



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Juliana Cesario Alvim Gomes

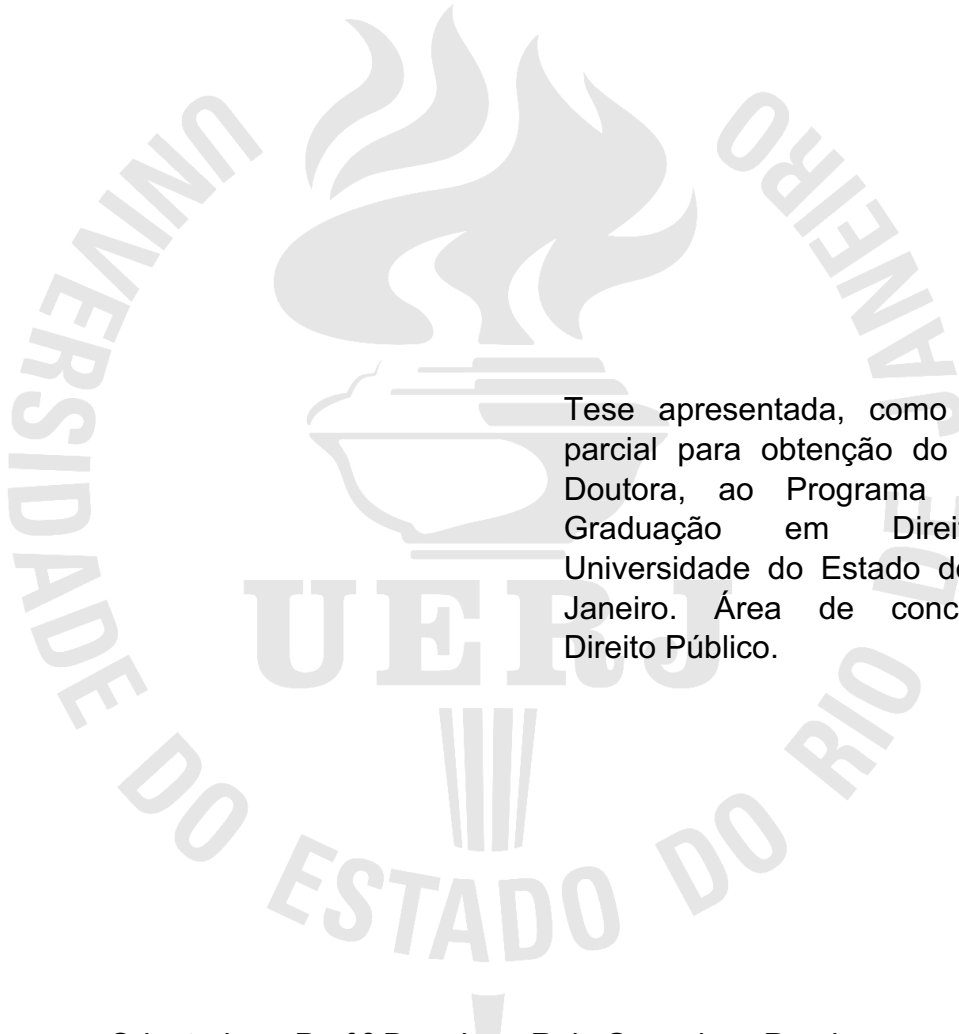
**Perspectivas Constitucionais para os Direitos Sexuais: Uma
abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade**

Rio de Janeiro

2019

Juliana Cesario Alvim Gomes

Perspectivas Constitucionais para os Direitos Sexuais: Uma abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G633

Gomes, Juliana Cesario Alvim.

Perspectivas constitucionais para os direitos sexuais: uma abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade / Juliana Cesario Alvim Gomes. - 2019.

256 f.

Orientador: Prof. Dr. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos sexuais - Teses. 2. Direitos reprodutivos – Teses. 3. Orientação sexual – Teses. I. Pereira, Jane Reis Gonçalves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Juliana Cesario Alvim Gomes

Perspectivas Constitucionais para os Direitos Sexuais: Uma abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 15 de março de 2019.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Miriam Ventura da Silva
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Roger Raupp Rios
Centro Universitário Ritter dos Reis

Prof. Dr. Diego Werneck Arguelhes
Instituto de Ensino e Pesquisa

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

Essa tese não teria sido possível sem a contribuição da Professora Jane Reis Gonçalves Pereira que, além de orientar, me acolheu e incentivou de maneira incansável. Lorena Senra e Victor Giusti com seu trabalho primoroso de pesquisa e revisão foram fundamentais. Agradeço à Clara Iglesias Keller com quem tenho compartilhado a jornada do doutorado e muitas outras nesse tempo. À Marina Cortez, agradeço a interlocução constante e, claro, a amizade. À Ligia Fabris Campos não tenho palavras para agradecer por tanto.

Agradeço ao Global Health and Justice Partnership e à FGV Direito Rio que me permitiram, na qualidade de *fellow*, discutir e desenvolver algumas das ideias ora apresentadas. Agradeço em especial à Professora Ali Miller pela inquietação intelectual e pela visão crítica permanente. Agradeço ainda aos professores e colegas das instituições por onde passei nesses últimos quatro anos: ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito UERJ, cujo corredores me abrigam há uma década, à Clínica UERJ Direitos, um sonho que aconteceu, à Yale Law School, onde não cansei de me surpreender, e à Faculdade Nacional de Direito, onde aprendi mais do que ensinei.

Agradeço, ainda, aos meus amigos queridos sem os quais não sou, e a meus adorados pais, avós e irmãs pelo carinho e pelo apoio. Por fim, a Pagu e Belchior agradeço pela companhia e alegria diárias.

RESUMO

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Perspectivas Constitucionais para os Direitos Sexuais*: uma abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade. 2019. 256 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Com o advento do sujeito moderno e da configuração de sua subjetividade, identidades e práticas sexuais começam a ser vistas como elementos intimamente conectados à busca pessoal de cada indivíduo por um significado de vida. Neste cenário, os direitos sexuais, cujo propósito é regular demandas advindas da expressão da sexualidade, passam a figurar no núcleo de disputas jurídicas e políticas. A presente tese pretende contribuir para a empreitada de afirmação dos direitos sexuais no Brasil de maneira crítica, reconhecendo que o referido conceito, não é capaz de fornecer, *a priori* e por si só, a resposta para todos os desafios jurídicos que envolvem a sexualidade humana. Isso porque, a própria noção de direitos sexuais apresenta em si contradições e paradoxos que refletem embates não resolvidos entre liberdade e igualdade. A partir da premissa de que as escolhas relativas à esta esfera da personalidade serão progressivamente mais autônomas conforme circunstâncias de igualdade de acesso a bens materiais, simbólicos e políticos possam ser alcançadas, a proposta desta tese é desenvolver um arcabouço jurídico que viabilize pensar a igualdade e liberdade de forma integrada e comprometida com a realidade concreta. Como solução para as complexidades envolvendo liberdade e igualdade no tratamento dos direitos sexuais, propõe-se a adoção da ideia de interpenetração entre liberdade e igualdade que permite que a igualdade seja lida à luz da liberdade vice-versa, reforçando-se e limitando-se mutuamente. A essa abordagem integrada entre liberdade e igualdade propõe-se, ainda, o acréscimo de uma dimensão político–democrática de modo a estabelecer a forma por meio da qual determinado direito sexual será exercido.

Palavras-chave: Direitos sexuais. Direitos Reprodutivos. Orientação Sexual.

Identidade de Gênero. Liberdade. Igualdade.

ABSTRACT

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Constitutional Perspectives on Sexual Rights: an democratic and integrated approach between freedom and equality*. 2019. 255 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

With the advent of the modern subject and the configuration of his subjectivity, sexual identities and practices begin to be seen as elements intimately connected to the personal search of each individual for a meaning of life. In this scenario, sexual rights, whose purpose is to regulate demands arising from the expression of sexuality, come to appear at the core of legal and political disputes. This dissertation aims to affirm sexual rights in Brazil in a critical way, recognizing that this concept is not capable of providing, a priori and by itself, an answer to all the legal challenges that involve human sexuality. Based on the premise that choices will be progressively more autonomous as circumstances of equal access to material, symbolic and political goods can be achieved, this dissertation aims to develop a legal framework that makes possible to think about equality and freedom through an integrated perspective. As a solution to the complexities involving freedom and equality in the treatment of sexual rights, this work proposes the adoption of a framework that encompasses the mutual permeation between freedom and equality in order to read equality in the light of freedom and vice versa. To this integrated approach between freedom and equality, it adds a political-democratic dimension in order to establish the way in which a particular sexual right will be exercised.

Keywords: Sexual rights. Reproductive rights. Sexual orientation. Gender Identity.

Freedom. Liberty. Equality.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	DIREITOS SEXUAIS E/OU REPRODUTIVOS? DILEMAS E CONTRADIÇÕES NA ORIGEM E NO EMPREGO DO CONCEITO	31
1.1	Origem e emprego do termo no plano internacional	32
1.2	Direito Constitucional Comparado	49
1.3	Direitos sexuais no Brasil	58
1.3.1	<u>Literatura especializada</u>	58
1.3.2	<u>Contexto político e jurídico</u>	61
1.4	Considerações finais	67
2	IGUALDADE E DIREITOS SEXUAIS	69
2.1	Dimensões da igualdade na Constituição de 1988	69
2.1.1	<u>Igualdade e suas dimensões</u>	69
2.1.2	<u>Igualdade na Constituição Federal de 1988</u>	74
2.2.	Igualdade e direitos sexuais	78
2.2.1	<u>Igualdade formal</u>	78
2.2.1.1	Discriminação de direito: uniões homoafetivas e crime de pederastia	78
2.2.1.2	Discriminação de fato: subinclusão e superinclusão na aplicação do direito	82
2.2.1.2.1	Subinclusão: violência e falta de acesso à justiça	82
2.2.1.2.2	Superinclusão: hipercriminalização das identidades de gênero sexualidades não normativas	85
2.2.2	<u>Igualdade material</u>	92
2.2.2.1	Dimensão distributiva: acesso a medicamentos para HIV, uniões homoafetivas e assédio sexual	92
2.2.2.2	Dimensão simbólica: estigma, conversão, invisibilidade, patologização e privatização de demandas	99
2.3.	Limites e desafios da igualdade para o tratamento dos direitos sexuais	112

2.3.1	<u>Onde subproteção e a hipercriminalização se entrecruzam: criminalização para promoção de direitos de grupos subalternizados - o caso da homofobia</u>	113
2.3.2	<u>O problema da diferença</u>	116
2.3.2.1	Imutabilidade, universalidade e exclusão.....	118
2.3.2.2	Particularismo, assimilacionismo e conservadorismo	125
2.4	Considerações finais	128
3	LIBERDADE E DIREITOS SEXUAIS	129
3.1	Dimensões da liberdade na Constituição de 1988	129
3.1.1	<u>Liberdade e suas dimensões</u>	129
3.1.2	<u>Liberdade na Constituição Federal de 1988</u>	141
3.2	Liberdade e direitos sexuais	146
3.2.1	<u>Não interferência</u>	147
3.2.1.1	União homoafetivas e universalização dos destinatários da decisão ..	147
3.2.1.2	Liberdade de ensino de gênero e orientação sexual	150
3.2.2	<u>Autorrealização</u>	152
3.2.2.1	Aborto, esterilização e condições para o exercício da autonomia	152
3.2.2.2	Identidade de gênero de pessoas trans e a possibilidade de transformação dos sistemas normativos vigentes	160
3.3	Limites e desafios da liberdade para o tratamento dos direitos sexuais	169
3.4	Considerações finais	176
4	UMA ABORDAGEM DEMOCRÁTICA E INTEGRADA DE LIBERDADE E IGUALDADE	177
4.1	Introdução	177
4.2	Ausência de conflito: hierarquização, categorização e absorção de uma pela outra	180
4.3.	Sopesamento e interpenetração	186
4.4	Dimensão política: democracia e participação	192
4.5.	Considerações finais	200
	CONCLUSÃO	202
	REFERÊNCIAS	214

INTRODUÇÃO

Atualmente, identidades e práticas sexuais são vistas como elementos intimamente conectados com a busca pessoal por um significado de vida. Esse fenômeno tem origem na emergência do sujeito moderno e na configuração de sua subjetividade, na qual ganhou importância e autonomia a esfera da sexualidade.¹ Nesse contexto, a sexualidade é entendida como um fenômeno independente da reprodução e de suas exigências². Essa configuração relaciona-se, por um lado, com sua crescente regulação de maneira autônoma por parte de discursos científicos, médicos e legais³ e, por outro, com a ascensão da autonomia sexual das mulheres e com o “*florescimento da homossexualidade, masculina e feminina*”⁴. Nos termos da definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), a sexualidade é tida como “*um aspecto central do ser humano durante toda a vida abrangendo sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução*”⁵.

