão válida e legítima quanto a heterossexualidade, não podendo a lei, em respeito ao princípio da igualdade, relegar os homossexuais à condição de “cidadãos de segunda categoria”, a lei atacada não seria discriminatória, na medida em que, ao tutelar os aspectos patrimoniais de um tipo determinado de família, não importava em proibição ou sanção ao “homossexualismo”. A Corte ponderou, ainda, que a escolha por tutelar somente as uniões heterossexuais se inseria dentro da discricionariedade política do legislador, que a Constituição previu somente a tutela da família formada por homem e mulher, e que a existência de diferenças fáticas entre as relações hétero e homossexuais (possibilidade de gerar filhos naturais) seriam legitimadoras de distinta tutela jurídica. Foi desenvolvido, ainda, um engenhoso argumento no sentido de que a lei tutelava uma determinada categoria social discriminada (casais não-casados), não sendo possível exigir que o legislador tutelasse sempre todos os grupos estigmatizados em toda lei editada.

A partir deste paradigma, a Corte deixou de reconhecer a possibilidade de casais homossexuais incluírem seus companheiros como dependentes no Sistema de Seguridade Social colombiano (**T-618/2000**, **T-1426/2000** e **SU-623/2001**) e em planos de saúde

²⁰ “Art. 42 – A família é o núcleo fundamental da sociedade. Se constitui por vínculos naturais ou jurídicos, pela decisão livre de um homem e uma mulher, de contrair matrimônio ou pela vontade responsável de conformá-la [...]” (“Art. 42 - La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...]”).

privados (**T-999/2000**), bem como chancelou a possibilidade da negativa de concessão de direitos de moradia de cônjuges em áreas com controle populacional (**T-725/2004**).

A discussão sobre a adoção por casais do mesmo sexo teve um início promissor, com um caso no qual a Corte fez questão de consignar que a negativa ao pedido de adoção feita por determinado casal homossexual tinha por base não a orientação sexual dos pleiteantes, mas sim a ausência de condições materiais para criar a criança (**T-290/1995**). Todavia, o tema também não avançou na jurisprudência da Corte, que manteve hígidas as normas do Código de Menores colombiano que vedavam a adoção por casais homossexuais, com base na discricionariedade do legislador para regular o rol de entidades familiares e a ausência de norma constitucional expressa desatendida a permitir uma sentença integradora (**C-814/2001**).

Cabe destaque, entretanto, que essa jurisprudência sofreu críticas profundas e crescentes de integrantes da Corte, especialmente do Magistrado Jaime Araujo Renteria, que proferiam votos divergentes (*salvamento de voto*) destacando a incompatibilidade entre estas decisões da corte e aquelas de vedação da discriminação e buscando encontrar guarida constitucional ao pleito das famílias homoafetivas²¹.

1.3. Terceira fase

A partir dessa fase a Corte começa a gradualmente reconhecer direitos para os casais do mesmo sexo, com base em uma jurisprudência baseada em um “equilíbrio ideológico”, em que os direitos foram progressivamente concedidos, na medida em que fossem arguidos perante a Corte²². Apesar de ser um claro avanço em relação à fase anterior, a concessão gradual de direitos gerava insegurança jurídica, tendo em vista que a dificuldade em saber o *status* jurídico dos casais homossexuais em cada momento, já que o tribunal não afirmava claramente se as uniões homossexuais se constituíam enquanto uniões maritais de fato ou outro tipo de entidade familiar, apenas aplicando-lhes

²¹ Neste sentido, Vaggione destaca o potencial dos votos dissidentes em forçar os limites interpretativos da decisão e anunciar caminhos futuros para a jurisprudência dos tribunais (VAGGIONE, 2013)

²² Embora esse não seja o foco do presente estudo, esta virada jurisprudencial está relacionada à persistente omissão do Legislativo no tratamento dos direitos dos casais do mesmo sexo, apesar dos diversos projetos de leis apresentados no Congresso, bem como à formação da *Colombia Diversa*, organização de defesa dos direitos LGBT que congregou redes de militantes, acadêmicos e advogados progressistas (CABALLERO, 2011).

os determinados direitos e regramentos idênticos aos daquela. Mais recentemente, entretanto, esta situação de insegurança parece ter sido superada, conforme será visto.

Nesta fase, a partir do momento que as demandas vão se afastando do reconhecimento de direitos patrimoniais e previdenciários, para alcançar temas mais sensíveis como adoção e casamento, a tensão ideológica no interior da Corte fica mais evidente, tendo sido inclusive adotada por vezes uma atípica postura processual formalista para evitar decidir algumas questões ou postergar a resposta da Corte.

O julgamento inaugural deste período foi o reconhecimento de que casais do mesmo sexo fariam jus aos mesmos direitos de índole patrimonial das uniões maritais de fato (**C-075/2007**). A Corte reviu seu entendimento anterior para pontuar que o não reconhecimento jurídico da realidade formada pelos casais homossexuais era contrário à dignidade de seus integrantes e ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas homossexuais e que a decisão do legislador de regular o regime dos companheiros permanentes somente para casais heterossexuais importava numa proteção insuficiente dos casais homossexuais. Assim, a Corte concluiu pela constitucionalidade da lei da união marital de fato atacada, desde que entendido que o seu regime patrimonial protetivo se aplica igualmente aos casais homossexuais²³.

A partir deste precedente, a Corte Constitucional estendeu aos casais homossexuais o mesmo regramento vigente para casais de pessoas de sexo distintos no tocante à seguridade social (**C-811/2007** e **T-856/2007**), à previdência (**C-336/2008**, **T-1241/2008** e **T-357/2013**) e a “porção conjugal”/meação (**C-283/2011**). A argumentação utilizada pela Corte nestes casos repetiu a do *leading case*, no sentido de que as normas atacadas seriam discriminatórias em razão de um déficit de proteção de direitos constitucionais das pessoas homossexuais.

Um caso interessante decidido neste período dizia respeito à obrigação de pagar alimentos pelo companheiro homossexual (**C-798/2008**). Na Colômbia, deixar de fazê-lo é um crime previsto no Código Penal (“desassistência alimentar”), que o limitava a casais formados por homem e mulher. A Corte, por maioria, concluiu que o dispositivo resultava em proteção deficiente, devendo ser entendido como aplicável também a casais

²³ Deve ser destacada a voz dissonante de um dos Magistrados da Corte, Jaime Araujo Renteria, que neste caso e nos seguintes criticou profundamente o acanhamento das decisões em não reconhecer aos casais homossexuais o *status* pleno de entidades familiares.

homossexuais, tendo a fundamentação passado ao largo da discussão quanto à legalidade estrita no âmbito do direito penal. Todavia, três votos vencidos entendiam pela impossibilidade da alteração de um tipo penal mediante a manipulação de seus elementos estruturais por meio de sentenças aditivas ou condicionadas, destacando, ainda, que quando se estabelecesse uma omissão parcial em um tipo penal, resultante de uma violação à isonomia, a única solução possível seria um apelo ao legislador.

A sentença **C-029/2009** representa o ápice e encerramento do equilíbrio tácito na Corte estabelecido sobre o entendimento de que poder-se-ia estender aos casais homossexuais alguns direitos das uniões maritais de fato. Trata-se de uma ação de controle abstrato de um número enorme de dispositivos de 26 diplomas normativos diferentes; basicamente todas as normas colombianas que fizessem referência as categorias “união marital de fato” e “companheiro permanente”²⁴. Inicialmente a Corte asseverou existirem diferenças entre casais hétero e homossexuais que tornariam possível não lhes conferir igual tratamento em todas as situações. Diante disto, entendeu ser inviável um pronunciamento de caráter geral estabelecendo que qualquer regime jurídico distinto entre casais hétero e homossexuais seria inconstitucional, tendo sido analisado de forma individual cada dispositivo atacado²⁵. Na decisão, entretanto, a Corte firmou entendimento pela necessidade do mesmo tratamento para casais homossexuais em todos os casos examinados, recusando-se, por outro lado, ao reconhecimento expresso de que casais homossexuais são entidades familiares.

No tocante a temas mais sensíveis como a adoção (**C-802/2009**) e o casamento (**C-886/2010**), a Corte inicialmente evitou manifestar-se adotando uma postura bastante formalista na análise dos requisitos processuais das demandas para não conhecer delas, no que pode ser considerado um exercício de suas “virtudes passivas”. A Corte, entretanto, em pouco tempo seria instada a se manifestar novamente sobre o tema do casamento (**C-577/2011**). A Corte entendeu pela impossibilidade de interpretar a legislação civil sobre matrimônio para incluir casais do mesmo sexo, em função das

²⁴ As normas questionadas envolviam os mais variados temas, como por exemplo, o direito de não testemunhar contra o cônjuge em processo penal ou disciplinar, constituição do patrimônio impenhorável da família, subsídios de habitação e educação no âmbito da seguridade social, incompatibilidades para o acesso e exercício de funções públicas.

²⁵ Em função disso a íntegra da decisão possui 196 folhas, um número relativamente alto para os padrões do Tribunal.

limitações expressas do texto normativo da Constituição sobre o casamento. Por outro lado, destacou que a Constituição não veda a adoção do casamento homossexual, mas que o espaço adequado para tanto é o poder legislativo. Diante disto, a Corte expediu um apelo ao legislador, exortando-o a regular até 20.06.2013, de maneira sistemática e organizada, sobre os direitos dos casais do mesmo sexo, com a finalidade de eliminar o déficit de proteção; determinando ainda que, se até a referida data o Congresso não houvesse agido, os casais do mesmo sexo poderiam apresentar-se perante o notário ou juiz competente para formalizar e solenizar um “vínculo familiar contratual”.