¹ Nesse sentido, “*o recalçamento progressivo das funções corporais e das emoções no decorrer do processo civilizatório, o aumento da reserva e da distância entre os corpos e o aparecimento de uma esfera íntima protegida e apoiada em fortes relações interpessoais juntaram-se a uma vontade de saber e a um desejo de interpretar os movimentos secretos do corpo, de que é testemunha o surgimento, no século XIX, do próprio termo sexualidade e das primeiras disciplinas que a tiveram como objeto, rompendo com a antiga retórica religiosa da carne. Assim, as trajetórias e as experiências sexuais, amplamente diversificadas nos dias de hoje, tornaram-se um dos principais fundamentos da construção dos sujeitos e da individualização*”. BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 17.

² GIDDENS, Anthony. *Transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 38-39.

³ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

⁴ GIDDENS, Anthony. loc. cit.

⁵ E, ainda, “*A sexualidade é experienciada e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Enquanto a sexualidade pode vir a incluir todas essas dimensões, nem todas elas são sempre experienciadas ou expressadas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais*”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*. Geneva, Jan. 28–31, 2002. p. 5. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018. Ao longo da presente tese sexualidade será entendida de maneira ampla de forma a abarcar os aspectos indicados na referida definição da OMS.

Os aspectos da sexualidade que têm repercussões jurídicas são diversos, e envolvem tanto condutas de cunho sexual singularmente consideradas, como, por exemplo, determinadas práticas sexuais, tal qual o sadomasoquismo, quanto desempenha papel fundamental no estigma que recai sobre as identidades de gênero tidas por desviantes, como no caso da transexualidade. Além disso, integram essa seara as consequências das relações desenvolvidas dentro das práticas e identidades sexuais, como aquelas relativas à conjugalidade, à parentalidade, ao acesso ao sistema de saúde, e às “*atividades sócio e economicamente relacionadas com o exercício da sexualidade*”, como a pornografia e a prostituição.⁶ Esses variados âmbitos de projeção da sexualidade humana têm múltiplas dimensões, abrangendo aspectos eróticos, afetivos, sociais, políticos e econômicos que tanto estão relacionados com a autorrealização individual quanto afetam o acesso a recursos materiais, culturais, simbólicos e políticos.

Desde os anos 2000, documentos internacionais têm buscado definir e sistematizar os chamados direitos sexuais. Dentre os mais importantes⁷ estão, em ordem cronológica, os Princípios de Yogyakarta sobre orientação sexual e identidade de gênero, redigidos e aprovados em 2006 por um conjunto de 29 especialistas⁸, a declaração da organização não governamental *International*

⁶ RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23.

⁷ Alice M. Miller, Eszter Kismödi, Jane Cottingham e Sofia Gruskin incluem também como documentos canônicos em matéria de direitos sexuais a compilação de casos e leis sobre orientação sexual e identidade de gênero da International Commission of Jurists (cf. INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Sexual orientation, gender identity and justice: a comparative law casebook*. Geneva: ICJ, 2011) e relatórios da Organização Mundial da Saúde (cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Sexual health, human rights and the law. *Reproductive Health Matters*, v. 23, n. 46, p. 193-195, 2015; MILLER, Alice M. et al. Sexual rights as human rights: a guide to authoritative sources and principles for applying human rights to sexuality and sexual health, *Reproductive Health Matters*, v. 23, n. 46, p. 16-30, 2015). Lotte chama atenção para dois documentos anteriores que, no entanto, enfocavam apenas direitos das mulheres: um da organização Colombiana Women's Global Network for Reproductive Rights de 1996 e a outra do subgrupo HERA (Health, Empowerment, Rights, and Accountability) da International Women's Health Coalition. A autora ainda traz outros documentos que tratam da questão, como, por exemplo, a Declaração de Valência de Direitos Sexuais, apresentada em 1999 no âmbito da Associação Mundial de Sexologia. LOTTES, Ilsa L. Sexual Rights: Meanings, Controversies, and Sexual Health Promotion. *Journal of Sex Research*, v. 50, n. 3-4, p. 367-391, 2013. p. 373).

⁸ Essa informação consta da Introdução aos Princípios de Yogyakarta. Cf. *Yogyakarta Principles*. Disponível em: <<https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

*Planned Parenthood Federation (IPPF)*⁹, de 2008, e a Declaração sobre Direitos Sexuais da *World Association for Sexual Health (WAS)*, organização internacional que reúne sociedades sexológicas e sexólogos, de 2014.¹⁰

De tais documentos extrai-se que os direitos sexuais se definem pela problemática enfrentada – a sexualidade – e não pelos direitos aplicados em si, que na maior parte são desdobramentos de direitos já consagrados nas constituições e tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, a declaração da IPPF afirma que “os direitos sexuais são compreendidos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas”.¹¹ A conhecida definição de trabalho da OMS, de 2002, prevê, por sua vez, que “Os direitos sexuais abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos em tratados de direitos humanos internacionais e regionais, baseados em documentos de consenso e encontrados no direito doméstico”¹².

Entre os direitos elencados como direitos sexuais estão, por exemplo na Declaração dos Direitos Sexuais da WAS¹³, o “direito de estar isento de todas as formas de violência ou coerção”, cujos desdobramentos no campo específico da sexualidade seriam

[a proteção ao] estupro, abuso ou, perseguição sexual, ‘bullying’, exploração sexual e escravidão, tráfico com propósito de exploração sexual, teste de virgindade ou violência cometida devido à prática sexual real ou presumida,

⁹ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Sexual rights: an IPPF declaration*. London: IPPF, 2006.

¹⁰ WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Declaration of sexual rights*. ed. rev., 2014. Disponível em: <<http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹¹ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. op. cit., p. 4. A Declaração dos Direitos Sexuais da World Association for Sexual Health indica em seus considerandos, por sua vez, que: "RECONHECE que direitos sexuais são baseados na Liberdade, dignidade e igualdade inerente a todos os seres humanos e incluem o compromisso de proteção contra danos" (cf. notas 7 e 10 deste capítulo).

¹² WORLD HEALTH ORGANIZATION. op. cit., p. 4. Atualizada em 2010: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Developing sexual health programmes: a framework for action*. Geneva, 2010. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/rhr_hrp_10_22/en/>. Acesso em: 03 fev. 2019.

¹³ WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. op. cit., p. 2. A declaração completa na tradução oficial em português está disponível em: <<http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

orientação sexual, identidade e expressão de gênero ou qualquer característica física (artigo 5);

o direito ao mais alto padrão de saúde atingível, inclusive de saúde sexual; com a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras (artigo 7); e

o direito à educação e o direito à educação sexual esclarecedora (artigo 10).

Como se vê, os direitos sexuais incluem tanto direitos de proteção e abstenção quanto a garantia de prestações positivas. Em verdade, os direitos sexuais consistem em um rol aberto e não taxativo de direitos relativos à sexualidade, que têm sido conceituados e desenvolvidos constantemente ao longo do tempo. Nesse sentido, o preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta prevê a necessidade de revisões periódicas do documento para “*permitir a incorporação de desenvolvimentos no direito e na sua aplicação para vidas particulares e experiências de pessoas de orientação sexual e identidades de gênero diversas ao longo do tempo em diversas regiões e países.*” Em consonância com essa previsão, em 2017 realizou-se atualização de tais princípios que incorporou ao texto original 9 princípios adicionais e 11 novas obrigações estatais (Yogyakarta *Principles plus 10 – YP+10*)¹⁴.

Os direitos sexuais se comunicam, mas não se confundem com direitos reprodutivos. Por um lado, pode haver sexualidade sem reprodução. E por outro, reprodução sem sexualidade. É verdade, contudo, que alguns direitos estão localizados na interseção entre os dois conjuntos. É o caso, por exemplo, do direito ao acesso à contracepção e ao aborto. A decisão de iniciar, continuar ou terminar uma gravidez pode ser vista como uma escolha reprodutiva ou “*como um aspecto da capacidade da mulher de conectar ou desconectar a atividade sexual da decisão de se tornar mãe*”, estando, portanto, no campo da sexualidade a depender do aspecto enfatizado¹⁵.

O mesmo ocorre na relação entre direitos sexuais e direitos relacionados a gênero (por vezes chamados direitos das mulheres). Embora a expressão e a identidade de gênero¹⁶ não se confundam com, nem determinem a orientação

¹⁴ Cf. nota 5.

¹⁵ MILLER, Alice M. et al. op. cit., p. 17.

¹⁶ Identidade de gênero entendida nos termos da introdução aos Princípios da Yogyakarta, como “*a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou*

sexual¹⁷, “a forma como cada um expressa gênero pode formar a base sobre a qual o direito estatal regula com quem essa pessoa pode ter relações sexuais legítimas”¹⁸. Além disso, a identidade de gênero é, em geral, determinante para condicionar limites e possibilidades das experiências sexuais às quais o indivíduo está sujeito, sejam elas positivas ou negativas, como situações de abuso e violência.

No Brasil, não existe uma definição legal de direitos sexuais. O Ministério da Saúde, contudo, possui definição do termo que se fundamenta na Constituição Federal e o diferencia dos direitos reprodutivos:

Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos contemplam os princípios da diversidade humana, notadamente a sexual, o princípio da saúde, da igualdade, da autonomia e o princípio da integridade corporal, que estão fundamentados nos macroprincípios éticos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os direitos sexuais dizem respeito ao direito de viver a sexualidade, com respeito pelo próprio corpo e pelo do parceiro; de escolher o(a) parceiro(a) sexual sem medo, culpa, vergonha ou falsas crenças; de escolher se quer ou não ter uma relação sexual, independentemente do fim reprodutivo; de expressar livremente sua orientação sexual; de ter acesso à informação e à educação sexual e reprodutiva; entre outros que possibilitam a expressão livre da sexualidade (BRASIL, 2009c). (...)

Por sua vez, os direitos reprodutivos evidenciam o direito das pessoas decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas. Compreendem o direito de acessarem informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos e o direito de exercerem a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção e violência. (...)¹⁹.

O órgão inclui, ainda, no rol dos direitos sexuais “[o] *Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições*”, “[o] *Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas*

não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.

¹⁷ Orientação sexual, entendida nos termos da introdução aos Princípios da Yogyakarta, como “como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.

¹⁸ Ibidem. p. 17.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. p. 8.

crenças”, “[o]Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física”, “[o] Direito de ter relação sexual independente da reprodução”, “[o] Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS”, e “[o] Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação”²⁰.

A relevância dos desdobramentos jurídicos da sexualidade vem sendo reconhecida em diversos ordenamentos ao redor do mundo, que têm se deparado nas últimas décadas com discussões constitucionais acerca dos diferentes valores e princípios que permeiam cada um desses temas. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2003, com a decisão do caso *Lawrence v. Texas*, uma lei que criminalizava a sodomia entre adultos foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte com fundamento no direito à privacidade.²¹ Dez anos depois, o mesmo tribunal declarou inconstitucional lei federal²², afirmando que a interpretação restritiva de “marido” e “esposa” como aplicáveis somente a uniões heterossexuais é inconstitucional por impor a casais do mesmo sexo “estigma,” “status legal separado” e por “humilhar” um grupo de pessoas.²³ Em 2015, a mesma Suprema Corte, no caso conhecido como *Obergefell v. Hodges*, declarou que a constituição estadunidense exige o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁴. Em 2018, por outro lado, assegurou o direito dos donos de confeitaria de se recusarem a produzirem um bolo para casamento de um casal do mesmo sexo, em razão de suas crenças religiosas.²⁵

²⁰ Idem. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. 1 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p. 4.

²¹ 539 U.S. 558. *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v Texas*, de 26 de junho de 2013.

²² *Public Law 104-199 (Defense of Marriage Act)*. Washington, Sept. 21, 1996. Disponível em: <<https://www.congress.gov/104/plaws/publ199/PLAW-104publ199.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²³ 570 U.S. ____ (2013). *United States v. Windsor*, de 26 de junho de 2013. No mesmo dia essa Corte decidiu, por cinco votos a quatro, pela não admissibilidade de recurso, mantendo decisão inferior pela inconstitucionalidade de iniciativa de emenda constitucional a Constituição Estadual que barrava o casamento entre pessoas do mesmo sexo. 570 U.S. ____ (2013). *Hollingsworth v. Perry* (antigo *Perry v. Brown and Perry v. Schwarzenegger*), de 26 de junho de 2013.

²⁴ 576 U.S. ____ (2015). *Obergefell v. Hodges*, de 25 de junho de 2015.

²⁵ 584 U.S. ____ (2018). *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, de 03 de junho de 2018.

Outras discussões travadas recentemente na esfera do Judiciário daquele país envolvem o uso de banheiros em escola por crianças trans²⁶, disputa de paternidade entre mulher lésbica e pai biológico de criança²⁷, a possibilidade de exclusão de indivíduo de júri apenas por ser gay,²⁸ a descriminalização da bigamia²⁹, o encarceramento por tempo ilimitado de “predadores sexuais”, em virtude da possibilidade de voltarem a cometer crimes³⁰ e, mais recentemente, o banimento de pessoas trans das forças armadas³¹.