Todavia, apesar do apelo da Corte Constitucional, o Legislativo colombiano não editou nenhuma lei acerca do tema até a data limite imposta na decisão. Instaurou-se, então, uma discussão sobre como deveria ser interpretada a nebulosa previsão do “vínculo familiar contratual”, se ela significaria o direito ao matrimônio civil ou alguma outra espécie de arranjo familiar novo e atípico (RAMÍREZ, 2014). Assim, o Colégio de Notários da Colômbia recomendou a não celebração do casamento civil, e sim de uma nova figura denominada “união solene”, enquanto a Procuradoria-Geral da Nação expediu circular ordenando a todos os procuradores do país a intervirem nos pedidos de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, para opinar pela sua impossibilidade jurídica (COLOMBIA DIVERSA, 2013).

Diante deste cenário, a Corte Constitucional foi chamada a resolver a controvérsia, decidindo em 28.04.2016 a favor do matrimônio igualitário (SU-214/16). A maioria dos magistrados entendeu que os contratos inominados propostos não supriam o déficit de proteção identificado na C-577/2011, para convalidar todos os casamentos celebrados posteriormente a 20.06.2013 e reconhecer expressamente o direito ao matrimônio dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, determinado a todos os notários e oficiais de registro público do país a observância da decisão.

Quanto à adoção, a Corte inicialmente firmou tímido entendimento sobre a possibilidade de adoção somente no caso do adotando ser filho biológico de um dos membros do casal homossexual (SU-617/2014 e C-071/2015). Todavia, demonstrando a transformação jurisprudencial pela qual o tema dos direitos das famílias homoafetivas vem passando no tribunal, a restrição da adoção de casais de pessoas do mesmo sexo a esta hipótese específica logo foi superada. Na decisão C-683/2015, a Corte entendeu, por

maioria, que os casais homoafetivos podem adotar conjuntamente, sem limitações, da mesma forma que os casais formados por homem e mulher, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, destacando, ainda, de forma expressa, que aqueles casais se constituem enquanto unidades familiares.

Neste período a Corte teve a oportunidade também de analisar casos sem ligação com o direito de família, declarando inconstitucional a proibição de homossexuais doarem sangue (**T-248/2012**), e concedendo a tutela no caso em que dois homens foram repreendidos e expulsos de um centro comercial após terem se beijado em público, para determinar que o estabelecimento procedesse a um pedido de desculpas público e um treinamento em direitos humanos da sua equipe de segurança (**T-909/2011**).

Um caso interessante decidido nesse período, que demonstra o ativismo da Corte na defesa dos direitos de grupos estigmatizados foi a **T-478-2015**. A ação é oriunda de um caso que ganhou repercussão midiática na Colômbia: o suicídio de um adolescente de 17 anos, após ter sido perseguido pelos diretores do colégio onde estudava e punido disciplinarmente em função do seu relacionamento com outro aluno. A mãe do jovem decidiu então ajuizar a ação de tutela em nome próprio e em nome do filho solicitando a punição da administração do colégio e outras medidas como a revisão do manual de convivência da instituição, um pedido de desculpas público e a concessão póstuma do grau de bacharel ao falecido. O caso envolveu extensa discussão processual sobre o cabimento da tutela, perda de objeto e a legitimidade ativa em razão da mãe estar buscando os direitos do filho falecido, que fogem aos limites do presente estudo. Reiterando a sua jurisprudência de vedação à discriminação e realizando extenso relato do problema do bullying e da discriminação nos colégios no país, a Corte determinou uma série de medidas para o enfrentamento do problema de maneira ampla. Além de ordenar a realização de um ato de desagravo ao aluno falecido, a Corte determinou ao Ministério da Educação a criação de mecanismos voltados à combater o bullying nos colégios e a revisão dos manuais de convivência para garantir o respeito à orientação sexual e identidade de gênero dos alunos pelos colégios.

1.4. Direitos das Pessoas Trans

A Corte Constitucional colombiana proferiu uma série de decisões atinentes aos direitos de pessoas transexuais e travestis sob a ótica do “direito à identidade sexual”²⁶, em temas como alteração do nome e sexo registrais, vedação à discriminação, procedimento transexualizador (cirurgia de transgenitalização e outras intervenções) ,etc. A maioria dos julgados é relativamente recente, tendo a Corte formulado nesta matéria uma jurisprudência bastante progressista, garantindo os direitos pleiteados, apesar da resistência de agentes administrativos e particulares, e assumindo uma postura ativa na defesa e promoção da cidadania deste grupo social, entendido como especialmente estigmatizado.

Inicialmente, no tocante à alteração do nome e sexo registrais de pessoas transexuais, a Corte entendeu que o nome seria parte integrante do “direito à expressão da individualidade”, estando protegido pelo livre desenvolvimento da personalidade (**T-594/1993**). Ademais, o art. 94 do Decreto nº 1.260/1970 (Estatuto do Registro do Estado Civil das pessoas) estabelece a possibilidade de se requerer a alteração do nome uma única vez, não podendo a autoridade registral negar o pedido feito por pessoa transexual. Não obstante, no tocante ao sexo, em caso envolvendo indivíduo intersexual (**T-504/1994**), a Corte inicialmente firmou o entendimento que este compunha o *estado civil* dos sujeitos, não podendo ser alterado extrajudicialmente, já que o art. 95 do Decreto nº 1.260/1970 prevê a necessidade de jurisdição voluntária para tanto.

Um dos julgados mais importantes sobre o tema dos direitos transexuais é o **T-918/2012**, em que uma mulher transexual pretendia (a) a realização de cirurgia de transgenitalização negada por parte de seu plano de saúde, que entendeu não haver risco de vida ou objetivo funcional para tal procedimento, e (b) alteração do seu sexo registral. Inicialmente a Corte destacou que a Constituição prevê o direito à identidade sexual, como corolário da autodeterminação individual, do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. No tocante especificamente ao direito à saúde de pessoas transexuais, reiterou que tal direito não compreende apenas a noção de saúde física (ausência de enfermidade), mas também a de saúde psíquica e a de “bem-estar

²⁶ O tribunal também possui jurisprudência sobre os direitos de pessoas intersexuais e hermafroditas (e.g. T-504/1994, T-692/1999, T-1390/2000, T-1025/2002, T-1021/2003), mas, considerando a especificidade deste tema, a demandar tratamento próprio, e as limitações do presente estudo, tais decisões não serão objeto de análise.

geral”. Assim, a Corte determinou que o demandado procedesse à intervenção cirúrgica pleiteada, determinando ainda ao registro público a alteração do sexo nos documentos da autora.

Como se vê, este julgamento reverteu o entendimento anterior de que não se poderia alterar por meio de ação de tutela o sexo registral, sendo necessário para tanto procedimento de jurisdição voluntária. A Corte entendeu que no caso de transexualidade comprovada a alteração do sexo registral se ligava aos direitos fundamentais do indivíduo, de forma que poderia ser feita diretamente perante o cartório, sendo desnecessário processo judicial prévio. A possibilidade de alteração de nome e sexo por mera petição ao cartório de registro civil no caso de transexual que já se submeteu à cirurgia de transgenitalização foi reiterada pela Corte na **T-063/2015**.

Ademais, no tocante ao custeio de procedimentos transexualizadores por planos de saúde, a Corte entendeu na **T-771/2013** que procedimentos como “mamoplastia de aumento com prótese” para mulher transexual não se configurariam como mera cirurgia estética, tendo caráter funcional neste caso, como forma de reafirmar a identidade feminina da pessoa, aumentando o escopo das intervenções corporais relacionadas ao “direito à identidade sexual”.

Uma situação interessante enfrentada pela Corte no *leading case* **T-1033/2008**, e posteriormente reiterada (**T-977/2012**, **T-611/2013** e **T-086/2014**), diz respeito à possibilidade de uma pessoa, após alterar o nome registral masculino para um feminino, retornar ao nome anterior. Tais casos diziam respeito a indivíduos que, por diversos motivos, se “arrependeram” da sua vivência transexual, tendo inclusive desfeito transformações corporais e hormonais, voltando a se apresentar com a identidade de gênero designada ao nascer, agora incompatível com o novo nome. O problema levantado dizia respeito à previsão legal expressa de que a alteração do nome poderia ser realizada junto ao registro civil uma única vez. A Corte, entretanto, vislumbrando aqui uma situação excepcional, bem como o direito fundamental à identidade, permitiu o retorno ao prenome original.

No tocante à vedação à discriminação, a Corte na **T-062/2011** analisou o caso de uma travesti recolhida a estabelecimento prisional que dizia sofrer discriminação dos agentes penitenciários em função do uso de maquiagem, cabelo comprido e roupas

femininas. Durante o curso do processo, a autora acabou transferida de unidade, tendo cessado as violações alegadas. Não obstante, a Corte determinou fossem adotadas uma série de medidas administrativas visando à conscientização dos agentes de sua antiga unidade prisional. Foi dado destaque na fundamentação à importância da aparência e da apresentação pessoal para a constituição da identidade e autoestima das pessoas trans, ficando estabelecido que restrições nesta seara pelas autoridades penitenciárias deveriam obedecer ao princípio da proporcionalidade. Ademais, nos termos já feitos em relação à orientação sexual, a Corte entendeu que a identidade sexual também era um “critério de discriminação suspeito”.

A Corte afirmou ainda (**T-562/2013** e **T-565/2013**), no caso de alunas transexuais punidas pelas escolas por utilizarem cabelos longos, uniforme feminino e maquiagem, que as instituições educativas não poderiam obrigar os alunos a adotar uma aparência determinada, tendo em vista o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, bem como a importância da aparência e apresentação pessoal para o exercício do direito à identidade sexual das pessoas trans. Decisão semelhante foi proferida também no caso de transexual masculino (**T-363/2016**), para determinar que a instituição de ensino o tratasse no gênero de auto-identificação e permitisse o uso do uniforme correspondente. Tais decisões reverteram entendimento anterior (**T-569/94**) segundo o qual o aluno do sexo masculino que se apresentava maquiado e com salto alto não apenas infringia o código de conduta do colégio, mas invadia a órbita dos direitos dos outros educandos ao livre desenvolvimento da personalidade em função de “atitudes reprováveis contra as condições normais e sãs do ambiente escolar”.