Em 1993, a Câmara dos Lordes inglesa, por sua vez, considerou culpados por agressão praticantes de sadomasoquismo, mesmo seus atos tendo sido praticados em privado e com o consentimento das supostas vítimas. A principal justificativa para tanto foi a de que “a sociedade tem o direito e dever de proteger-se contra um culto de violência”.³² Entretanto, recentemente, a Suprema Corte do Reino Unido determinou, em caso no qual proprietários de pousada impediram que dois homens

²⁶ SHARP, David. Nicole Maines, Transgender Student, Goes to Maine High Court. *Huffington Post*. New York, June 12, 2013. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2013/06/12/nicole-maines_n_3429077.html> Acesso em: 5 ago. 2014; e SHARP, David. Maine Court Rules In Favor Of Transgender Pupil. *The Boston Globe*. Boston, Feb. 01, 2014. Disponível em: <<https://www.bostonglobe.com/metro/2014/02/01/maine-court-rules-favor-transgender-pupil/SvRvYxXfdAcX4iMn0mWtBL/story.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁷ MELO, João Ozorio de. Em disputa sobre paternidade, lésbica vence homem em tribunal dos EUA. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/lesbica-vence-disputa-paternidade-homem-eua>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁸ Idem. Acusação de suspeição: EUA discutem se gay pode julgar caso sobre Aids. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/eua-discutem-gay-jurado-remedio-aids>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁹ Idem. Tribunal americano descriminaliza a bigamia. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-16/tribunal-americano-descriminaliza-bigamia-julgando-lei-inconstitucional>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

³⁰ Idem. “Penas Inextinguíveis” Leis dos EUA impedem volta de “predadores sexuais” às ruas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-28/leis-estaduais-eua-impedem-volta-predadores-sexuais-ruas>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

³¹ VOGUE, Ariane de; COHEN, Zachary. Supreme Court allows transgender military ban to go into effect. *CNN*. Whashington, 22 fev. 2019. Disponível em <<https://edition.cnn.com/2019/01/22/politics/scotus-transgender-ban/index.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³² Lord Templeman em *Regina v Brown*, de 11 de março de 1993. O aludido lorde anotou ainda que “a princípio existe uma diferença entre a violência incidental e aquela que é provocada para a satisfação de crueldade. A violência típica de encontros sadomasoquistas envolve a satisfação de crueldade pelos sádicos e a degradação das vítimas. Esta violência é nociva para os participantes e imprevisivelmente perigosa” (tradução nossa). Ao longo deste trabalho, todos os textos em língua estrangeira serão traduzidos livremente, salvo indicação expressa em sentido contrário.

gays dormissem num quarto com cama de casal,³³ que o direito de exercer a própria fé não abrange esse tipo de discriminação, e o parlamento britânico aprovou projeto de lei consagrando o casamento de pessoas do mesmo sexo.³⁴

Na Alemanha, igualmente por via legislativa, em 2013, foi introduzida a possibilidade de não se assinalar o gênero no registro de crianças diagnosticadas com hermafroditismo, que poderão, na idade adulta, optar pelo gênero feminino, pelo masculino ou por manter-se no neutro.³⁵ Em 2017, a Corte Constitucional daquele país decidiu que, quando uma pessoa sentir “profundamente” que pertence a um certo gênero, terá o direito a escolher como se identifica legalmente, abrindo a possibilidade de um terceiro gênero, categorizado como “diverso”³⁶. Entretanto, discute-se a insuficiência da medida por requerer um diagnóstico médico, não abrindo margem para a escolha do indivíduo, e por não abranger outros problemas relativos, por exemplo, à intersexualidade³⁷. No final de 2018, o parlamento alemão editou lei que regulamenta a possibilidade de registro do “terceiro sexo” no país³⁸. Acerca do tema, a Comissão Nacional Suíça de Ética Biomédica, no fim de 2012, desculpou-se pelo tratamento destinado a indivíduos intersexo utilizado no país até

³³ *Bull and another (Appellants) v Hall and another (Respondents)*, de 27 de novembro de 2013.

³⁴ ENGLAND; WALES. Parliament of the United Kingdom. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*. London, July 17, 2013. No mesmo sentido, em Portugal, em 2010, entrou em vigor a lei nº 9/2010, permitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Na França, sob fortes protestos, o parlamento aprovou lei que autoriza o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo e a adoção por casais gays (Loi nº 2013-404 du 17 mai 2013).

³⁵ BBC MUNDO. Alemanha introduce un "tercer género" legal para recién nacidos. *BBC News*, London, 19 ago. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/08/130819_alemania_tercer_genero_nm.shtml>. Acesso em: 31 jan. 2019.

³⁶ Order of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16. Decisão em inglês disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html> Acesso em 20 fev. 2019.

³⁷ A intersexualidade é tradicionalmente identificada na literatura médica e jurídica como “hermafroditismo”, nomenclatura que hoje enfrenta críticas por parte do movimento de pessoas intersexo. “*Grosso modo*, um indivíduo pode ser classificado como intersexo no momento do nascimento quando existe uma dificuldade de se estabelecer seu sexo: no mais das vezes, constata-se que o bebê tem uma genitália ambígua, ou seja, uma genitália que não se adequa aos padrões estabelecidos para um pênis ou vagina ‘normais’”. CORTEZ, Marina. Dualidade ou Constelação? Intersexualidade, Feminismos e Biomedicina: uma Análise Bioética. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, UFRJ/UFF/UERJ/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2015.

³⁸ DEUTSCHE WELLE. Parlamento alemão aprova "terceiro gênero" em certidões de nascimento. 14 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/parlamento-alem%C3%A3o-aprova-terceiro-g%C3%AAnero-em-certid%C3%B5es-de-nascimento/a-46750779>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

então, que previa cirurgias e tratamentos para a adequação a um dos sexos, mesmo em crianças.³⁹

Em caso recente, a Corte de Apelação do Estado de South Wales, na Austrália, determinou ser despidendo a certa pessoa manter em seus registros determinação de sexo como feminino ou masculino, autorizando-a a identificar-se, em documentos oficiais, como pessoa de sexo não especificado, afirmando que “*mudanças nas duas últimas décadas evidenciam um entendimento crescente, não só na ciência e na medicina, mas também na lei e em outras disciplinas profissionais, que identidade sexual não é dependente apenas de características físicas e não é necessariamente inambígua*”.⁴⁰ Posteriormente, a adoção pelo Legislativo australiano de lei que protege o “*status intersexo*” tem garantido o combate à esterilização forçada de tais pessoas e a eliminação no sistema de saúde australiano de referências de gênero, enfocando as necessidades biológicas de cada paciente, ao invés de seu gênero ou sexo legal.⁴¹

Na Índia, em 2018 a Suprema Corte considerou inconstitucional a criminalização das relações homossexuais (depois de considerá-la constitucional em 2013)⁴² e determinou a inclusão de transgêneros, chamados *Hijras*, como um terceiro gênero, estabelecendo o oferecimento, por parte do poder público, de programas de saúde e educação voltados para essa população, incluindo políticas de reserva de vagas.⁴³

³⁹ AGIUS, Silvan. Third Gender: A Step Toward Ending Intersex Discrimination A Commentary. *Spiegel Online*, Hamburgo, Aug. 22, 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/europe/third-gender-option-in-germany-a-small-step-for-intersex-recognition-a-917650.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

⁴⁰ *Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages*, de 31 de maio de 2013.

⁴¹ AGIUS, Silvan. loc. cit.

⁴² Trata-se da seção 377 do Código Penal Indiano de 1860. A decisão judicial da Suprema Corte Indiana foi *Suresh Kumar Koushal and another v NAZ Foundation and others*, de 11 de dezembro de 2013. Sobre a decisão mais recente cf. GETTLEMAN, Jeffrey; SCHULTZ, Kai; RAJ, Suhasini. India Gay Sex Ban Is Struck Down. ‘Indefensible,’ Court Says.” *The New York Times*, New York, Sept. 6, 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/09/06/world/asia/india-gay-sex-377.html>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁴³ A decisão foi da mesma Suprema Corte (*National Legal Services Authority v Union of India and Others*, de 15 de abril de 2014). No dispositivo se lê: “Nós, portanto, declaramos: (1) Hijras, Eunucos, para além do gênero binário, devem ser tratados como “terceiro gênero”, com o propósito de salvaguardar seus direitos à luz da Parte III da nossa Constituição e das leis feitas pelo Parlamento e pela Assembleia Legislativa. (2) O direito das pessoas transgênero de decidir seu gênero auto-identificado também é resguardado e os Governos Central e Estaduais são orientados a garantir o reconhecimento legal de sua identidade de gênero como homens,

A Argentina, por sua vez, foi precursora com sua avançada Lei de Identidade de Gênero, promulgada em 2012. A lei já foi utilizada para fundamentar a alteração de registro de criança transgênera de seis anos e a transferência de presídio masculino para feminino de condenada travesti.⁴⁴ Na Colômbia, a Corte Constitucional vem se mostrando bastante favorável aos direitos das minorias sexuais,⁴⁵ já tendo reconhecido as uniões homoafetivas e assegurado direitos trabalhistas às prostitutas, afirmando que “não se devem discriminar [os trabalhadores e trabalhadoras sexuais] porque têm os mesmo direitos das pessoas

mulheres ou terceiro gênero. (3) Nós orientamos os Governos Central e Estaduais a tomar medidas para tratá-los como classes de cidadãos socialmente e educacionalmente em desvantagem e a estender a eles todos os tipos de reservas de vagas nos casos de admissão em instituições de ensino e para cargos públicos. (4) Os Governos Central e Estaduais são orientados a operar Centros de Vigilância Serológica (HIV) em separado, considerando que Hijras/Transgêneros enfrentam diversos problemas de saúde sexual. (5) Os Governos Central e Estaduais devem abordar seriamente os problemas enfrentados por Hijras/Transgêneros, tais como medo, vergonha, disforia de gênero, pressão social, depressão, tendências suicidas, estigma social, etc. e qualquer insistência de que a Cirurgia de Redesignação Sexual seja motivo para declarar o gênero de alguém como imoral e ilegal. (6) Os Governos Central e Estaduais devem tomar medidas apropriadas para prestar cuidados médicos aos TGs [Terceiro Gênero] em hospitais e também fornecer banheiros públicos separados e outras instalações. (7) Os Governos Central e Estaduais devem, ainda, tomar medidas para promover esquemas de bem-estar social variados para sua melhoria. (8) Os Governos Central e Estaduais devem tomar medidas para conscientizar a sociedade, a fim de que TGs também se sintam parte integrante da vida social e não sejam tratados como intocáveis. (9) Os Governos Central e Estaduais devem tomar medidas para recuperar seu respeito e lugar na sociedade em que uma vez eles desfrutaram da vida cultural e social.”

⁴⁴ MESQUITA, Lúcia. Argentina reconhece criança transgênero. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/09/1348236-argentina-reconhece-crianca-transgenero.shtml>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁴⁵ Algumas sentenças relevantes, com seus respectivos assuntos são: T-594/93 Cambio de nombre; T-097/94 Conductas homosexuales en la Escuela Militar; T-539/94 Publicidad homosexual (beso en la Plaza de Bolívar de Bogotá); T-569/94 Conductas travestis por niño en colegio; T-101/98 Derecho a la igualdad en acceso a la educación por homosexual; SU-337/99 Pseudohermafroditismo-Niño “castrado”; T-551/99 La autorización paterna para la remodelación genital en casos de menores de cinco años es legítima, si se trata de un “consentimiento informado cualificado y persistente”; T-808/03 Homosexual en la organización Scouts de Colombia ; T-499/03 Visita íntima lésbica en cárceles ; T-1021/03 Estados Intersexuales-Supuestos fácticos que deben considerarse en las intervenciones médicas para corrección. Consentimiento Informado-Consentimiento sustituto Paterno; T-1096/04 Protección a hombre homosexual víctima de violencia sexual en cárcel; T-152/07 Discriminación de transexual en trabajo ; C-798/08 Deber derecho de alimentos entre compañeros/as permanentes del mismo; T-912/08 No es legítimo el consentimiento sustituto de los padres debido a que el niño ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género; C-029/09 Más de 28 leyes demandadas para reconocer otros derechos a parejas del mismo sexo. - derechos civiles, políticos, penales, sociales de las parejas del mismo sexo; C-886/10 Inhibitoria de matrimonio; T-062/11 Derecho a uso de prendas femeninas y maquillaje mujeres transgeneristas en cárceles; T-492/11 Lesbiana obligada a utilizar uniforme de trabajo.

que cumprem qualquer outro trabalho”.⁴⁶ Entretanto, depois da rejeição, em 2013, por parte do parlamento, de projeto de lei que autorizava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Tribunal Constitucional proferiu decisão em que aprovou a adoção de crianças por casais do mesmo sexo, condicionando-a, todavia, à paternidade ou maternidade biológica de um dos pais.⁴⁷

A experiência Brasileira

No Brasil, na presente ordem constitucional, o debate jurídico acerca de temas relativos à sexualidade se inicia já durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988 permeando temas como reprodução e violência sexual.⁴⁸ A esse

⁴⁶ Sentencia T-629/2010. *Lais contra el Bar Discoteca Pandemo*, de 13 de agosto de 2010. Segundo a decisão, “pela especificidade da prestação, porque, em muitos aspectos, o trabalho sexual toca na dignidade, assim como se admite a existência de uma subordinação precária por parte do empregador, também se reconhece precário o direito do trabalhador à estabilidade laboral e a ser restituído ao seu emprego em caso de um despedimento sem justa causa. Deste modo, estima o Plenário, se resolve a tensão existente entre direitos e bens jurídicos que a prostituição conecta e se protege os trabalhadores sexuais de discriminações. Por um lado, uma decisão que, embora não agrade os critérios de moralidade preexistentes, evita o abandono ilegítimo das trabalhadoras e trabalhadores do sexo como sujeitos em manifesto estado de vulnerabilidade, dignos de proteção especial; mas por outro lado, uma restrição das garantias de trabalho, que procura evitar que o Estado, a partir da administração da justiça, incentive o exercício de uma profissão que, de acordo com os valores da cultura constitucional, não é nem louvável nem promovível”. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-629-10.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁴⁷ REUTERS. Colômbia aprova adoção por casais homossexuais com restrição. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/08/1507742-colombia-aprova-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo-com-restricoes.shtml>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁴⁸ A carta das mulheres encaminhada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher aos constituintes apresentou diversas propostas relativas ao tema. Na área da saúde, dispôs, por exemplo, que “5 – Será vedada ao Estado e às entidades nacionais e estrangeiras toda e qualquer ação impositiva que interfira no exercício da sexualidade. Da mesma forma, será vedada ao Estado e às entidades nacionais e estrangeiras, públicas ou privadas, promover o controle de natalidade”; “6 – Será garantido à mulher o direito de conhecer e decidir sobre o próprio corpo”. No campo da violência, por sua vez, “1 – Criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, for a e dentro do lar”; “2 – Consideração do crime sexual como ‘crime contra a pessoa’ e não como ‘crime contra os costumes’, independentemente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política”; “7 – Será punido o explorador ou exploradora sexual da mulher e todo aquele que a induzir à prostituição”; “8 – Será reitrado da lei o crime de adultério”, entre outros. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2018. Ainda sobre o assunto, cf. BARSTED, Leila Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, v. 0, n.0, p. 104-130, 1992; ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. *Revista Brasileira de Estudos de População*. v.23, n.2, p. 369-374, 2006; e OLIVEIRA, Adriana

respeito, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu a punição à violência sexual contra criança e adolescente⁴⁹ e previu o livre planejamento familiar como um direito do casal⁵⁰. Embora a articulação visando a incluir a discriminação por orientação sexual tenha sido derrotada naquela ocasião e posteriormente no processo de revisão constitucional, a demanda foi contemplada nas Constituições Estaduais de Sergipe e Mato Grosso e em vinte e sete leis orgânicas municipais.⁵¹

No âmbito do Poder Executivo, já na década de 1980, em função da AIDS, iniciou-se no país o I Programa de Combate à Aids.⁵² Nos anos 2000, o governo federal lançou o programa “Brasil sem Homofobia” (2004), contemplando cinquenta e três propostas voltadas ao combate à discriminação e à violência contra gays, lésbicas e transgêneros, envolvendo diversos ministérios e secretarias⁵³. Em consonância com esse programa pioneiro, em maio de 2009, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República divulgou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT⁵⁴ a partir dos resultados obtidos

Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987- 1988 e suas consequências no texto constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

⁴⁹ Art. 227. § 4º: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

⁵⁰ Art. 226. § 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁵¹ Posteriormente Piauí e Distrito Federal. Sobre o tema, cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013; e RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 149, p. 279-295, jan./mar. 2001.

⁵² GALVÃO, Jane. *Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia*. Rio de Janeiro: ABIA, 2000.

⁵³ O Programa Nacional de Direitos Humanos, em sua versão de 1996, não apresentou nenhuma ação governamental voltada para LGBTs (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), embora mencionasse expressamente os “homossexuais” como sujeitos de direitos humanos. Apenas em 2002 incluíram-se metas nesse sentido.

⁵⁴ Neste trecho utiliza-se as siglas que foram empregadas à época pelos órgãos públicos em questão. Ao longo da presente tese utilizar-se-a, em regra, a sigla LGBTI que designa pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais. Sua utilização, ao longo deste trabalho, justifica-se pela ampla aceitação internacional da expressão, notadamente pela ONU, e, no âmbito regional, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Note-se que sob a denominação pessoas trans pretende-se abranger travesties, transgêneros e transexuais. Nada obstante, deve-se reconhecer que não há, atualmente, consenso social ou político acerca da composição da sigla, destacando-

na I Conferência Nacional GLBT, que ocorreu em Brasília em junho de 2008. O Plano pretendeu apresentar não só as diretrizes gerais de políticas públicas voltadas para a população LGBT, como também identificar metas e mecanismos de controle dos instrumentos empregados e da produção de resultados. Também em 2009, passou a vigorar o Programa Nacional de Direitos Humanos III com 22 ações voltadas para pessoas LGBT, e, em 2010, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT)⁵⁵.

Nos legislativos locais, durante a primeira década do ano 2000, houve a aprovação de leis estabelecendo multas e sanções às situações de discriminação por orientação sexual.⁵⁶ No Legislativo Federal, por sua vez, foram objeto de lei questões como violência sexual (abordada, por exemplo, na Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e na Lei n. 12.845/2013, que garante o atendimento obrigatório e imediato no Sistema Único de Saúde a vítimas de violência sexual) e educação sexual (por exemplo, Lei 12.852/2013, conhecida como Estatuto da Juventude).

No Judiciário, o tema da sexualidade teve ampla repercussão com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da união estável entre pessoas do mesmo sexo, nas ADPF nº 132 e ADI nº 4.277⁵⁷, com posterior regulamentação pela Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁵⁸

se variações que excluem algumas de suas letras, como “LGBT” – esta mais presente em órgãos governamentais nacionais; e outras que pretendem ampliar sua extensão, como é o caso de LGBTTI e LGBTI+, estas predominantemente utilizadas por movimentos sociais. Isto posto, urge ressaltar que, ao encampar a sigla escolhida, não se pretende encerrar, taxativamente, o rol de orientações sexuais, identidades e expressões de gênero existentes, reconhecendo-se, ainda, a crítica segundo a qual a utilização de uma única sigla retiraria visibilidade dos grupos que não estão representados por suas letras, discussão que se relaciona com os debates que serão levados a cabo nos capítulos 2 e 3 da presente tese.

⁵⁵ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. p. 4.

⁵⁶ Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2011, 79 municípios possuíam legislação contra a homofobia. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2260&t=munic-2011-6-2-municipios-possuem-plano-reducao-riscos&view=noticia>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁵⁷ STF. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

⁵⁸ Segundo a Resolução, de maio de 2013, “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre

Pouco mais de uma década antes, o STF havia julgado recursos especiais firmando o entendimento de que o direito à saúde pode ser judicialmente demandado por indivíduos a fim de assegurar a distribuição gratuita de remédios de combate à AIDS.⁵⁹ Em 2010, a primeira turma discutiu o enquadramento penal da transmissão do vírus HIV, decidindo por excluir a ocorrência de crime doloso contra a vida⁶⁰. Mais recentemente, ainda no STF, foram analisados a tipificação da pederastia no Código Penal Militar⁶¹, a alteração de nome e sexo em registro de nascimento por pessoas trans⁶², o reconhecimento social da identidade de gênero de pessoas trans a partir do uso de banheiro⁶³ e a limitação de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens⁶⁴, estando esses dois últimos julgamentos suspensos em razão de pedidos de vistas.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso revelador sobre percepção social que ainda se fazia presente na época, final da década de 1990, discutiu-se a possibilidade de indivíduo ser ou não testemunha em razão de uma suposta falta de credibilidade por ser homossexual⁶⁵. Nos anos subsequentes, o mesmo tribunal foi

peças de mesmo sexo". Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

⁵⁹ São exemplos: STF. RE-AgRg nº 271.286. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000, DJ 24/11/2000; STF. RE nº 273.834. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2000, DJe 18/09/2000; STF. RE nº 242.859. 1ª Turma. Relator Min. Ilmar Galvão, julg. 29/06/1999, DJ 17/09/1999; e as decisões monocráticas nos seguintes processos: STF. Ag nº 232.469-RS. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/12/1998, DJ 23/02/1999; STF. RE nº 236.644-RS. Relator Min. Maurício Corrêa, julg. 05/08/1999, DJ 03/09/1999; STF. RE nº 273.042-RS. Relator Min. Carlos Velloso, julg. 16/08/2000, DJ 06/09/2000; STF. RE nº 232.335-RS. Relator Min. Celso de Mello, julg. 01/08/2000, DJ 25/08/2000.

⁶⁰ STF. HC nº 98.712. 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 05/10/2010, DJe 17/12/2010.

⁶¹ STF. ADPF nº 291. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, julg. 28/10/2015, DJe 11/05/2016.

⁶² STF. RE nº 670.422. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 15/08/2018, DJe 17/08/2018 e STF. ADI 4275. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 01/03/2018, DJe 05/03/2018.

⁶³ STF. RE 845.779. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, julg. iniciado e suspenso em 19/11/2015 por pedido de vistas do Min. Luiz Fux.

⁶⁴ STF. ADI 5543. Tribunal Pleno. Relator Min. Edson Fachin, julgamento iniciado e suspenso em 06/10/2017 por pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes.

⁶⁵ RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiram - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno

responsável por avanços na jurisprudência e, antes da decisão do STF reconhecendo as uniões homoafetivas, assegurou, por exemplo, a inclusão de companheiro em plano de saúde e benefícios previdenciários para companheiro homossexual, com fundamento na sociedade de fato e na união estável por analogia⁶⁶. Também foram garantidas a adoção unilateral de menor por companheira da mãe biológica sob o fundamento da “*plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF*”⁶⁷ e alteração de nome por transexual⁶⁸.

Recentemente, contudo, tem-se observado uma reação conservadora no Brasil e no mundo que ameaça colocar em risco os avanços alcançados. No contexto brasileiro, no âmbito do legislativo federal, ganharam repercussão projetos como o da “cura gay” (PL n. 4.931/2016) visando à revogação de trechos de resolução do Conselho Federal de Psicologia que impediam tratamento e cura de homossexuais. Igualmente, foram debatidos o projeto que previa a convocação de plebiscito para consultar a população sobre a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a suspensão da resolução do CNJ que abriu caminho para o casamento gay.⁶⁹

para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica. (STJ. RESP nº 199700812081. 6ª Turma. Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 26/05/1998, DJ 26/10/1998)

⁶⁶ No âmbito do STF, alguns desses casos: RE nº 552.802. Decisão Monocrática. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 14/10/2011, DJe 24/10/11; RE nº 643.229. Decisão Monocrática. Relator Min. Luiz Fux, julg. 30/08/2011 DJe 08/09/2011; RE nº 607.182. Decisão Monocrática. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 09/08/2011, DJe 15/08/2011; RE nº 590.989. Decisão Monocrática. Relatora Min. Cármen Lúcia, julg. 15/06/2011, DJe 24/06/2011; RE nº 437.100. Decisão Monocrática. Relator Min. Gilmar Mendes, julg. 20/05/2011, DJe 26/05/2011.

⁶⁷ STJ. RESP nº 201102016852. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi, julg. 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

⁶⁸ Em um primeiro momento, mediante intervenção cirúrgica: STJ. RESP nº 200702733605. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi, julg. 15/10/2009, DJe 18/11/2009. Posteriormente a realização de cirurgia foi considerada inexigível pelas 3ª e 4ª turmas do STJ. A decisão pioneira ocorreu em 2017, no RESP nº 1.626.739. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, julg. 09/05/2017, DJe 01/08/2017.

⁶⁹ NUBLAT, Johanna; FALCÃO, Márcio. Comissão de Marco Feliciano aprova dois projetos contra gays e rejeita um a favor. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/11/1374047-comissao-de-marco-feliciano-aprova-dois-projetos-contr-gays-e-rejeita-um-a-favor.shtml>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

Em 2015, ainda no âmbito da Câmara dos Deputados, Comissão Especial deu parecer favorável ao Estatuto da Família (PL nº 6.583/2013) que traz previsões sobre a “valorização e apoio à entidade familiar”, a qual define como “*união de um homem e de uma mulher, por meio de casamento ou união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos*”, excluindo famílias como as homo e socioafetivas, em contrariedade com a decisão do STF de 2011. Posteriormente, diversos municípios aprovaram leis restringindo o ensino de temáticas de gênero e sexualidade nas escolas, algumas das quais foram questionadas no STF sem que tenha havido até o presente momento decisão do plenário a esse respeito, a despeito de algumas liminares que as declararam inconstitucionais.⁷⁰

Durante as eleições presidenciais de 2018, houve indícios de um recrudescimento ainda maior no tratamento governamental de questões relativas à sexualidade. Ao longo da campanha, ganharam destaque declarações do então candidato Jair Bolsonaro que colocaram em estado de alerta ativistas ligados a direitos sexuais e direitos das mulheres, incluindo aquelas que atribuíram falsamente ao seu oponente Fernando Haddad a distribuição de materiais em escolas que supostamente estimulavam a pedofilia⁷¹. Indícios adicionais do posicionamento que será encampado pelo novo governo estão contidos no plano de governo do candidato eleito. O plano apresentado não prevê propostas para a população LGBTI (ao contrário dos programas de outros candidatos⁷²), limitando-se a tratar do “*combate ao estupro de mulheres e crianças*” e, no campo da educação, da

⁷⁰ Sobre o tema, aguardam julgamento pelo plenário ADPFs 460, 462, 465, 466 e 467. Obtiveram decisões liminares favoráveis as ADPF 526, Relator Min. Dias Toffoli, e a ADPF 461, Relator Min. Roberto Barroso.