Nesta seara a Corte teve oportunidade de analisar também caso envolvendo o impedimento de acesso de pessoas trans a estabelecimento privado (hotel em que se realizava uma festa; **T-314/2011**). No caso concreto, entretanto, não restou provada que a negativa de acesso havia ocorrido em razão da identidade de gênero, uma vez que as provas apontaram que a autora teria sido agressiva com os funcionários do hotel, indicando possível uso de entorpecentes. Esta decisão, entretanto, tem uma importância especial porque formulou uma “radiografia” profunda da situação das pessoas trans no

país e das políticas públicas para este segmento, concluindo pela sua situação de especial vulnerabilidade²⁷.

No que concerne aos deveres de pessoas trans, a Corte formulou entendimento de que mulheres transexuais não podem ser compelidas a prestar o serviço militar obrigatório, que é dever somente dos homens, não lhes sendo exigível prova de quitação militar (**T-476/2014** e **T-099/2015**).

A Corte adotou uma postura ativista na promoção da conscientização acerca dos direitos trans dentro do judiciário no caso **T-804/2014**, em que uma travesti teve matrícula negada em determinada instituição educacional. Além de conceder a tutela, a Corte reпреendeu na decisão o juiz de primeira instância que a havia denegado, exortando ainda que a Escola de Formação Judicial incluísse módulos específicos acerca dos direitos das pessoas LGBT.

2. PERU²⁸

O Tribunal Constitucional do Peru possui uma jurisprudência protetiva dos direitos de homossexuais, entendendo pela inconstitucionalidade da discriminação em função da orientação sexual. No que concerne aos direitos de pessoas transexuais, o Tribunal inicialmente esposou uma posição bastante retrógrada, mas que acabou superada posteriormente, para garantir o direito à alteração de nome e sexo registraais.

A primeira decisão (**Exp. n° 0023-2003-AI/TC**) da corte sobre o assunto foi proferida numa ação de inconstitucionalidade abstrata proposta em face de uma série de dispositivos de distintos diplomas normativos referentes à vida castrense e a Justiça e processos militares, dentre os quais o art. 269 do Código de Justiça Militar (Decreto-Lei

²⁷ “Da informação detalhada se pode apreciar que a radiografia das distintas problemáticas que afeta a população lésbica, gay e bissexual da Colômbia é complexa. Mesmo assim, pelo exposto, está demonstrado que as penúrias que afetam as pessoas trans são ainda mais graves. Assim, a população trans é atacada, discriminada e excluída em razão de sua orientação sexual e/ou sua identidade de gênero, o que inexoravelmente anula o gozo efetivo dos direitos à igualdade e à liberdade de expressão entre outros, em um grau não experimentado por outros setores da sociedade” (“*De la información detallada se puede apreciar que la radiografía de las distintas problemáticas que afronta la población lesbiana, gay y bisexual de Colombia es compleja. Así mismo, de la evidencia expuesta está demostrado que las penurias que deben afrontar las personas trans son más graves. Así, la población transgenerista es atacada, discriminada y excluida por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, lo que inexorablemente anula el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión entre otros, en un grado que no experimentan otros sectores de la sociedad*”).

²⁸ Todas as decisões estão disponíveis no site do tribunal: <http://www.tc.gob.pe/tc/>

nº 23.214/80), que previa a punição dos militares que praticassem atos homossexuais (“*atos desonestos ou contra a natureza com pessoa do mesmo sexo*”), dentro ou fora dos quartéis. Quanto a este dispositivo, o Tribunal Constitucional entendeu que a punição somente dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo e não dos atos heterossexuais, igualmente lesadores da disciplina militar, ensejava violação ao princípio constitucional da igualdade, por importar numa discriminação que não tinha base objetiva razoável, tendo declarado a inconstitucionalidade do dispositivo.

A corte posteriormente teve a oportunidade de enfrentar o tema dos direitos LGBT em uma série de ações concretas. A primeira destas foi um Recurso Extraordinário (**Exp. nº 2868-2004-AA/TC**) em que o autor pretendia sua reincorporação ao serviço ativo da Polícia Nacional, após ter sido transferido para a disponibilidade como punição disciplinar, por haver cometido supostamente faltas contra o “decoro” e “espírito policial”, resultantes do seu relacionamento com uma mulher transexual. A corte entendeu que o Princípio da Dignidade Humana impedia que o Estado adotasse medidas punitivas em relação aos seus servidores em função da opção ou preferência sexual destes, o que seria uma medida sub-reptícia de obrigá-los a um padrão de vida considerando moralmente aceitável pela maioria das pessoas (“perfeccionismo moral”), determinando, portanto, a reincorporação do autor²⁹.

Outra ação foi um recurso de agravo constitucional (**Exp. nº 00926-2007-PA/TC**) interposto por um aluno visando sua reintegração à Escola Técnica Superior da Polícia Nacional após ter sido expulso por ter cometido “falta muito grave” contra a moral e decoro policiais, em virtude de ter mantido relações homossexuais com outro aluno do seu ano, dentro do estabelecimento educacional. Embora tenha entendido possível a punição de práticas sexuais em ambientes educacionais ou profissionais, desde que punidas igualmente as práticas hétero e homossexuais, e tenha julgado procedente o recurso em função de questões processuais³⁰, o Tribunal fez uma série de considerações envolvendo o tratamento constitucional da homossexualidade, rechaçando a imposição

²⁹ É interessante notar que o Acórdão trabalha com a ideia de que o autor, homem, ao seu relacionar com uma mulher transexual estaria praticando conduta sexual não-heterossexual, ainda que digna de proteção constitucional, o que, dito de outra forma, indica uma visão segundo a qual a mulher transexual não seria uma mulher “de verdade”, noção que lastreou a primeira decisão do tribunal no campo dos direitos trans.

³⁰ A maioria dos ministros entendeu não terem ficado comprovados os atos ensejadores da punição.

da Escola de realização de exame psicológico pelo autor, o que caracterizaria uma visão patologizante anacrônica da homossexualidade, que violaria os direitos à intimidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, norma constitucional implícita que fundamentaria o direito de cada um autodeterminar sua identidade sexual e impedir que o Estado adotasse condutas discriminatórias em relação à orientação sexual dos indivíduos.

A corte também tem precedente no sentido de que benefício da visita íntima para as pessoas encarceradas não poderia ser negado com base na orientação sexual, devendo os casais homossexuais gozarem dos mesmos direitos dos casais heterossexuais (**Exp. n.º 01575-2007-PHC/TC**).

Entretanto, o Tribunal não manteve essa jurisprudência progressista e protetiva em seu primeiro precedente envolvendo especificamente os direitos de pessoas transexuais (**Exp. n.º 00139-2013-PA/TC**). Trata-se de agravo constitucional interposto por uma mulher transexual solicitando a mudança do sexo (de “masculino” para “feminino”) no seu registro civil³¹, aduzindo, ainda, já ter se submetido à cirurgia de transgenitalização. A corte adotou uma fundamentação científica maximalista consistente na afirmação essencialista do sexo cromossômico como aquele tutelado pela Constituição (“*doctrina de la indisponibilidad del sexo*”); em uma visão severamente patologizante da transexualidade; e na premissa de que a cirurgia de transgenitalização seria meramente estética e incapaz de mudar o sexo de uma pessoa. O Tribunal ponderou ainda que a procedência da presente demanda poderia ter consequências negativas ao permitir que uma pessoa pudesse trocar voluntariamente o sexo no registro civil; e admitir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, já que o transexual operado continuaria sendo do mesmo “sexo cromossômico”, o que traria ainda o “problema da adoção de menores por este novo casal” e poderia levar terceiros a erro. Assim, a maioria da Corte³² entendeu que a proteção ao direito à identidade havia sido feita com a troca do prenome, negando

³¹ A alteração do prenome já havia sido feita em virtude em processo judicial anterior.

³² Houve longo voto vencido de dois magistrados que pretendiam declarar fundada a demanda, entendendo que (a) em que pese a Constituição Peruana ser silente sobre o tema da transexualidade, o Peru era signatário de tratados internacionais que protegem a “identidade de gênero”; (b) fazendo remissão a uma plêiade de julgamentos de tribunais constitucionais de outros países; (c) as bases científicas sob as quais se assentou a decisão eram incorretas; e (d) não se poderia ter negado direito fundamental a demandante com base em argumentos consequencialistas.

provimento ao recurso e mantendo “intangível um elemento de identidade como o sexo da pessoa”.

Este precedente viria a ser, entretanto, expressamente superado pouco tempo depois na decisão **Exp. Nº. 06040-2015-PA/TC**, por apertada maioria de 4 a 3. Trata-se de um caso muito semelhante ao anterior: um agravo constitucional movido por uma mulher transexual solicitando a alteração do seu nome e seu sexo registrais. Assim como no caso anterior, a autora já havia se submetido a cirurgia de transgenitalização. A Corte inicialmente fez referência à decisão anterior – e à necessidade de superá-la. Assim, destacou que a ciência e a maioria dos tribunais internacionais entendiam que a transexualidade não deve ser tomada como uma patologia. Mais do que isso, superando a posição marcadamente biologizante e estática da noção de sexo formulada na decisão anterior, destacou os seus componentes históricos, sociais e culturais. Neste sentido, reconheceu que em certos casos especiais – como no caso da transexualidade – o direito à identidade pessoal permitiria ao juiz reconhecer a possibilidade de alteração do sexo registral, destacando expressamente um direito à identidade de gênero como parte integrante daquele direito constitucional. A Corte, entretanto, entendeu que o meio processual escolhido não era adequado ao pedido formulado, por haverem outros mecanismos processuais aptos, tendo a ação sido declarada improcedente. Todavia, constou do dispositivo a expressa superação do Exp. nº 00139-2013-PA/TC, de maneira a permitir que, em que pese a improcedência, a autora pudesse vir a buscar nas instâncias ordinárias a retificação dos seus dados registrais. Os três magistrados que restaram vencidos, produziram longo voto defendendo a manutenção do entendimento anterior.