⁷¹ CONGRESSO EM FOCO. TSE diz que “kit gay” não existiu e proíbe Bolsonaro de disseminar notícia falsa. *Congresso em foco*. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/tse-diz-que-kit-gay-nao-existiu-e-proibe-bolsonaro-de-disseminar-noticia-falsa/>>. Acesso em 4 nov. 2018. Idem. Pesquisa mostra que 84% dos eleitores de Bolsonaro acreditam no kit gay. *Congresso em foco*. Brasília, 1 nov. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/amp/eleicoes/pesquisa-mostra-que-84-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditam-no-kit-gay/>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁷² FÁBIO, André Cabette. As propostas dos presidentiáveis para a população LGBT. *Nexo*. São Paulo, 2 out. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/02/As-propostas-dos-presidenci%C3%A1veis-para-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

necessidade de “*mais matemática, ciências e português, sem doutrinação e sexualização precoce*”⁷³.

O discurso do novo presidente, refletido no seu plano de governo, alinha-se com um movimento internacional reacionário contrário à promoção dos direitos sexuais, segundo o qual as categorias de “gênero” e “orientação sexual” visariam a negar a diferenciação natural e a complementariedade dos sexos e seriam parte de uma suposta “ideologia de gênero” cujo objetivo seria o de promover “*interesse de minorias sexuais subversivas, promotoras de uma cultura antifamília, do colonialismo sexual e da ideologia da morte*”⁷⁴.

O conceito de “ideologia de gênero” foi inicialmente utilizado como “*dispositivo retórico moral*”⁷⁵ pelo Vaticano e vem sendo disseminado nos últimos anos em diversos países⁷⁶, por vezes ganhando contornos secularizados⁷⁷, de forma a “*deslegitimar os estudos e as lutas feministas e LGBTQ e a reafirmar que as normas sexuais transcendem arranjos históricos e políticos*”⁷⁸. Essa estratégica retórica busca “*renaturalizar o conceito de gênero (aceitável quando definido como ‘fundado na identidade sexual biológica, macho ou fêmea)’*” e “*se opõe a análises e pleitos que afirmem a imanência da ordem sexual*”⁷⁹.

Para tanto, seus adeptos retratam os debates e as demandas relativas a gênero como uma ideologia totalitária (parte do projeto de uma “ditadura gayzista”)

⁷³ BOLSONARO 2018. *Caminhos da Prosperidade*. Proposta de Plano de Governo. p. 31 e 41, respectivamente. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/propostas-de-candidatos>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

⁷⁴ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A gênese de uma categoria. *Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)*, Rio de Janeiro, 20 dez. 2017. Entrevista concedida a Laura Lowenkron e Claudia Mora. Disponível em: <<http://clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=12704>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁷⁵ Idem. “Ideologia de gênero”: a invenção de uma categoria polêmica contra os direitos sexuais. In: Marcelo M. Ramos; Pedro A. G. Nicoli; Gabriela C. Alkmin (orgs.). *Gênero, sexualidade e direitos humanos: perspectivas multidisciplinares*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

⁷⁶ Cf., por exemplo, CORRÊA, Sônia. ‘Theologies’ and contexts in a Latin American perspective. *Religion & Gender*. v. 6, n. 2, p. 256-263, 2016.

⁷⁷ CASE, Mary Anne. The Role of the Popes in the Invention of Complementarity and the Vatican’s Anathematization of Gender. *Religion & Gender*. v. 6, n. 2, p. 155-172, 2016.

⁷⁸ GARBAGNOLI, Sara. Against the Heresy of Immanence: Vatican’s ‘Gender’ as a New Rhetorical Device against the Denaturalisation of the Sexual Order. *Religion & Gender*, v. 6, n. 2, p. 187–204, 2016.

⁷⁹ Ibidem.

que utilizaria espaços como as escolas para desvirtuar sobretudo as crianças⁸⁰. Como consequência, combinam argumentos em defesa de uma suposta liberdade religiosa e política para promover o “direito a uma escola não-ideológica”, “escola sem gênero”, “escola sem partido”, ou, nas palavras do plano de governo de Jair Bolsonaro, “*sem doutrinação e sexualização precoce*”⁸¹.

Esse projeto vai frontalmente de encontro à ideia de direitos sexuais, que tem avançado e se desenvolvido a partir das lutas de mulheres e LGBTIs nas esferas nacionais e internacionais nas últimas três décadas. Não à toa, apesar de possuir bases teóricas religiosas que remontam à metade do século XX, foi na década de 1990 que a narrativa de combate à suposta “ideologia de gênero” começou a ser mobilizada pelo Vaticano para influenciar o direito secular em reação às conquistas que, naquele período, começavam a se concretizar em termos de direitos sexuais e reprodutivos no âmbito das Nações Unidas.⁸²

Nesse contexto, a presente tese, em oposição a esse movimento reacionário, busca demonstrar que a proteção e a promoção dos direitos sexuais como forma de salvaguardar juridicamente múltiplos aspectos da sexualidade, visando à proteção de identidades, práticas e atividades comumente marginalizadas e estigmatizadas, está plenamente amparada no regime dos direitos humanos e fundamentais⁸³. Este trabalho, contudo, procura contribuir para a empreitada de afirmação dos direitos sexuais no Brasil de maneira crítica, reconhecendo que o referido conceito não é

⁸⁰ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. “Ideologia de gênero”: a invenção de uma categoria polêmica contra os direitos sexuais. loc. cit.

⁸¹ Nesse sentido, foi aprovada na Rússia, por exemplo, lei impedindo propaganda de “relações sexuais não convencionais” sob o argumento de que promover o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo poderia prejudicar as crianças. A mesma tendência revela-se em outros países do Leste Europeu, como Ucrânia, Moldávia, Lituânia e Hungria, e na África, sobretudo na Nigéria, no Senegal, em Gana e Uganda Cf. LUHN, Alec. Russian anti-gay law prompts rise in homophobic violence. *The Guardian*. Moscow, Sept. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/sep/01/russia-rise-homophobic-violence>>. Acesso em: 04 fev. 2019; PINHEIRO, Aline. Direito dos gays é pouco reconhecido no Leste Europeu. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-21/direito-homossexuais-ainda-reconhecido-leste-europeu>>. Acesso em: 04 fev. 2019; PEW RESEARCH CENTER. *The Global Divide on Homosexuality: greater acceptance in more secular and affluent countries*. Pew Research Global Attitudes Project: June 4, 2013. Disponível em: <<http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

⁸² CASE, Mary Anne. loc. cit. A esse respeito veja-se o capítulo 1.

⁸³ Note-se que direitos sexuais como aqui preconizados são exigências de justiça que não necessariamente tem como seu principal *locus* de concretização o Poder Judiciário, mas igualmente os poderes políticos e a sociedade em geral.

capaz de – desacompanhado de uma reflexão aprofundada – fornecer, *a priori* e por si só, a resposta para todos os desafios jurídicos que envolvem a sexualidade humana. Isso porque, como se discutirá adiante, a própria noção de direitos sexuais apresenta em si contradições e paradoxos que refletem embates não resolvidos entre liberdade e igualdade.

É o caso quando se pensa a respeito do debate em torno da questão da criminalização da prostituição (em oposição à legalização do trabalho sexual). Por um lado, poder-se-ia pensar que a autonomia da mulher deve ser assegurada e, por isso, a sua escolha individual de adotar o trabalho sexual como atividade laboral deveria ser protegida, garantidos, inclusive, os direitos trabalhistas garantidos às demais atividades laborais. Segundo essa visão, os direitos sexuais da mulher demandariam o reconhecimento da sua liberdade de dispor de seu próprio corpo e a impossibilidade de imposição, sobre essa mulher, de uma visão moral da sociedade que condena essa atividade. Por outro lado, é possível argumentar que a opção pela prostituição não é autônoma, sendo constrangida por desigualdades estruturais relacionadas, por exemplo, a classe, raça e gênero. Nesse sentido, os direitos sexuais imporiam a proteção da mulher diante de uma realidade de exploração sexual decorrente de sua posição na sociedade, vedando, por consequência, a prostituição.

A tensão entre essas duas perspectivas também se apresenta, por exemplo, ao se observar as altas taxas de esterilização de mulheres negras no Brasil. Por um lado, essas mulheres estão sujeitas a opressão de gênero, raça e classe. Por outro, decidem realizar tais cirurgias de maneira informada, pagam por elas e consideram-se satisfeitas ao final.⁸⁴ Em um dos polos, o argumento pró-liberdade tende a enfatizar a autonomia dos indivíduos em engajarem-se em tais práticas, no outro extremo, um argumento igualitário nega essas possibilidades em razão das estruturas de dependência e poder às quais os indivíduos em questão se sujeitam.

Outros cenários de tensão envolvem, por exemplo, pensar em que medida o reconhecimento do direito de alteração de sexo e gênero em documentos de pessoa trans para incluí-la no sistema estatal de registros poderia excluir do reconhecimento estatal pessoas que não se identificam com um ou outro gênero, como pessoas

⁸⁴ CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. *Physys: Revista de Saúde Coletiva*, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. p. 158.

intersexo ou *gender-fluid*⁸⁵. Ou, ainda, de que forma a inclusão de cirurgia de redesignação sexual de pessoa trans no sistema único de saúde mediante exigência de diagnóstico pode implicar em visão patologizada e normatizada dessas existências, fundamentada no que seria um padrão de indivíduo habilitado pelo Estado para acessar o serviço. Em ambos os casos, a busca da inclusão, enxergada sob o prisma da igualdade, pode levar a uma restrição de autodeterminação e, logo, no exercício da liberdade.

Dependendo, portanto, de qual princípio é enfatizado (liberdade ou igualdade) diferentes conteúdos dos direitos sexuais poderiam, em tese, emergir. Como se verá, essa tensão conecta-se com a utilização, historicamente, do termo “direitos sexuais” para abarcar dois conjuntos de direitos. De um lado, direitos relacionados ao acesso à saúde sexual e reprodutiva, incluindo planejamento familiar, informação e educação. De outro, direitos relativos a orientação sexual e de identidade gênero.

Enquanto o primeiro significado tem sido defendido pelo movimento de mulheres, o segundo uso da expressão foi trazido para o debate público por ativistas ligados à temática de HIV/AIDS, preocupados, principalmente, com direitos dos homens gays. A primeira abordagem, em geral, tem se voltado para uma compreensão mais tradicional e heteronormativa dos direitos sexuais, enfatizando a crítica das hierarquias sociais e a necessidade de realização de igualdade pela via da inclusão e do combate à má-distribuição de recursos materiais e à discriminação. A segunda tem se inclinado para a defesa das liberdades de escolha e a da necessidade de mudança dos paradigmas vigentes, sendo criticada, por vezes, por desconsiderar as estruturas sociais de desigualdade. Essa divergência política – que também tem desdobramentos teóricos – leva a desacordos acerca das respostas jurídicas e políticas que devem ser dadas a diversos temas relativos à sexualidade.

Nesse sentido, a fragmentação política dos direitos sexuais, que opõe saúde e direitos reprodutivos a orientação sexual e de gênero, coincide com a falta de um arcabouço analítico que permita pensar em liberdade e igualdade de uma maneira mais integrada. A proposta dessa tese é desenvolver este arcabouço jurídico em conexão com a realidade concreta e a partir das contribuições teóricas de feministas, e de teóricos de estudos LGBTs e *queer*, levando em conta diferentes

⁸⁵ Pessoas de gênero fluido não possuem uma identidade de gênero fixa.

formas de injustiças sistêmicas que constroem decisões autônomas, e, ao mesmo tempo, a habilidade humana de realizar escolhas mesmo nas mais desfavoráveis circunstâncias.

Pretende-se, portanto, de um lado, chamar atenção para as potencialidades e os limites dos direitos sexuais – apontando os riscos de uma aplicação superficial e irrefletida dessa noção. De outro, busca-se oferecer uma estrutura constitucional teórica que articule liberdade e igualdade, contribuindo para uma abordagem prática complexa e integrada dos direitos sexuais a partir da ideia de que as escolhas relativas à sexualidade serão progressivamente mais autônomas conforme circunstâncias de igualdade de acesso a bens materiais, simbólicos e políticos possam ser alcançadas. Ao invés de oferecer uma solução imediata para casos difíceis como os mencionados acima, pretende-se utilizar as contradições entre liberdade e igualdade (constitutivas da categoria dos direitos sexuais) para qualificar a pergunta que se coloca em cada caso.