3. CHILE³³

O Tribunal Constitucional Chileno possui alguns precedentes em que teve a oportunidade de analisar o tratamento constitucional da homossexualidade, tendo adotado em todos estes, ainda que de forma não unânime, um entendimento contrário à proteção dos direitos LGBT, seja por meio de visões conservadoras sobre sexualidade, seja a partir de uma posição de autocontenção em relação às possibilidades de atuação do Poder

³³ Todas as decisões estão disponíveis no site do tribunal <http://www.tribunalconstitucional.cl/>

Judiciário na matéria³⁴. A Corte não possui nenhum precedente acerca do tema da identidade de gênero.

O caso mais emblemático desse posicionamento conservador foi um requerimento de inaplicabilidade por inconstitucionalidade (**Rol nº 1683-2010**) movido em face do art. 365 do Código Penal Chileno³⁵, que prevê a punição de atos homossexuais consentidos com menores de 18 anos, situação que não é criminalmente punível caso os atos sexuais sejam entre pessoas de sexos distintos, caracterizando idades de consentimento distintas para o sexo hétero e homossexual³⁶. O Tribunal analisou os fundamentos legitimadores do tipo penal, identificando-os na necessidade de proteção do bem-estar físico, psicológico e sexual dos menores de idade comprometidos com a “sodomia”, bem como sua estrutura normativa, para concluir que o sujeito ativo deveria ser um “varão”, criminalmente imputável; o sujeito passivo, um “varão” também, com idade entre 14 e 18 anos; e a conduta envolver prática sexual anal. Da análise dos argumentos trazidos pelo autor para defender a inconstitucionalidade do dispositivo, o Tribunal concluiu que não se tratava de violação à igualdade perante a lei ou discriminação desarrazoada, na medida em que visava tutelar menores de idade, respeitando a sua condição de pessoa em desenvolvimento, que poderia ser prejudicada pela prática homossexual anal masculina³⁷;

³⁴ Com efeito, Jordi Díez, argumenta que, ao contrário do que ocorreu em outros países do continente, o Movimento LGBT Chileno não adotou de forma organizada a judicialização como uma estratégia política de promoção de seus direitos, tendo em vista “a percepção generalizada (e justificada) entre os ativistas gays de que o Judiciário chileno é conservador socialmente” (“*the generalized (and justified) perception among gay activists that Chile’s judiciary is socially conservative*”; DÍEZ, 2015, p. 252)

³⁵ “Art. 365 – Aquele que se relacionar carnalmente com um menor de dezoito anos do seu mesmo sexo, sem que estejam presentes as circunstâncias dos delitos de violação ou estupro, será apenado com reclusão menor em seus graus mínimo a média” (“*Art. 365 - El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”).

³⁶ Deve ser destacado, não obstante, que o Chile foi um dos últimos países da América Latina a descriminalizar as relações homossexuais consentidas entre adultos, tendo-o feito somente em 1999.

³⁷ “O legislador, na opinião destes sentenciadores, atuou dentro da órbita de suas prerrogativas constitucionais, ao relacionar a proteção do menor, em matéria de autodeterminação e incolumidade sexual, as relações sodomíticas em que exercer um papel passivo, por entender, razoavelmente, que se trata de um tipo de relação lesiva de sua dignidade como pessoa, marcada pela imaturidade do seu desenvolvimento psíquico e sexual; [...] Consequentemente, a penalização do delito de sodomia não se deve a inclinação sexual do agressor e da vítima. Se deve ao impacto que produz a penetração anal no desenvolvimento psicossocial do menor varão, o que não poderia ocorrer, nos mesmos termos, de uma relação mulheres nas mesmas condições [...] No caso do agressor, nunca poderia aceitar-se que a relação sodomítica com um menor de idade fosse a via para reafirmar sua particular opção sexual. Com efeito, neste sentido, a vítima – menor de idade – passaria a ser um simples meio ou objeto para satisfazer a autodeterminação sexual do varão maior de idade, o que repugna a concepção constitucional de pessoa, como sujeito essencialmente digno, consagrada no inciso primeiro do artigo 1º da Constituição” (“*El legislador, en opinión de estos*

não se tratava também de vulneração à privacidade, na medida em que a tutela do interesse do menor de idade relativizaria o direito à privacidade; não se tratava, por fim, de violação à liberdade pessoal e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade pessoal não poderia ser usada como desculpa para “atropelar” o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de outras pessoas igualmente dignas. Por todos esses motivos, a maioria da corte decidiu rechaçar a demanda³⁸, entendendo pela constitucionalidade do dispositivo.

Chama atenção nesse julgamento o fato de a corte ter limitado a aplicação do dispositivo aos atos homossexuais *masculinos*, excluindo de sua incidência as mulheres, embora o tipo penal não faça expressamente essa distinção. Isto porque a corte desenvolveu entendimento bastante conservador segundo o qual a prática sexual anal compromete o desenvolvimento psicossocial masculino – ignorando a possibilidade de que mulheres possam praticar sexo anal entre si –, e que a prática sexual anal envolvendo maior idade como ativo e menor de idade como passivo envolveria a “instrumentalização” deste por aquele, excluindo a possibilidade de satisfação sexual por aquele que é penetrado.

No mesmo ano, o Tribunal se pronunciou quanto ao casamento homossexual (**Rol nº 1881-2010**), entendendo legítima a limitação do art. 102 do Código Civil Chileno, que prevê o casamento civil apenas entre homem e mulher. A corte entendeu que o regramento do matrimônio está submetido à reserva de lei e que a extensão do casamento a casais do mesmo sexo estava fora da sua competência. Três dos ministros destacaram a possibilidade de o Congresso regular o casamento homossexual, uma vez que o mesmo

sentenciadores, ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor, en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual; [...] En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicossocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.[...] En el caso del agresor, nunca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual. Efectivamente, en ese supuesto, la víctima –menor de edad– pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona, como sujeto esencialmente digno, consagrada en el inciso primero del artículo 1º de la Constitución”.

³⁸ Houve voto vencido de três ministros, que entendiam pela procedência da demanda, sob o fundamento de que a aplicação do dispositivo resultava discriminatória e lesiva à igualdade perante a lei e que este era contrário ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à intimidade.

não foi vedado pela Constituição, enquanto o voto de outros três foi além, exortando o legislador à regular o casamento homossexual, como medida para garantir a segurança jurídica e a tutela dos direitos fundamentais dos casais homossexuais. Apenas um dos ministros acolheu a demanda para declarar de *lege lata* a possibilidade do casamento homossexual, sob o fundamento que a Constituição Chilena não traria um conceito de matrimônio, limitando-se a estabelecer uma proteção ampla à entidade familiar; e de que a negativa ao casamento representaria violação à igualdade e aos direitos à dignidade, autonomia e direito ao livre desenvolvimento da personalidade de homossexuais.

Mais recentemente, o Tribunal teve a oportunidade de se pronunciar por duas vezes quanto à constitucionalidade do art. 54, nº 4 da Lei 19.947, que versa sobre o Matrimônio Civil, e estabelece como causa de divórcio culpável a conduta homossexual de um dos cônjuges. Em ambos os casos (**Rol nº 2435-2013** e **Rol nº 2681-2014**), apesar de votos em sentido contrário, a corte entendeu que o dispositivo não encerrava discriminação à orientação sexual, uma vez que não punia “sentimentos de tendência homossexual” (“*sentimientos de tendencia homosexual*”), e sim “atos” (“*hechos*”) i.e. “ato ou atividade constitutiva de conduta homossexual” (“*acto o actividade constitutiva de conducta homosexual*”), visando portanto tutelar a fidelidade e respeito mútuo que devem, de acordo com a Corte, inspirar o matrimônio.

4. BRASIL

Como se sabe, o acesso à jurisdição constitucional abstrata no Brasil somente pode ser feito por um número relativamente pequeno de legitimados, composto por autoridades e órgãos políticos e determinadas organizações, estando o Supremo Tribunal Federal - STF fechado ao cidadão comum, exceto normalmente por meio de Recurso Extraordinário³⁹.

Em função disso, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, na Colômbia, em que o acesso à Corte Constitucional e ao controle de constitucionalidade abstrato está aberto a qualquer pessoa, a conquista jurisprudencial progressiva dos direitos LGBT e das uniões

³⁹ Esta limitação de acesso ao controle concentrado, somada à tradicional e amplamente criticada interpretação restritiva que o STF faz em relação ao conceito de “entidade de classe” previsto no art. 103, IX da CRFB tem impactos diretos não apenas em relação ao acesso ao órgão, mas sobre as próprias questões que ocupam a sua agenda. Sobre o tema, vide: COSTA, BENVINDO, 2014.

homoafetivos não ocorreu junto ao STF, mas perante as instâncias judiciais inferiores. Neste sentido, assim como as decisões mais recentes da Corte colombiana em que foram reconhecidos de forma plena os direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser encaradas como o ápice da trajetória jurisprudencial evolutiva e incremental do próprio órgão, a decisão do STF nas ADPF 132 e ADI 4277 pode ser entendido como o coroamento de um processo semelhante, porém ocorrido perante outros órgãos e instâncias judiciais⁴⁰.

Apesar de tal decisão ser sem sombra de dúvida a mais importante no tocante aos direitos LGBT já proferida pelo órgão, serão brevemente examinadas outras decisões proferidas pelo STF. Além disso, considerando a existência de várias demandas ainda sem decisão final do tribunal que versam sobre direitos dos diversos segmentos da população LGBT, serão noticiados brevemente os pleitos deduzidos e o atual estado destes processos.