Trata-se de uma empreitada de mão dupla. De um lado, procura-se oferecer uma estrutura jurídica teórica que permita pensar os direitos sexuais de maneira mais integrada. De outro, busca enriquecer o debate constitucional sobre a relação entre liberdade e igualdade a partir da realidade concreta e dos estudos teóricos em torno dos direitos sexuais. Com efeito, busca-se explorar as contradições e os dilemas presentes na categoria dos direitos sexuais para potencializar sua aplicação em prol da defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Em suma, a tese se inicia com uma abordagem concreta do emprego do termo direitos sexuais para evidenciar as tensões políticas e teóricas existentes em torno da expressão. O primeiro capítulo pretende investigar como vem sendo desenvolvida a noção de “direitos sexuais” no direito brasileiro, no direito constitucional comparado e no direito internacional dos direitos humanos. Por meio da análise do uso da expressão, pretende-se, por um lado, delinear seu conteúdo. Por outro, por meio do estudo da sua origem, busca-se observar como o emprego político e jurídico da expressão encerra tensões no que tange ao seu significado. Argumentarei que esses conflitos práticos refletem divergências teóricas, que serão abordadas nos capítulos seguintes.

O segundo e o terceiro capítulo giram, respectivamente, em torno de discussões teóricas acerca da igualdade e da liberdade e das implicações práticas para os direitos sexuais de abordagens que se baseiem exclusivamente em um dos

dois conceitos. A partir de casos concretos discutidos perante o Supremo Tribunal Federal, busca-se apontar as potencialidades e limites da aplicação de cada um dos princípios para a promoção dos direitos sexuais.

O quarto capítulo busca reconciliar liberdade e igualdade a partir da análise de propostas de arcabouços jurídicos que busquem equacionar as tensões entre dois conceitos, defendendo-se, ao fim, uma proposta de iluminação recíproca entre os dois conceitos acrescida de uma dimensão político-democrática.

1 DIREITOS SEXUAIS E/OU REPRODUTIVOS? DILEMAS E CONTRADIÇÕES NA ORIGEM E NO EMPREGO DO CONCEITO

Na introdução, vimos que definições mais recentes dos direitos sexuais os conceituam de maneira ampla (incluindo múltiplos aspectos da sexualidade) e aberta (sujeitos a novos desdobramentos em razão do tempo e do contexto específico), fundamentando-os em princípios tradicionalmente reconhecidos pelos direitos humanos e constitucional e diferenciando-os de direitos reprodutivos, com os quais, por vezes, se sobrepõem. Tal formulação, que vem se consolidando sobretudo na esfera internacional, é resultado de uma longa trajetória política e jurídica que, ao longo do tempo, apresentou tensões e contradições. Tais contradições não foram, contudo, plenamente superadas - sobretudo nos contextos nacionais em que a expressão começou a ser utilizada mais recentemente. Por isso, devem permanecer em mente quando se aborda a questão da sexualidade sob o ponto de vista jurídico. Um tratamento superficial da questão, que não leve em conta suas complexidades, corre o risco de, a pretexto de fazer avançar direitos, provocar consequências indesejadas tanto para os indivíduos cujos direitos se pretende promover, quanto para demais pessoas e grupos em geral igualmente em situação de marginalidade e vulnerabilidade. Por outro lado, o reconhecimento das contradições dos direitos sexuais pode potencializar sua aplicação e capacidade de adaptação em prol dos direitos fundamentais de grupos com sexualidades ou expressões de gênero não-normativas⁸⁶.

⁸⁶ Na linha da crítica de feita por Rosalind Petchesky, procurarei evitar o uso da expressão “minorias sexuais”, dando preferência a expressões como “sexualidades ou expressões de gênero não-normativas”, “sexualidades socialmente marcadas/estigmatizadas”. Embora o termo “minorias sexuais” tenha a vantagem de remeter a um vocabulário que vem sendo utilizado no direito constitucional para representar diversos grupos que carecem de representatividade social e política, pode, sobretudo no presente caso, contribuir para “codificar pressuposições sobre o ‘normal’ que deveriam estar abertas ao questionamento”. PETCHESKY, Rosalind P. The language of ‘sexual minorities’ and the politics of identity: a position paper. *Reproductive Health Matters*, v. 17, n. 33, p. 105-110, May 2009.

1.1 Origem e emprego do termo no plano internacional

Conforme registra a literatura, a expressão “direitos sexuais” começou a ser empregada no contexto normativo no plano internacional a partir da década de 1990⁸⁷. Entretanto, isso não significa que temas relacionados à sexualidade não viessem sendo tratados naquele âmbito muito antes disso. Alice Miller chama atenção, particularmente, para os mais de “*noventa anos de tentativas de tratados internacionais em controlar o cruzamento de fronteiras por pessoas para fins de prostituição*”.⁸⁸ Segundo a autora, a abordagem inicial da sexualidade no âmbito internacional tendia a privilegiar sexualidades dominantes a partir de uma perspectiva de controle ou proteção, elementos que estavam incluídos em discursos como aqueles presentes nas convenções que tratavam de “escravidão branca” – que, ao mesmo tempo, excluía mulheres não brancas de sua esfera de proteção e formatava o que seria uma “boa” sexualidade ao abordar a violência sexual como “*um ataque à honra de uma mulher*”.⁸⁹ Já aqui se observam contradições no tratamento jurídico da sexualidade: a pretexto de promover a proteção de mulheres, desconsiderar e rebaixar a sexualidade de mulheres não brancas (como não sendo dignas da mesma proteção) e, ao mesmo tempo, limitar o exercício legítimo da sexualidade da mulher àquilo que fosse “honrado” (em oposição a manifestações de sexualidade consideradas desviantes, como o sexo fora do casamento e a homossexualidade).

Ao longo do século XX, outros aspectos da sexualidade passaram a ser, progressivamente, abordados em espaços judiciais e não judiciais internacionais e regionais de direitos humanos, sobretudo a partir da década de 1990. Questões como violência sexual em conflito armado, assim como escravidão sexual, foram discutidas já durante a elaboração do Estatuto de Roma, que deu origem ao Tribunal

⁸⁷ Cf. nota 103 deste capítulo.

⁸⁸ MILLER, Alice M. Human Rights and Sexuality: First Steps Toward Articulating a Rights Framework for Claims to Sexual Rights and Freedom. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, v. 93, p. 288-303, 1999. p. 288.

⁸⁹ Ibidem. p. 292; Idem. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 68-109, 2000. p. 77.

Penal Internacional, e também a partir de casos que tratavam de genocídios como os ocorridos na antiga Iugoslávia e em Ruanda.⁹⁰

Do mesmo modo, sistemas regionais de direitos humanos passaram a decidir casos que tratavam de questões relativas à sexualidade. Desde o fim da década de 1980, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem decidindo casos relativos a abusos sexual⁹¹, à criminalização da homossexualidade⁹² e à identidade de gênero de pessoas trans, tendo havido, com relação a esse último conjunto, alteração da jurisprudência nos anos 2000, a partir de quando se passou a reconhecer tais direitos, anteriormente negados⁹³. Ao longo dos anos, outros assuntos relativos à sexualidade passaram a ser decididos pela referida corte, como orientação sexual⁹⁴

⁹⁰ Sobre o assunto, cf. MACKINNON, Catharine. Remedies for War Crimes at the National Level. *The Journal of the International Institute*. v. 6, Issue 1, Fall 1998; Idem. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, n. 3, p. 940-958, 2006.

⁹¹ Um dos casos pioneiros sobre estupro foi *X and Y v. the Netherlands*, de 26 de março de 1985. Para outros casos sobre abuso sexual de crianças e adolescentes, cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Research Division. *Child sexual abuse and child pornography in the Court's case-law*. Strasbourg, June 2011. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁹² Cf. *Dudgeon v. the United Kingdom*, de 22 de Outubro de 1981 e *Norris v. Ireland*, de 26 de Outubro de 1988. Para mais casos cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Press Unit. *Homosexuality: criminal aspects*, Strasbourg, June 2014. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_ENG.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Press Unit. *Gender identity issues*. Strasbourg, Oct. 2018. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁹⁴ Em 1999, decidiu que homem homossexual vivendo com outro homem tinha direito de visitar sua filha que vivia com sua ex-esposa (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de Dezembro de 1999) e que investigação sobre sexualidade de membros das forças armadas que resultou em sua exclusão violavam a Convenção Europeia de Direitos Humanos (*Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom* e *Smith and Grady v. the United Kingdom*, de 27 de Setembro de 1999) EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Press Unit. *Sexual orientation issues*. Strasbourg, June 2018. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf> Acesso em: 15 nov. 2018. A Corte Europeia de Direitos Humanos, após decidir, em 2010, que os Estados europeus não são obrigados a permitir casamentos entre pessoas do mesmo sexo devido “às conotações sociais e culturais profundamente enraizadas que podem diferir amplamente de uma sociedade para a outra” (*Schalk and Kopf v. Austria*, de 22 de novembro de 2010), entendeu, em 2013, que o Código Civil da Áustria discriminava homossexual por impossibilitar a adoção de filho biológico de seu parceiro, enquanto permitia esse tipo de adoção para casais heterossexuais não casados. (*X and others v. Austria*, de 19 de fevereiro de 2013). No mesmo ano, duas outras importantes decisões foram tomadas no âmbito europeu: a que garantiu o direito de homossexuais constituírem uma família juridicamente reconhecida, invalidando lei grega sobre uniões estáveis que contemplava exclusivamente relacionamentos estáveis entre um homem e uma mulher (*Case of Vallianatos and Others v. Greece*, de 07 de novembro de 2013) e, no Tribunal de Justiça da União Europeia, a que decidiu que um estrangeiro homossexual que corra risco de perseguição no

e divulgação pública de informações médicas individuais⁹⁵. Em 2017, essa mesma corte condenou Portugal por reduzir o valor da indenização a mulher que sofreu erro médico que a deixou com dores intensas, incontinência e com dificuldades de ter relações sexuais. Para a corte, a idade e o gênero da reclamante – refletidos na presunção de que a sexualidade não era tão importante para uma mulher de 50 anos e mãe de dois filhos –, foram fatores decisivos para a redução da indenização por sofrimento físico e mental.⁹⁶ No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacam-se casos relativos a violência sexual⁹⁷ e a direitos LGBT⁹⁸, que começaram a ter sua admissibilidade reconhecida a partir do final da década de 1990.

No sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), o caso *Toonen v. Australia* é considerado paradigmático⁹⁹. Na ocasião, em 1994, o Comitê de Direitos Humanos declarou que as leis australianas que criminalizavam a sodomia violavam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especificamente seu artigo 17¹⁰⁰, relativo à privacidade, e seu artigo 26, concernente à igualdade e à vedação de discriminação que, por sua vez, deveria ser interpretado de forma a incluir “orientação sexual” entre os critérios cuja utilização para discriminar seria proibida.¹⁰¹

seu país de origem tem direito de receber asilo na Europa (*Tribunal de Justiça da União Europeia, C-199/12 a C-201/12, 4ª Seção, 7 de novembro de 2013*)

⁹⁵ Em 1997, condenou a Finlândia em razão do vazamento da condição de portadora de HIV da aplicante em um contexto de procedimentos relativos a abuso sexual (*Z. v. Finland*, de 25 de janeiro de 1997).

⁹⁶ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, de 25 de julho de 2017.

⁹⁷ ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Violência sexual: lições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Justificando*. 21 set. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/09/21/violencia-sexual-lico-es-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁹⁸ RIOS, Roger Raupp et al. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017.

⁹⁹ Sobre o impacto do caso, cf. SAIZ, Ignacio. Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation: A Decade of Development and Denial at the UN. *Health and Human Rights*. v. 7, n. 2, 2004.

¹⁰⁰ Artigo 17 - 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

¹⁰¹ Artigo 26 – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e

A partir dessa decisão, outros órgãos de monitoramento da ONU passaram a tratar do tema da orientação sexual. Além do próprio Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher se manifestaram em questões como a criminalização da homossexualidade, maus-tratos a LGBTs encarcerados, abusos contra a liberdade de associação e ao direito de proteção policial de ativistas LGBT, impactos da orientação sexual na fruição de direitos como trabalho, habitação, saúde e acesso à água, dentre outras.¹⁰² Segundo Ignacio Saiz, “*todos os tratados de direitos humanos mais importantes podem e têm sido invocados para desafiar uma miríade de violações baseadas em orientação sexual e identidade de gênero*”¹⁰³. Para além dos órgãos de monitoramento de tratados, relatórios de *experts* nomeados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU para analisar determinados temas ou países também contribuíram para consolidar a sexualidade como um direito humano¹⁰⁴.

Igualmente, desde a década de 1990, conferências mundiais e organizações não governamentais nacionais e internacionais têm chamado atenção para questões de direitos humanos e sexualidade.¹⁰⁵ Foi no âmbito dessas conferências que a utilização da expressão “direitos sexuais” começou a ganhar notoriedade¹⁰⁶.

garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

¹⁰² SAIZ, Ignacio. op. cit., p. 51.

¹⁰³ Ibidem. 53.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 54. No mesmo sentido MILLER, Alice M. op. cit. p. 289-290.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 290.