4.1. Decisões proferidas

A primeira vez que o STF se manifestou positivamente sobre a concessão de efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo foi na **Pet nº 1.984**, decidida pelo então Ministro-Presidente Marco Aurélio em 2003, em que o INSS requeria a suspensão dos efeitos da liminar deferida em ACP ajuizada pelo MPF, a que se atribuiu efeito nacional, para obrigar o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo

⁴⁰ Neste sentido, a decisão do STF não “abriu o debate”, tendo, pelo contrário, servido mais para, se não o encerrar, ao menos fechar uma rodada da discussão pública sobre o tema. É possível se afirmar que o STF atuou neste caso mais como um “ponto de chegada” do que um “ponto de partida” da discussão jurídica (PEREIRA, 2016). Por outro lado, segundo a autora, se por um lado o STF atuou como ponto de chegada em relação à discussão jurídica, a decisão que ele proferiu pode ser considerada como um ponto de partida em relação à abrangência dos seus efeitos e à mudança de paradigma produzida, que sepultou os argumentos em sentido contrário (*Ibidem*). É interessante notar como o complexo sistema de constitucionalidade brasileiro atuou para possibilitar o reconhecimento das uniões homoafetivas; em um primeiro momento, o tema foi tratado por meio do controle difuso e concreto, e, a partir do momento em que o debate judicial atingiu determinado nível de “maturidade”, acionou-se o controle concentrado e abstrato, que sedimentou de maneira *erga omnes* o entendimento que começava a se desenhar em uma miríade de decisões com efeitos meramente *inter partes*.

sexo como companheiros preferenciais⁴¹. O Ministro rechaçou o pedido, mantendo os efeitos da decisão na ação coletiva⁴².

A questão do reconhecimento da legitimidade das uniões homoafetivas enquanto entidades familiares foi analisada pelo STF pela primeira vez na Medida Cautelar da **ADI 3300**, decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello em 2006. Na decisão, se pedia o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96 (antiga lei da união estável), que limitava a figura da união estável aos casais compostos por pessoas de sexos diferentes. Todavia, quando do julgamento, como o novo Código Civil já estava em vigor e disciplinando exaustivamente a matéria, o Ministro entendeu estar a lei revogada, e, portanto, a ação sem objeto⁴³. Não obstante, assinalou seu entendimento no sentido de que as uniões homoafetivas deveriam ser reconhecidas em igualdade de direito às uniões heteroafetivas.

Finalmente, como é de amplo conhecimento, o STF reconheceu em 2011 a legitimidade constitucional das uniões homoafetivas, em decisão proferida no julgamento conjunto da **ADI 4277**, subscrita pela Vice-Procuradora Geral da República Deborah Duprat⁴⁴, e da **ADPF 132**, ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro⁴⁵

⁴¹ Trata-se da ACP nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada na seção judiciária do Rio de Grande do Sul da Justiça Federal.

⁴² A partir desta ACP, o INSS elaborou a Instrução Normativa nº 25/2000, regulamentando em caráter geral os direitos dos casais homossexuais em face da previdência.

⁴³ Por outro lado, cabe destacar que, mesmo que não houvesse o referido empecilho ao julgamento, a ADI foi ajuizada pelas Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, de forma que, nos termos da sua jurisprudência tradicional do art. 103, IX da CRFB, que limita à sua abrangência à entidades econômicas e profissionais, o STF provavelmente não julgaria a ação de qualquer forma.

⁴⁴ No curto período em que ocupou o cargo, Deborah Duprat assumiu uma postura ativa na busca pelo avanço de demandas progressistas que incluiu, além do ajuizamento desta ação, o ajuizamento da ADI nº 4.275, acerca da possibilidade de alteração de prenome e sexo registral por pessoas transexuais, independente da cirurgia de transgenitalização, e da ADI nº 4.724, que visava reconhecer a legitimidade das manifestações em defesa da legalização das drogas (“marcha da maconha”), além de parecer favorável à interrupção de gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54).

⁴⁵ O requisito da pertinência temática foi preenchido invocando a necessidade de conferir interpretação constitucionalmente adequada ao Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) no tocante as questões previdenciárias, estatutárias, etc. envolvendo servidores do Estado do Rio de Janeiro que vivessem conjugalmente com pessoas do mesmo sexo. O Ministro Luiz Fux, entretanto, entendeu preenchido o requisito em função de um dever geral do Estado de proteção dos direitos fundamentais, que permitiria ao Governador, enquanto agente público, adotar medidas concernentes à promoção dos direitos fundamentais dos homossexuais.

Sérgio Cabral⁴⁶. Ambas as ações pediam basicamente que fosse dada interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que regula as uniões estáveis, para entender que no mesmo dispositivo estariam albergadas as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão proferida foi unânime, ressalvado o impedimento do Ministro Toffoli, que já havia dado parecer positivo sob o tema quando de sua atuação como Advogado-Geral da União. Não obstante, em que pese todos os ministros terem entendido pela necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, em razão de um grande número de normas constitucionais e direitos fundamentais implícitos e explícitos⁴⁷, estando de acordo, portanto, em larga escala em relação ao mérito da decisão, os votos podem ser divididos em dois grandes grupos no que concerne ao método de interpretação utilizado e à abrangência que se queria dar à decisão.

O grupo majoritário, formado pelos Ministros Ayres Britto (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, entendeu pela possibilidade da interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil e pela obrigatoriedade constitucional não apenas do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, mas também pela necessidade de que a sua disciplina normativa fosse a mesma conferida às uniões heteroafetivas, não havendo motivos a ensejar tratamento diferenciado⁴⁸. A conclusão, portanto, foi pela existência de uma

⁴⁶ Cabe anotar que Sérgio Cabral, quando Senador, apresentou em 2003 a PEC nº 70, para alteração do §3º do Art. 226 da Constituição para previsão expressa da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em 2006, o autor acabou retirando a proposta.

⁴⁷ Uma das consequências do sistema de deliberação externa e construção agregativa da decisão do STF é a possibilidade de que os ministros cheguem à mesma solução para o caso concreto em razão dos mais distintos fundamentos normativos. Assim, embora alguns princípios constitucionais tenham embasado a decisão de todos ou da maioria dos Ministros, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vedação ao preconceito, a função contramajoritária da jurisdição constitucional etc., alguns votos lastrearam-se em fundamentos mais próprios, como a vedação à discriminação em função da orientação sexual como corolário da vedação à discriminação por sexo (Ayres Britto), o livre desenvolvimento da personalidade (Gilmar Mendes), o direito à busca da felicidade (Celso de Mello), etc. Esta dinâmica é objeto de intensa crítica doutrinária; para Virgílio Afonso da Silva, por exemplo: “como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma *colagem*, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas” (SILVA, 2009).

⁴⁸ Em razão da dinâmica destacada na nota antecedente, apesar da se ter classificado os votos destes oito ministros como pertencentes a uma mesma corrente, isto não quer dizer que não haja divergências por vezes expressivas eles, o que possibilita enquadramentos mais complexos do que a divisão dicotômica ora apresentada. Com efeito, Dimoulis e Lunardi entendem que somente quatro ministros – Ayres Britto,

mesma entidade familiar, a união estável, tanto para casais do mesmo sexo, quanto para casais de sexos diferentes. O texto normativo do §3º do Art. 226 da Constituição foi objeto de uma “interpretação superadora da literalidade”, nas palavras do Relator, para entender que a referência a “homem e mulher” seria apenas um reforço à previsão de igualdade entre os gêneros na família (art. 226, §5º da Constituição) e no direito em geral (art. 5º, I da Constituição), não podendo o dispositivo de índole francamente emancipatória ser interpretado de forma a discriminar casais homoafetivos e reforçar preconceitos constitucionalmente rechaçados. O Ministro-Relator chegou, inclusive, no final de seu voto, a apontar a impropriedade inconstitucional do tratamento diferenciado para casais homoafetivos em outras esferas, como o casamento e a adoção.

De outro lado, uma corrente minoritária integrada pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, entendeu pelo descabimento da interpretação conforme na medida em que o dispositivo do Código Civil apenas reproduziu o disposto no art. 226, §3º da Constituição, não sendo próprio, portanto, em razão da literalidade do texto normativo constitucional, entender as uniões homoafetivas como uniões estáveis, devendo aquelas ser reconhecidas como outro tipo de entidade familiar, com base na não exaustividade do rol de entidades previstas nos parágrafos do art. 226⁴⁹. Todavia, diante da ausência de normas a regular esta modalidade de entidade familiar, deveria o STF por meio de interpretação analógica aplicar-lhes o mesmo regramento, no que cabível, da entidade familiar mais assemelhada, no caso a união estável, convidando, ainda, o Congresso Nacional a editar ele lei disciplinando a entidade familiar homoafetiva. Os votos que adotaram este entendimento destacaram não ser constitucionalmente obrigatório o tratamento igual entre a união estável heteroafetiva e a união homoafetiva, em função de diferenças entre os dois tipos de união – sem especificar, entretanto, que diferenças seriam estas –, buscando delimitar as consequências da decisão somente à aplicação do regime normativo das uniões estáveis às uniões homoafetivas, explicitando

Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello – teriam sido explícitos em relação à tese de uma proteção constitucional direta e equânime para as uniões homoafetivas (DIMOULIS, LUNARDI, 2014)

⁴⁹ Patrícia Perrone critica a posição aparentemente contraditória do Ministro Gilmar Mendes, que defendeu os “limites literais do texto” e um papel comedido do Judiciário como “mero aplicador da lei”, enquanto sua atuação judicial e acadêmica é conhecida por privilegiar uma postura bastante ativa e atuante da jurisdição constitucional (MELLO, 2015, p. 165)

que a decisão não versava sobre temas tais como casamento, adoção ou mesmo consequências penais do reconhecimento da entidade familiar.