¹⁰⁶ “O termo ‘direitos sexuais’ apareceu pela primeira vez em 1994 em um documento intergovernamental da ONU no Programa de Ação do Cairo, no bojo da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento”. CORRÊA, Sônia (entrevistadora HOWE, Cymene). “Global perspectives on sexual rights”. In: HERDT, Gilbert; HOWE, Cymen (Eds.), *21st century sexualities: Contemporary issues in health, education, and rights*. New York: Routledge, 2007. p. 171. Ilsa Lottes chama atenção para o fato de que a expressão já havia sido utilizada em outros contextos “Finalmente, é importante destacar que o sexologista Lester Kirkendall redigiu um Projeto de Lei sobre Direitos Sexuais e Responsabilidades que foi publicado em uma edição de 1976 da revista ‘The Humanist’ (ver Apêndice 1). O conteúdo deste projeto de lei sobrepõe substancialmente aquele de listas mais recentes sobre direitos sexuais e foi formalmente endossado por vários sexologistas de renome, incluindo alguns que se tornaram presidentes da Sociedade de Estudos Científicos de Sexualidade, tais como Vern Bullough, Albert Ellis, John Money, e Ira Reiss. (...) No final da década de 1980, os Países Baixos, a Dinamarca e a Suécia se destacaram por suas políticas progressivas em saúde e educação sexual. Uma publicação feita pelas Associações de Educação Sexual da Dinamarca e da Suécia (Lindahl, Viktorsson, & Rasmussen, 1995) detalhou

Em 1993, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena, deu origem à Declaração e Programa de Ação de Viena. Ao tratar da temática da sexualidade, dispõe que “*A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas*”¹⁰⁷, ressalta a necessidade de “*eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres*”, e inclui atos de caráter sexual como “*estupros sistemáticos, escravidão sexual e gravidez forçada*”¹⁰⁸ em conflito armado como “*violações de princípios fundamentais dos instrumentos internacionais de direitos humanos e do direito humanitário*”.¹⁰⁹ Além de abordar direitos das mulheres, determina que “*A exploração e o abuso de crianças devem ser ativamente combatidos, atacando-se suas causas*” e busca combater “*a prostituição infantil, a pornografia infantil e outras formas de abuso sexual*”.¹¹⁰

A Conferência, no que tange ao tratamento da sexualidade, segue a linha do que estava estabelecido na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção CEDAW) de 1979 que em seu artigo 6º buscava com que os Estados trabalhassem para “*suprimir todas as formas de tráfico*

os esforços de mulheres naqueles países para promover saúde sexual e direitos sexuais desde a década de 1930. Ambos os países inseriram educação sobre sexualidade em seus programas de ensino público há décadas, promovendo o direito à educação sexual, e ambos oferecem serviços de saúde acessíveis, gratuitos, ou de baixo custo, promovendo o direito à saúde. Em geral, os países nórdicos têm sido líderes mundiais na promoção de saúde sexual e de direitos sexuais, e foram importantes atores na tentativa de inserir o termo direitos sexuais em documentos oficiais oriundos de conferências internacionais durante a década de 1990. Não obstante, apenas após a ICPD [Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento] o termo direitos sexuais foi destacado em publicações nórdicas.” LOTTES, Ilsa L. Sexual Rights: Meanings, Controversies, and Sexual Health Promotion. *Journal of Sex Research*, v. 50, n. 3-4, p. 367-391, 2013. p. 371, grifou-se.

¹⁰⁷ Parágrafo 18.

¹⁰⁸ Parágrafo 38.

¹⁰⁹ Parágrafo 38.

¹¹⁰ Parágrafo 48. E, ainda, Parágrafo 21. (...) Os mecanismos e programas nacionais e internacionais de defesa e proteção da infância devem ser fortalecidos, particularmente em prol de uma maior defesa das meninas, das crianças abandonadas, das crianças de rua, das crianças econômica e sexualmente exploradas, incluindo as que são vítimas da pornografia e prostituição infantis e da venda de órgãos, das crianças acometidas por doenças, inclusive a síndrome da imunodeficiência adquirida, das crianças refugiadas e deslocadas, das crianças detidas, das crianças em situações de conflito armado, bem como das crianças que são vítimas da fome, da seca e de outras emergências. (...)

de mulheres e exploração da prostituição da mulher”¹¹¹ e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 que buscava combater “*maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual*”¹¹², e a exploração e o abuso sexual, incluindo a prostituição e a pornografia infantil¹¹³. A Conferência de Viena inova, contudo, ao estabelecer que o estupro em situações de guerra é “*um crime contra os direitos humanos.*”¹¹⁴

No ano seguinte, 1994, com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo), a questão da saúde sexual entrou na agenda dos direitos humanos. O Programa de Ação da conferência traz um capítulo

¹¹¹ Artigo 12 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em 6 condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

Artigo 16.1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) O mesmo direito de contrair matrimônio; b) O mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento; c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial; e) Os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos; f) Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial; g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

¹¹² Artigo 19.1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

¹¹³ Artigo 34. Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

¹¹⁴ CORRÊA, Sonia. Gênero e Sexualidade: deslocando o debate da margem para o centro. *Jornal da Rede Saúde*, n. 24, p. 30-34, dez. 2001. p. 30.

dedicado a direitos e saúde reprodutiva que dispõe sobre informação, educação e assessoramento em matéria de sexualidade humana, saúde reprodutiva e paternidade responsável, planejamento familiar, doenças sexualmente transmissíveis e prevenção do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) e saúde reprodutiva e sexual de adolescentes, em especial gravidez não desejada, aborto em más condições e doenças sexualmente transmissíveis. Contém, ainda, previsões relativas à educação sexual e à proteção de mulheres, jovens e crianças contra abusos, incluindo abuso sexual, exploração e violência sexuais, tráfico com fins sexuais e de meninas e mulheres, e mutilação genital e práticas correlatas.

Pela via da saúde e dos direitos reprodutivos, a questão da sexualidade começava a aparecer de uma nova maneira.¹¹⁵ Nas palavras de Rosalind Petchesky, no Cairo, a sexualidade "*começou a infiltrar-se em documentos internacionais como algo positivo, ao invés de sempre violenta, abusiva, ou santificada e escondida pelo casamento heterossexual e pela criação de crianças*".¹¹⁶ Para algumas autoras, esse passo foi fundamental para o reconhecimento posterior do direito das mulheres a terem controle sobre sua própria sexualidade¹¹⁷. Isso porque, foi a "*primeira vez que representantes de cerca de 180 países reconheceram que a saúde sexual era uma parte vital do bem estar físico e psicológico de uma pessoa*"¹¹⁸.

À época, os principais focos de atenção dos movimentos de mulheres eram a discussão sobre o uso da expressão "direitos reprodutivos" ou "saúde reprodutiva", e a necessidade de superar o paradigma demográfico neo-malthusiano que imperava até então quando se discutia reprodução.¹¹⁹ Em janeiro de 1994, em reunião preparatória no Rio de Janeiro, ter-se-ia atingido um consenso para promover as questões relacionadas à reprodução não mais sob a perspectiva meramente

¹¹⁵ Ibidem. passim.

¹¹⁶ PETCHESKY, Rosalind Pollack. Sexual Rights: Inventing a Concept, Mapping an International Practice. In: BLASIUS, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2001. p. 118-120.

¹¹⁷ JOHNSON, Jeanette H.; TURNBULL, Wendy. The Women's Conference: Where Aspirations and Realities Met. *Family Planning Perspectives*, v. 27, n. 6, p. 254-258, nov./dez. 1995. p. 256.

¹¹⁸ LOTTES, Ilsa L. op. cit. p. 372.

¹¹⁹ CÔRREA, Sonia. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges. *Reproductive Health Matters*, v. 5, n. 10, p. 107-116, nov. 1997. p. 109-110.

demográfica, mas pela ótica da indivisibilidade dos direitos humanos e da exigência de condições econômicas, políticas e sociais que permitissem seu exercício.¹²⁰ Para fazer valer esse ponto de vista, as feministas teriam se aliado a grupos de defesa do meio ambiente e do planejamento familiar interessados em manter, no documento final, itens relativos à contracepção¹²¹. As primeiras referências às “questões sexuais” teriam surgido às vésperas da conferência e sido introduzidas por delegações como a da Noruega e da Suécia no Programa de Ação. Já no Cairo, feministas teriam feito *lobby* para incluir “direitos sexuais” no parágrafo em que são definidos os direitos reprodutivos¹²². Buscavam, assim, radicalizar o debate para poderem barganhar e forçar a manutenção destes últimos no texto final, como de fato ocorreu.¹²³ Nesse sentido, embora algumas questões relativas à sexualidade tenham entrado na versão final dos documentos que decorreram da Conferência do Cairo, referências a “direitos sexuais” e a “orientação sexual” presentes em minutas preliminares não foram incluídas na versão final do Programa de Ação¹²⁴.

O grande avanço ocorrido na Conferência do Cairo, portanto, foi que a sexualidade que aparecia no sistema ONU “*apenas como algo a ser regulado em prol do interesse da ordem, da moralidade ou da saúde pública, pela primeira vez, foi reconhecida como um aspecto fundamental e positivo do desenvolvimento humano*”.¹²⁵ Além disso, a presença no texto final do termo “direitos reprodutivos”,

¹²⁰ Ibidem. p. 109-110. Nesse sentido, Miriam Ventura aponta que “*A questão demográfica é então deslocada para o âmbito dos direitos reprodutivos e do desenvolvimento. A noção de que os direitos reprodutivos fazem parte dos direitos humanos básicos e devem orientar as políticas relacionadas à população firmam-se e avançam*”. VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. São Paulo: Fundação MacArthur, 2002. p. 18.

¹²¹ GIRARD, Françoise. Advocacy for Sexuality and Women’s Rights: Continuities, Discontinuities, and Strategies Since ICPD. In: REINCHENBACH, Laura; ROSEMAN, Mindy Jane (org.). *Reproductive Health and Human Rights: the way forward*. University of Pennsylvania Press, 2009. p. 169.

¹²² Parágrafo 7.3.

¹²³ CÔRREA, Sonia. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges, loc. cit.

¹²⁴ GIRARD, Françoise. Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (org.). *Sex Politics: Report from the Front Lines*, 2007. p. 319 et seq.

¹²⁵ SAIZ, Ignacio. loc. cit. O autor ressalta ainda que, no mesmo ano, foi nomeada relatoria especial sobre violência contra mulheres, “*cuja análise do link entre controle da sexualidade feminina e violência contra mulheres levou, no fim das contas, a uma afirmação pioneira dos direitos das mulheres à autonomia sexual*”. Ibidem. p. 50.

“*historicamente ligados às demandas feministas em relação ao aborto e à contracepção*” representa “*avanço de nomenclatura*”, vez que vai além do “*termo em certa medida mais dócil*” “saúde sexual” e “*impõe a abertura de novas discussões em torno da sexualidade*”.¹²⁶ Finalmente, os homens foram retratados como “*co-responsáveis na problemática da reprodução*”¹²⁷.

Por outro lado, o processo de aprovação do documento final revela a enorme resistência aos “direitos sexuais”, que sistematicamente “*permaneciam entre colchetes [para serem submetidos a negociações posteriores] até serem descartados em prol do ‘consenso’*.”¹²⁸ Note-se que as referências à sexualidade, mais uma vez, mantiveram sua ênfase voltada para os direitos das mulheres e das crianças e, embora a sexualidade tenha adquirido uma perspectiva mais positiva, continuou sendo tratada de forma limitada – vinculada à reprodução e/ou à saúde¹²⁹ – e apresentada em uma chave heteronormativa¹³⁰.

No ano seguinte, ocorreu a IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento, conhecida como Conferência de Beijing. Na ocasião, o Programa da Conferência avançou em termos de saúde sexual e direitos reprodutivos a partir do que havia sido estabelecido no Cairo. Foi o que ocorreu, por exemplo, com relação ao direito ao aborto. Enquanto no Cairo o aborto inseguro foi reconhecido como um problema da saúde pública¹³¹, em Beijing, recomendou-se “*considerar a possibilidade de rever as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais*”, deixando, todavia, tal tarefa a cargo dos poderes legislativos domésticos¹³².

¹²⁶ VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 27

¹²⁷ Ibidem. p. 31.

¹²⁸ Referindo-se especificamente à expressão “orientação sexual”, cf. SAIZ, Ignacio, op. cit., p. 58.

¹²⁹ 7.4 A implementação do presente Programa de Ação deve ser orientada pela supramencionada definição global de saúde reprodutiva, que inclui saúde sexual.

¹³⁰ Cf., por exemplo, 7.3 que trata de direitos reprodutivos contém o seguinte trecho “*Como parte de seus compromissos, toda atenção deve ser dispensada à promoção de relações mutuamente respeitadas e eqüitativas entre os sexos, particularmente, à satisfação de necessidades educacionais e de serviço de adolescentes para capacitá-los a tratar sua sexualidade de uma maneira positiva e responsável*”.

¹³¹ Parágrafo 8.25 do Programa de Ação.