O STF posteriormente por meio de sucessivas decisões teve a oportunidade de reiterar o entendimento formulado nessa decisão (e.g. **AgReg RE nº 477.554**; **AgReg RE nº 607.562**; e **AgReg RE nº 687.432**). Todavia, a decisão mais relevante proferida pelo STF na esteira do julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4277 foi o **RE nº 846.102**, decidido monocraticamente em março de 2015 pela Ministra Carmen Lúcia, que expressamente reconheceu a possibilidade plena da adoção homoafetiva como uma decorrência necessária das uniões homoafetivas. O caso concreto envolvia o pedido de dois importantes militantes do movimento LGBT, Toni Reis, ex-presidente da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT, e seu companheiro David Harrad, à Justiça do Paraná para adotarem uma criança. O Ministério Público do Estado, entretanto, pretendia limitar a possibilidade de adoção pelo casal a crianças do sexo feminino e acima de doze anos de idade, tendo interposto o recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal local que garantiu o direito à adoção sem estas restrições. O recurso do *parquet* estadual foi improvido pela Ministra para manter o acórdão recorrido⁵⁰. Em sua decisão a Ministra destacou trechos do voto do Ministro-Relator Ayres Britto no julgamento das uniões homoafetivas que destacavam a plena equiparação entre as famílias formadas por casais de sexo diferentes e aquelas formadas por casais do mesmo sexo. Com efeito, a possibilidade de adoção é uma consequência natural da corrente que acabou prevalecendo naquele julgamento, tendo o Ministro-Relator Ayres Britto sido expresso a afirmar em seu voto a possibilidade de adoção homoafetiva⁵¹.

⁵⁰ O caso já havia sido objeto de decisão anterior do próprio STF; do acórdão do TJPR que permitiu ao casal homossexual adotar sem restrições de idade, o Ministério Público paranaense interpôs RE e REsp. Este primeiro RE, de nº 615.261, foi decidido pelo Ministro Marco Aurélio ainda em 2010, para negar-lhe seguimento, com base no descompasso entre as razões recursais, baseadas na impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, e o objeto da decisão recorrida, acerca da idade e do sexo das crianças a serem adotadas. O REsp, de nº 1.217.688, entretanto, só viria a ser julgado em outubro de 2014, tendo sido monocraticamente improvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ainda inconformado com a possibilidade de adoção, o Ministério Público paranaense interpôs um segundo RE, agora em face dessa decisão do STJ, que foi o que restou julgado pela Ministra Carmen Lúcia em 2015.

⁵¹ “De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da**

Além destas decisões, o CNJ em 2013 expediu a Resolução nº 175, com base no julgamento do STF e em posterior decisão do STJ, que reconheceu a legitimidade do casamento homoafetivo, determinando a obrigação das autoridades competentes a habilitar, celebrar o casamento civil e converter a união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Tal ato normativo possibilitou o casamento civil igualitário no país de forma abrangente e homogênea, na medida em que no interregno entre a decisão do STF e a edição da resolução cartórios e juízes de alguns Estados já realizavam o procedimento, enquanto os de outros ainda se negavam a fazê-lo. Atualmente, encontra-se em tramitação à **ADI nº 4966**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proposta pelo PSC, que ataca a decisão entendendo que o CNJ usurpou da competência do Congresso Nacional para regular o tema.

A segunda decisão do STF no tema dos direitos LGBT foi tomada na **ADPF nº 291**, que pretendia o reconhecimento da não recepção pela ordem constitucional de 1988 do art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de pederastia⁵², e pode ser considerado como um dos últimos dispositivos normativos nacionais criminalizadores das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo⁵³. Em que pese a alusão no tipo penal a relações sexuais entre pessoas do mesmo ou de sexo diferente, a Procuradoria-Geral da República em seu pedido inicial entendeu que o dispositivo foi elaborado com intenção expressamente discriminatória e para a punição exclusiva das relações homossexuais. Com efeito, a norma visava não apenas criminalizar o sexo consensual praticado na caserna, mas o sexo *entre dois homens*, uma vez que quando da edição da norma em 1969, somente homens podiam ingressar nas forças armadas. Neste sentido, o dispositivo pode

candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparelhamento” (grifos no original).

⁵² Código Penal Militar: (Pederastia ou outro ato de libidinagem) Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.

⁵³ No Brasil, a descriminalização das práticas homossexuais privadas e consentidas entre adultos ocorreu relativamente cedo, em 1830, com a edição do 1º Código Penal do Império, que substituiu os diplomas normativos penais pré-independência. Não obstante, vários artigos desta e outras legislações penais posteriores foram interpretados pelas forças policiais e judiciais ao longo dos séculos XIX e XX de forma a permitir a punição dos indivíduos “desviados” que colocavam em perigo a “ordem pública” ou “a moral e os bons costumes” (VIANNA, PRETES, 2008).

ser compreendido como representante do discurso oficial do Regime Militar, altamente refratário à homossexualidade (COWAN, 2014).

O julgamento da ADPF ocorreu em 28 de outubro de 2015. O primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que a Procuradoria-Geral da República, que propôs a ação, atuando na qualidade de *custos legis*, reviu o entendimento esposado na inicial para opinar pela improcedência da ação⁵⁴. O Ministro-Relator Luís Roberto Barroso, inicialmente, votou pela não recepção *tout court* do dispositivo, entendendo pela desnecessidade da tutela penal para as relações sexuais consentidas em estabelecimentos militares, já sujeitas a sanções administrativas, principalmente quando esta criminalização é marcada por indisfarçável preconceito e caráter discriminatório. Este primeiro entendimento foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Rosa Weber. Todavia, os outros ministros entenderam pela recepção *parcial* do dispositivo diante da necessidade de se manter a criminalização das relações sexuais nos quartéis para a boa administração castrense. A maioria da corte entendeu então que bastaria declarar não recepcionados as expressões “pederastia ou outro”, no nome do tipo penal, e “homossexual ou não”, contida no dispositivo, mantendo-se incólume o resto do dispositivo. Após a maioria ter se formado em sentido diverso, o Ministro Barroso decidiu reajustar o seu voto para manter a relatoria.

Como se vê, a resposta aqui foi substancialmente distinta daquela dada no julgamento anteriormente comentado. A decisão acerca das uniões homoafetivas representou uma expansão material do direito, ao aumentar o rol de sujeitos aptos a gozar de um determinado direito; significa dizer, providenciou uma alteração efetiva da ordem jurídica. Neste caso, entretanto, a alteração foi tão somente simbólica; se entendermos que o tipo penal já permitia a punição igualmente de condutas homo e heterossexuais, o resultado foi que, após o julgamento do STF, o seu campo de incidência e os seus efeitos jurídicos permaneceram os mesmos. O tribunal parece ter agido como um mero “revisor de estilo” do legislador, exercendo uma jurisdição constitucional cosmética e sem efeitos jurídicos concretos, que sufragou um tipo penal de um código altamente repressivo formulado durante um regime ditatorial (DIMOULIS, 2015).

⁵⁴ Convém esclarecer que a petição inicial da ADPF foi assinada pela Procuradora-Geral interina Helenita Caiado, enquanto a segunda manifestação foi subscrita pelo Procurador-Geral Rodrigo Janot, que apesar de lamentar o *nomen juris* do tipo e a sua redação, entendeu que o mesmo não seria discriminatório.

No tocante aos direitos de pessoas transexuais, o Tribunal tem um precedente de relevância relativamente baixa, embora não especialmente promissor. Trata-se da decisão na **Suspensão de Tutela Antecipada nº 185**, proferida ainda 2007 pela então Ministra-Presidente Ellen Gracie. A decisão suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª região, proferida em ACP movida pelo Ministério Público Federal, que havia determinado à União que provesse, no prazo de 30 dias, todas as medidas aptas a possibilitar a realização pelo SUS de procedimentos cirúrgicos do processo transexualizador, conforme estabelecido nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. A Ministra, apesar de afirmar não desconhecer “o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo”, entendeu que a decisão configurava “grave lesão à ordem pública”, diante dos riscos para a organização administrativa e alocação orçamentária para os serviços públicos de saúde.⁵⁵

4.2. Processos em tramitação

Atualmente, estão pendentes de julgamento no STF algumas ações em que se discutem uma série de questões atinentes aos direitos LGBT.

No tocante à criminalização da homofobia, uma das principais bandeiras do movimento LGBT, a jurisdição constitucional foi acionada pelo movimento após a derrota no Senado Federal do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006⁵⁶, que tinha por objetivo principal incluir a vedação à discriminação em função da orientação sexual ou identidade de gênero na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo). Esta derrota sinalizou um fechamento da arena legislativa à demanda, o que fez o movimento LGBT buscá-la por outros caminhos. Assim, diante da falta de progresso do tema na arena legislativa, o movimento LGBT se voltou, então, para o STF, a partir da ideia de que existiria uma omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia.

⁵⁵ Pouco tempo depois, entretanto, o Ministério da Saúde baixou portaria regulamentando o processo transexualizador no SUS (Portaria nº 1.707/2008); a matéria atualmente é disciplinada pela Portaria nº 2.803/2013. Ademais, a ACP na qual a decisão suspensa foi proferida (Processo nº 2001.71.00.026279-9/RS) transitou em julgado favoravelmente aos direitos das pessoas trans.

⁵⁶ O projeto de lei foi proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP) em 2001, recebendo o número PL nº 5003/2001. Após ser aprovado no plenário da Câmara dos Deputados em 23.11.2006, o projeto acabou arquivado definitivamente no Senado Federal em 26.12.2014, em função do término da legislatura.

Inicialmente, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT impetrou o **MI nº 4733** em 10.05.2012, a partir da ideia de que a criminalização seria “medida absolutamente necessária para que não seja inviabilizado faticamente o exercício da cidadania da população LGBT brasileira”. Visando superar a “má vontade institucional do Parlamento Brasileiro” e um déficit de proteção às pessoas LGBT, a autora pleiteou fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso, fixando prazo razoável para a edição de lei criminalizadora; e, caso transcorrido o referido prazo sem a promulgação da norma penal, fossem dados efeitos concretos ao mandado de injunção para que o STF procedesse diretamente à tipificação, seja pela inclusão da hipótese na Lei nº 7.716/89, seja pela tipificação de outra forma que a corte entendesse mais adequada.

Todavia, o então relator, Ministro Lewandowski⁵⁷, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheceu da ação, em decisão publicada em 28.11.2013, por entender que não haver no caso frustração da fruição de direito especificamente consagrado pela Constituição, mas tão somente “um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas”.

Assim, diante desta decisão foi interposto agravo regimental pela parte autora, ainda pendente de julgamento. No seu parecer, entretanto, a Procuradoria-Geral da República modificou substancialmente o entendimento anterior, passando a opinar pelo conhecimento e provimento da ação com efeitos bastante amplos. O novo parecer entendeu haver “clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero”. Assim, defendeu o reconhecimento da mora inconstitucional, alegando ser “patente a excessiva duração do processo legislativo da proposta de criminalização da homofobia e transfobia” e da percepção de que a “parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero”. Mais do que isso, pugnou pela possibilidade de que o próprio STF, enquanto não sobreviesse a lei, regulamentasse diretamente a criminalização, sugerindo, para tanto, considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo para efeitos da aplicação

⁵⁷ O atual relator é o Ministro Edson Fachin.

da Lei nº 7.716/89 ou utilizar desde logo o texto do PLC nº 122/2006, que ainda não havia sido arquivado, ou do projeto de Código Penal do Senado, que previa crime resultantes de preconceito ou discriminação. Diante da evidente dificuldade apresentada pelo princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX da CRFB), destacou que este não seria desobedecido em razão de ser a regulamentação excepcional e supletiva, além de uma obrigação constitucional⁵⁸.

Além deste mandado de injunção, existe uma segunda ação com o mesmo objetivo de criminalização da homofobia, a **ADO nº 26**, proposta pelo PPS em 19.12.2013. Com efeito, esta ação foi subscrita pelo mesmo advogado do Mandado de Injunção e teve os mesmos fundamentos e pedidos, inclusive os referentes ao exercício pelo STF de “atividade legislativa atípica” para promover ele mesmo a tipificação da homofobia e da transfobia.

O parecer da Procuradoria-Geral da República seguiu a mesma inteligência da manifestação no agravo regimental do mandado de injunção, inclusive opinando pelo recurso à técnica de interpretação conforme a Constituição para prever a possibilidade de aplicação da lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia ou racismo ou “atuação normatiza concretizadora” para utilizar desde já o conteúdo do PLC nº 122/2006 ou do projeto de Código Penal do Senado. Desenvolvendo as ideias expostas no parecer anterior, esta manifestação enfrentou expressamente o problema referente à possibilidade de extensão da aplicação da Lei nº 7.715/89 e a vedação da analogia *in malam partem* na esfera penal, entendendo que o caso seria de mera “interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos”.

Outra ação envolvendo o direito de pessoas homossexuais, especificamente homossexuais masculinos, é a **ADI nº 5543**, de relatoria do Ministro Edson Fachin e proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB. A ação contesta o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 034/2014 da ANVISA, que ao definir o regulamento técnico dos procedimentos hemoterápicos impedem a doação de sangue por

⁵⁸ O parecer foi objeto de intensa crítica em artigo publicado no site Consultor Jurídico e subscrito por uma plêiade de juristas (CLÈVE *et al*, 2014)

homens que se relacionaram sexualmente com outros homens nos últimos doze meses , independentemente de considerações sobre a prática sexual ter sido protegida, número de parceiros e existência de relacionamento estável . A origem desta vedação se relaciona ao início da epidemia de AIDS, que atingiu em seus primeiros anos a população masculina homossexual de maneira muito mais pronunciada, a ponto de vir a ser conhecida como “peste gay” ou “câncer gay”. O partido argumenta, entretanto, que a vedação representa um tratamento discriminatório que gera danos à saúde pública, ao impedir que homens gays possam contribuir com os estoques de sangue; e à dignidade dos homossexuais, ao perpetuar estigmas baseados na visão anacrônica de “grupo de risco”.

Em 08.06.2016, o Ministro-Relator Edson Fachin determinou a adoção do rito abreviado para o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99, em decisão que indicou a sua tendência em julgar procedente o pedido ao afirmar que “muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte”. No mesmo sentido, em 06.09.2016, a PGR se manifestou pelo deferimento da medida cautelar na ADI, dando destaque para os efeitos estigmatizantes decorrentes da adoção de um modelo com base na ideia de “grupos de risco” e não de “comportamentos de risco”.

No que concerne aos direitos de transexuais, estão pendentes de julgamento a **ADI nº 4275** e o **RE nº 670.422**. A ação abstrata foi proposta pela então Procuradora-Geral em exercício Deborah Duprat e distribuída ao Ministro Marco Aurélio, e pretende que o STF confira interpretação conforme ao art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) para que se reconheça a transexuais o direito de alterar o prenome e o sexo em seus registros civis, independente da realização de cirurgia de transgenitalização. O Recurso Extraordinário trata do mesmo tema e é oriundo de um caso concreto em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul permitiu a um indivíduo transexual a alteração do seu nome e sexo registrais, fazendo constar neste último, entretanto, o termo “transexual”, o que foi considerado pelo recorrente como discriminatório e lesivo do seu direito à intimidade. A Corte reconheceu a repercussão geral do tema (“possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo”) em setembro de 2014.

Outra ação referente a direitos transexuais é o **RE nº 845.779**, oriundo de uma ação de indenização por danos morais movida por uma mulher transexual em face de determinado shopping-center que impediu o seu acesso ao banheiro do gênero de identificação. A decisão de 1º grau, favorável à autora, acabou reformada na 2ª instância. O Tribunal entendeu pela existência de repercussão geral do tema (“possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”) em novembro de 2014.

Este processo foi objeto de uma primeira de sessão de julgamento em 19 de novembro de 2015, em que votaram os Ministros Barroso (relator) e Fachin, ambos pela procedência do pedido, para reconhecer o direito ao tratamento social de acordo com o gênero de identificação⁵⁹, interrompida por pedido de vista do Ministro Fux. Apesar de os dois votos proferidos na ocasião terem sido positivos aos direitos transexuais, as manifestações na sessão demonstraram o desconforto de alguns Ministros em tratar do tema. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, se referiu à cirurgia de transgenitalização utilizando o termo “mutilação” – uma concepção bastante conservadora no âmbito do direito civil e penal –, e questionou o quanto a autora efetivamente pareceria uma mulher, entendendo que se fora retirada do banheiro provavelmente era porque não tinha uma aparência suficientemente feminina⁶⁰. Assim, em que pese tratar-se de Recurso Extraordinário, as circunstâncias fáticas concretas do caso foram polemizadas, podendo vir a modular a garantia geral do direito ao tratamento de pessoas trans em acordo com o

⁵⁹ O voto do Ministro Fachin a favor dos direitos transexuais ajudou a desfazer o desconforto que a sua declaração de que “não se deve heterossexualizar a heterossexualidade”, proferida em sua sabatina pelo Senado Federal, produziu entre o movimento LGBT, que colocou em xeque suas credenciais progressistas. O Ministro, ademais, votou por majorar o valor do dano moral e, talvez mais importante, corrigir os dados da autora no processo, tendo em vista que a mesma era identificada nos autos apenas pelo nome registral masculino, para incluir ao lado deste o nome social. Cabe destacar, por outro lado, que o Ministro pouco tempo antes de entrar para o STF havia publicado artigo acadêmico em que defende uma posição bastante progressista sobre os direitos de pessoas trans (FACHIN, 2014).

⁶⁰ “A guardadora do banheiro feminino pediria que ela se dirigisse ao banheiro masculino se ela tivesse a aparência realmente feminina? Roberta Close, como você [Barroso] citou, eu não tenho a menor dúvida, seria admitida [...] Eu custo a acreditar que no caso a empregada do shopping responsável pela guarda do banheiro adotasse a postura que adotou se a aparência fosse realmente feminina, não teria direcionada, aí seria um escândalo, ela com aparência feminina entrando no banheiro masculino”. Diante deste questionamento, a advogada da autora assomou à tribuna para prestar esclarecimentos fáticos, aduzindo que a autora faz terapia hormonal e, desde os 16 anos de idade, se veste e se apresenta como mulher. O Ministro Relator inclusive apontou ter em mãos fotografia da autora para comprovar a sua qualidade de mulher “de verdade”.

gênero de identificação. Especificamente, o direito de usar o banheiro da autora foi colocado em xeque a partir do seu grau de “passabilidade”⁶¹.

O Ministro Lewandowski, por sua vez, expressou preocupação de que outras mulheres poderiam sofrer constrangimentos ao utilizar o banheiro junto com uma mulher trans, dando a entender que a eventual garantia do direito poderia dar cobertura a abusos sexuais e pedofilia⁶². Neste sentido, o Ministro Fux questionou à advogada da autora se a sua cliente já havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, indicando que a possibilidade de fazer uso do banheiro feminino poderia ser modulada pela circunstância de ela ter um pênis. Ademais, o seu pedido de vista foi baseado em uma suposta necessidade de se escutar a sociedade sobre o tema, por se tratar de um “desacordo moral bastante razoável”, embora o julgamento tratasse de um direito fundamental de um grupo minoritário.

O relato da sessão reforça a noção de que a jurisdição constitucional não ocorre “no vácuo”, i.e., sem que as demandas sociais que busca tutelar existam e gozem de um nível mínimo de aceitação social, revelando o paradoxo de que quanto mais estigmatizada e vulnerável for uma minoria, menor a chance de que a mesma tenha seus direitos tutelados pela Corte Constitucional.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi analisar a jurisprudência de quatro cortes constitucionais latino-americanas acerca dos direitos LGBT. Consoante estabelecido na introdução, tais demandas apresentam uma dificuldade especial para prosperarem na região, tendo em vista a influência persistente da Igreja Católica e uma formação

⁶¹ A noção de “passabilidade” visa retratar a possibilidade de uma pessoa trans “passar por” uma mulher ou homem cisgênero; isto é, se é ou não imediatamente reconhecida no trato social como pessoa trans. A ideia de “passabilidade” é polêmica porque em algum nível engessa concepções de gênero estáticas acerca de como deve ser um homem ou uma mulher “de verdade” e também por comportar um marcador de classe, na medida em que elementos do processo transexualizador, como, por exemplo, cirurgias plásticas, muitas vezes apresentam custos proibitivos para a maioria da população trans.

⁶² “Eu fiquei um pouco preocupado também com a proteção da intimidade e da privacidade de mulheres e crianças do sexo feminino que estão numa situação de extrema vulnerabilidade tanto do ponto de vista físico, quanto do ponto de vista psicológico, quando estão no banheiro”.

histórico-cultural marcada por um modelo machista e patriarcal⁶³, que terminaram por produzir uma renitente matriz cultural heteronormativa.

Tal circunstância, nos termos demonstrados, torna a política majoritária tradicional resistente às demandas de movimentos que se opõe a este modelo, como ocorre com o movimento pelos direitos LGBT, de forma que os parlamentos não raramente são encarados como espaços inescrutáveis para o avanço desta agenda.

Diante disto, o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional se apresentam como locus possível de enfrentamento desta desigualdade estrutural, nos termos das concepções tradicionais acerca de sua capacidade e sua função contramajoritárias. A realidade, entretanto, é muito mais complexa que as respostas teóricas *prêt-a-porter*, conforme se pode depreender da análise dos casos aqui apresentados. Neste sentido, não apenas o recurso à jurisdição constitucional pode resultar em graus variados de sucesso para os movimentos LGBT de cada país, como a própria receptividade dos tribunais nacionais modula as estratégias reivindicatórias dos movimentos locais ao decidir se e como recorrer à via judicial para promoção de sua agenda.

Os quatro tribunais analisados apresentam modelos e possibilidades diferentes de respostas a estas demandas, que poderiam ser alocados ao longo de um gradiente. Assim, em um extremo, poderíamos situar o Tribunal Constitucional do Chile, que em todos os casos analisados respondeu de maneira negativa aos direitos LGBT, desenvolvendo ainda uma fundamentação constitucional que reforçava as noções tradicionais de moralidade e de sexualidade, atuando não na superação, mas no reforço da situação de discriminação. Tal circunstância revela que a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional não é garantida, e que os juízes estão sob influência poderosa de fatores extrajurídicos, como o padrão moral e sexual da cultura em que inseridos.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru revela que a jurisdição constitucional possui indubitável capacidade de atuação contramajoritária, mas que esta não é ilimitada ou incondicional. Neste sentido, grupos minoritários distintos podem

⁶³ Poderiam ser acrescentados, ainda, a tais elementos do nosso processo de formação histórico e cultural, como engessadores do exercício da cidadania em geral, não apenas da população LGBT, mas de outros grupos e segmentos também: um parco desenvolvimento das liberdades civis; a censura oficial, marcada por um perfeccionismo moral, que perdurou durante muito tempo em países da região; uma tradição autoritária e ditatorial, com democracias recentes e muitas vezes instáveis e vulneráveis, entre outros.

receber uma resposta mais ou menos positiva das cortes a depender do seu nível de marginalização social. O movimento LGBT, enquanto “movimento guarda-chuva” formado por identidades e experiências estigmatizadas em diferentes escalas, ajuda a compreender tal dinâmica, e a revelar que a resposta contramajoritária pode pressupor um nível mínimo de aceitação social do grupo que a pleiteia. Neste sentido, em que pese uma defesa relativamente firme dos direitos homossexuais, o Tribunal possui um precedente muito negativo para os direitos de pessoas trans. Apesar de sua superação posterior, a nova decisão foi adotada por apertada maioria, e não é possível se afirmar ainda, portanto, que o Tribunal possui igual fôlego para tutelar os direitos de todas as “letras” da comunidade LGBT.

Caminhando ao longo do gradiente, é possível defender que o STF se situa mais para lá ou para cá do Tribunal Constitucional do Peru. Como vimos, em que pese o Tribunal ter respondido de maneira positiva a todas as poucas demandas no tema dos direitos homossexuais que teve oportunidade de julgar, o STF não possui ainda decisões relevantes sobre o tema dos direitos dos transexuais e das travestis, grupo mais marginalizado dentro da comunidade LGBT, de maneira que não é possível afirmar ainda que a resposta deste tribunal seria a mesma para a tutela destes grupos. A sessão de julgamento já realizada no RE nº 845.779 permite inferir, por outro lado, que o tema não vai ser objeto da mesma unanimidade verificada no julgamento das uniões homoafetivas.

Finalmente, no outro polo, como a corte que respondeu de maneira mais positiva às demandas que lhe foram submetidas, poderíamos situar a Corte Constitucional colombiana. Mesmo neste caso, porém, a resposta contramajoritária dos tribunais constitucionais às demandas de grupos minoritários pressupõe certo nível de amadurecimento do debate na sociedade e no próprio Judiciário. Assim, verificou-se uma jurisprudência incremental, seja perante a própria corte constitucional, como no caso da Colômbia, seja perante outras instâncias judiciais, caso brasileiro. Neste sentido, mesmo as cortes que deram uma resposta positiva no enfrentamento do modelo de desigualdade estrutural requereram um processo prévio na sociedade e no judiciário em particular de disputa constitucional de significados acerca da melhor forma de tutelar e enquadrar os direitos LGBT. Isto posto, parece ser pouco crível a possibilidade de uma resposta judicial integralmente protetiva do direito pleiteado na ausência de qualquer debate e mobilização

social ou de decisões judiciais anteriores menos protetivas. As decisões aqui analisadas não devem ser encaradas como um “ponto final” ou uma “última palavra”, mas sim como etapas num processo maior, que transborda para além do Judiciário, de garantia de direitos e disputa de significados constitucionais⁶⁴.

Diante deste quadro, é possível afirmar que o Judiciário pode ser um aliado e um caminho importante na garantia de direitos LGBT e na reversão do quadro dramático de desigualdade estrutural apresentado, mas que sua capacidade para tanto é limitada e sua disposição para fazê-lo não é garantida. A transformação de uma realidade social de heteronormatividade profunda requer diversas iniciativas e estratégias políticas, dentre as quais a judicialização é apenas mais uma. A atuação contramajoritária da jurisdição constitucional, nos termos apresentados, pressupõe certo nível de debate social sobre o tema dos direitos LGBT e de mobilização social deste movimento. Deve-se evitar, portanto, uma visão “messiânica” e “paternalista” das cortes constitucionais, seja porque ela não corresponde necessariamente à realidade de sua atuação, seja porque tal modelo desconsidera toda a mobilização social prévia necessária à resposta positiva da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABALLERO, Mauricio Albarracín. “Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia”. In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*. São Paulo: v.8, n.14, 2011, pp. 6-33.

CLÈVE, Clemerson Merlin, *et al.* “Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito”. *Conjur. Senso Incomum*. Publicado em 21.08.2014.

⁶⁴ Assim, mesmo as respostas judiciais mais assertivas podem não ser capazes de encerrar o debate social e político em torno de temas altamente controversos. No caso brasileiro, por exemplo, a decisão do STF que reconheceu a legitimidade da união homoafetiva enquanto entidade familiar foi e permanece sendo alvo de críticas intensas por parte de juízes, juristas, políticos e da sociedade em geral. Com efeito, o Congresso Nacional vem desenhando uma resposta legislativa para tentar reverter a leitura da Constituição feita pelo STF; trata-se do PL 6583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), que dispõe sobre o “Estatuto da Família”, prevendo como entidade familiar apenas aquela formada por casais de sexo diferente.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>

COLOMBIA DIVERSA. *Informe Anual Colombia Diversa 2013*. 2013, 30p. Disponível em: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-institucionales/colombia-diversa-informe-institucional-2013.pdf>

COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ*, 2014, 82p. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541>.

COWAN, Benjamin. "Homossexualidade, ideologia e 'subversão' no regime militar". In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). *Ditadura e Homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 27-52.

DÍEZ, Jordi. *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile, and Mexico*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, 294p.

DIMOULIS, Dimitri. "Muito barulho para nada: o caso da liberdade sexual nas forças armadas". *Jota*. Supra, publicado em 06.11.2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/muito-barulho-para-nada-o-caso-da-liberdade-sexual-nas-forcas-armadas>

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. "Sacredness of the Constitutional Text and Interpretative Heresy: The Brazilian Supreme Court Decision on Same-Sex Civil Unions". *Direito GV Research Paper Series* nº. 91, 2014, 21p. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2428423>

ESKRIDGE, William N. Jr. "Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law". *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 150, 2001, pp. 420-525.

FACHIN, Luiz Edson. "O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação". In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 67-91.

FREIRE, Alonso. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos?". In: SARMENTO, Daniel

(coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 591-640.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, Dec. 2005, pp. 257-337.

HUNTER, Nan D. "Discrimination on the basis of sexual orientation". In: AMAR, Vikram David; TUSHNET, Mark V (Eds.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 116-129.

ITURRALDE, Manuel. "Access to constitutional justice in Colombia: opportunities and challenges for social and political change". In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013, pp. 361-402.

KLARMAN, Michael J. "Courts, Congress and Civil Rights". In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005, pp. 173-197.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 399p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades". In: *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 29, 2016, pp. 127-157.

PEW RESEARCH CENTER. "Religion in Latin America: Widespread Change in a Historically Catholic Region". 2014, 309p. Disponível em <http://www.pewforum.org/files/2014/11/Religion-in-Latin-America-11-12-PM-full-PDF.pdf>

RAMÍREZ, Manuel Páez. "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia". In: *Revista de Derecho del Estado*, nº 31, 2013, pp. 231-257.

SILVA, Virgílio Afonso. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública". *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 250, 2009, pp. 197-227.

SKIDMORE, Thomas E.; SMITH, Peter H. *Modern Latin America*. 6ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, 512p.

VAGGIONE, Juan Marco. “Families Beyond Heteronormativity”. In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena. *Gender and Sexuality in Latin America: Cases and Decisions*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice n° 24. 2013, pp. 233-277.

VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. “História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação Científica: destaques 2007*. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, pp. 313-392.