¹³² Parágrafo 106, k, “*À luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento que reza: ‘Em nenhum caso se deve promover o aborto*

No que tange aos direitos sexuais, o parágrafo 96 da Plataforma de Ação, dispôs que:

96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências.

Referido parágrafo é celebrado como extremamente significativo. Isso porque, mesmo diante das resistências e impasses entre os países, já revelados no Cairo no ano anterior, ter-se-ia consagrado o controle da mulher sobre a própria sexualidade a ser exercida livre de coerção, discriminação e violência, e em igualdade com relação aos homens, além das ideias de consentimento e responsabilidade comuns¹³³. Segundo Rosalind Petchesky, trata-se da *“mais clara afirmação até então, em qualquer documento internacional, de que mulheres – sem referência a idade, estado civil ou orientação sexual – tem o direito humano à liberdade sexual”*.¹³⁴

Todavia, assim como ocorreu no Cairo, a expressão “direitos sexuais” e referências a “orientação sexual” presentes em minutas preliminares não foram

como método de planejamento familiar. Insta-se a todos os governos e às organizações intergovernamentais e não-governamentais pertinentes a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher, a tratar os efeitos que têm sobre a saúde os abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar. A prevenção da gravidez não desejada deve merecer a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto. As mulheres que engravidam sem o desejar devem ter pronto acesso a informação confiável e orientação solidária. Quaisquer medidas ou mudanças em relação ao aborto no âmbito do sistema de saúde só podem ser determinadas, em nível nacional ou local, de conformidade com o processo legislativo nacional. Nos casos em que o aborto não é ilegal, ele deve ser praticado em condições seguras. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos. Serviços de orientação, educação e planejamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos prontamente à mulher, o que contribuirá para evitar abortos repetidos’, considerar a possibilidade de rever as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais”.

¹³³ CÔRREA, Sonia. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges, loc. cit. E, ainda, *“A Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação, em particular, foram grandes marcos para o reconhecimento da autonomia sexual e reprodutiva como uma base central dos direitos humanos das mulheres”*. SAIZ, Ignacio, op.cit, p. 59.

¹³⁴ PETCHESKY, Rosalind Pollack. From Population Control to Reproductive Rights: Feminist Fault Lines. *Reproductive Health Matters*, v. 3, n. 6, p. 152-161, nov. 1995. p. 155.

incluídas na declaração final e na Plataforma de Ação resultante da conferência¹³⁵. Um dos relevantes fatores apontados para que isso tenha ocorrido foi a resistência de países católicos e muçulmanos, articulada pela Santa Sé, à inclusão de direitos relativos à “*a liberdade de orientação sexual e direitos sexuais que não fossem consentâneos com os códigos sexuais familiares*”.¹³⁶ Essa disputa entre os campos progressista e conservador não se limitava à sexualidade, mas se espalhava por outros debates, como os concernentes ao direito ao aborto e ao uso do termo gênero (em oposição a sexo).¹³⁷

Especificamente com relação ao parágrafo 96, o compromisso atingido envolvia abandonar o uso do termo “direitos sexuais” para que seu conteúdo fosse mantido.¹³⁸ Mais uma vez, a sexualidade foi abordada de maneira limitada – apenas no contexto das mulheres e meninas e “*ainda implicitamente dentro da capa da saúde e dos direitos reprodutivos, ou da proteção contra violência*”.¹³⁹ Além disso, ao conectar o exercício da sexualidade aos direitos reprodutivos de casais

¹³⁵ GIRARD, Françoise. Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations, loc. cit.

¹³⁶ Lia Zanotta descreve o processo de negociação “*O famoso parágrafo 97 representava uma forma bem mais branda do que pretendia a União Europeia com a expressão mais contundente e direta de direitos sexuais das mulheres (...) A palavra sexualidade pesava. O maior temor e que incluísse direitos a liberdade de orientação sexual e direitos sexuais que não fossem consentâneos com os códigos sexuais familiares. Num esforço derradeiro foi proposta a substituição da expressão sexualidade por vida sexual (...) Por que vida sexual parecia mais palatável. Tudo indicava que sexualidade era entendida como remetendo diretamente a orientação sexual e vida sexual a heterossexualidade do casamento. (...) No último momento no entanto as delegações do Irã e da Argentina se pronunciaram radicalmente contrárias talvez tivessem percebido que afinal não haveria muita diferença entre aprovar direitos relativos a vida sexual ou direitos relativos a sexualidade. (...) Uma nova proposta no interior do grupo informal apontou em direção ao âmago de toda a Conferência: Por que não afirmar os direitos a vida sexual desde que respeitados os direitos da família? Insuficiente condição disseram uns e veio a proposta final feita e aprovada em não mais de um minuto a condição do pleno respeito das particularidades culturais. Levada ao pleno no do Grupo de Trabalho sobre a Declaração a posição da União Europeia seguida por tantos outros países progressistas foi nem pensar. Ou bem se respeitam as particularidades culturais ou bem se respeitam os direitos universais e individuais a sexualidade. No final da Conferência as ambiguidades a Plataforma de Ação manteve o Paragrafo 97 mas mais de 40 países fizeram reservas e nenhuma menção foi feita a direitos sexuais na Declaração Política. Um século ou um milênio segundo o desejo explicitado de algumas delegações será o tempo necessário para que os países es concordem em afirmar a existência de direitos sexuais para as mulheres*”. ZANOTTA, Lia. op. cit. pp. 420-421. Cf. SAIZ, Ignacio, loc. cit.

¹³⁷ BUNCH, Charlotte; FRIED, Susana Fried. Beijing '95: Moving Women's Human Rights from Margin to Center. *Signs*, v. 22, n. 1, p. 200-204, autumn 1996. p. 202.

¹³⁸ JOHNSON, Jeanette H.; TURNBULL, Wendy, loc. cit.

¹³⁹ MILLER, Alice M.; ROSEMAN, Mindy J. Sexual and reproductive rights at the United Nations: frustration or fulfilment? *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 102-118, nov. 2011. p. 105.

heterossexuais o referido dispositivo excluiu diversas violações de direitos experienciadas por mulheres lésbicas¹⁴⁰ e trans. No âmbito da saúde sexual, por exemplo, essas especificidades abrangem fatores como barreiras ao acesso a serviços de saúde como o heterossexismo e a homofobia, ou problemas específicos de saúde manifestados por esses grupos, incluindo altas taxas de alcoolismo e suicídios em razão da discriminação.¹⁴¹ Especificamente com relação a mulheres lésbicas, registra-se intensa mobilização à época da conferência que levaram à inclusão, em documentos preparatórios de cinco parágrafos contendo temas como “orientação sexual”, “direitos sexuais” e “autonomia sexual”, todos entre colchetes e todos sendo posteriormente descartados.¹⁴²

Na trajetória das conferências dos anos 1990 sobre direitos das mulheres, portanto, houve um progressivo avanço no tratamento da sexualidade, evidenciando-se a cada etapa limites e tensões. Em Viena, em prol da proteção de mulheres e crianças, abusos e violências de cunho sexual, incluindo o estupro, passam a ser vistas como violações de direitos humanos. Entretanto, a sexualidade continua sendo abordada apenas de maneira negativa, sob a perspectiva da necessidade de proteção contra o abuso e a violência. No Cairo, por sua vez, a sexualidade passa a ser tratada, sob a ótica da saúde sexual, de maneira mais positiva, como fator fundamental para o desenvolvimento do ser humano (e não como mero instrumento a serviço da coletividade, superando-se o paradigma demográfico). Finalmente, em Beijing ocorre a afirmação mais explícita da liberdade sexual das mulheres.

Apesar da evolução verificada nas sucessivas conferências, o tratamento da sexualidade permaneceu vinculado à saúde e/ou atrelada aos direitos reprodutivos de casais heterossexuais e em nenhum dos documentos finais das conferências mencionadas foram mantidas as referências a “orientação sexual”, “direitos sexuais” e “autonomia sexual”. Em outras palavras, a viabilização dos avanços no campo da saúde sexual e dos direitos reprodutivos ocorreu à custa da domesticação da ideia

¹⁴⁰ MILLER, Alice M.; ROSGA, Ann Janette; SATTERHWAITE, Meg. Health, Human Rights and Lesbian Existence. *Health and Human Rights*, v. 1, n. 4, p. 428-448, 1995. p. 437.

¹⁴¹ A esse respeito, cf. item 2.2.1.2, no capítulo 2.

¹⁴² WILSON, Ara. Lesbian Visibility and Sexual Rights at Beijing. *Signs*, v. 22, p. 214-218, autumn 1996. p. 216-217.

de sexualidade, em que aspectos considerados mais controversos foram utilizados como moeda de troca durante as barganhas políticas ocorridas nas conferências até serem, finalmente, excluídos. Em suma, superadas algumas das contradições iniciais presentes na discussão jurídica sobre sexualidade na esfera internacional (em especial a visão demográfica e/ou negativa da sexualidade), outros limites se mantiveram nos documentos finais produzidos nas conferências ocorridas nos anos de 1990 (como o atrelamento às ideias de saúde e reprodução e a exclusão de manifestações tidas como desviantes, notadamente por meio da retirada das expressões “orientação sexual” e “autonomia sexual”).

Nos anos que se seguiram, o avanço dessas pautas se viu prejudicado por uma série de fatores. Segundo Françoise Girard, nas reuniões de revisão após cinco anos das conferências originais (ICPD+5, em 1999, e Beijing+5, em 2000), verificou-se a consolidação da aliança conservadora já iniciada entre Vaticano e países muçulmanos, a ascensão do conservadorismo nos Estados Unidos, a presença de diplomatas profissionais ao invés de especialistas em saúde (como ocorreu nas conferências originais) e a decisão dos países em desenvolvimento (G-77) de manifestarem voto único como forma de obter avanços em pautas de justiça econômica (não obstante manifestações individuais de países latino-americanos como Brasil e Peru que formaram uma frente progressista)¹⁴³.

Dez anos após as conferências originais, em razão do clima político conservador liderado pelo governo Bush nos Estados Unidos, ativistas de direitos e saúde das mulheres, assim como governos progressistas, se opuseram à realização de conferências globais de revisão temendo reabrir os debates e acarretar mais perdas do que ganhos¹⁴⁴. Nesse contexto, em 2004, o Brasil propôs adiar discussão na Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre resolução proposta no ano anterior relativa à orientação sexual em razão da forte oposição de governos que argumentavam “*não se tratar de assunto apropriado para a consideração de um órgão de direitos humanos*”¹⁴⁵.

¹⁴³ GIRARD, Françoise. *Advocacy for Sexuality and Women’s Rights: Continuities, Discontinuities, and Strategies Since ICPD*, op. cit., p. 171-172.

¹⁴⁴ *Ibidem.* p. 173.

¹⁴⁵ SAIZ, Ignacio, op. cit., p. 50.

Apesar desse avanço do conservadorismo, comentaristas chamam atenção para o fato de que a “participação e a visibilidade” de grupos pró-reconhecimento de direitos relativos à orientação sexual têm aumentado, assim como o número de países e instituições de direitos humanos que passaram a encampar essa agenda¹⁴⁶. Nesse cenário foram editadas, pela sociedade civil, as declarações mencionadas na introdução (Princípios de Yogyakarta, Declaração sobre Direitos Sexuais da *World Association for Sexual Health*, Declaração sobre Direitos Sexuais da *International Planned Parenthood Federation* e outras). Contudo, tanto essas declarações, oriundas de entidades não governamentais, quanto os documentos resultantes das Conferências de Viena, Beijing e do Cairo, que são declarações políticas, não são vinculantes para os Estados. Até hoje não existe um tratado de direitos humanos vinculante que trate especificamente de direitos sexuais, embora, como visto, haja em diversos tratados internacionais dispositivos esparsos que abordam temas relativos à sexualidade. Esse fato reflete a ideia de que a “consolidação da problemática dos direitos sexuais tenha passado, em termos de encontros internacionais, pelas temáticas da população ou da mulher, não se constituindo como um campo específico de regulação, mas sendo incluído em áreas já legitimadas”¹⁴⁷.

Como visto, o atrelamento dos direitos sexuais a outras pautas contribuiu para que certos aspectos da sexualidade fossem obscurecidos ou desfavorecidos no âmbito do debate internacional. Nesse sentido, o alcance dos “direitos sexuais” se viu em disputa, sendo utilizados para promover dois diferentes grupos de direitos, que obtiveram, ao longo do tempo, graus de avanço distintos na esfera internacional. De um lado, direitos relativos a acesso a serviços de saúde relacionados à sexualidade e à reprodução, incluindo planejamento familiar, informação e educação. De outro, direitos relativos a orientação sexual e identidade de gênero.

Enquanto movimentos de mulheres promoviam o primeiro conjunto de direitos, o segundo foi trazido ao debate público por ativistas no campo do HIV/AIDS, primeiramente preocupados com homens que têm relações sexuais com homens e

¹⁴⁶ Ibidem. p. 59.

¹⁴⁷ VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula, op. cit., p. 25.

direitos de pessoas gays¹⁴⁸. Em diversos momentos tais grupos disputaram não só prioridades e estratégias, mas também financiamento e credibilidade¹⁴⁹. Para alguns comentadores, organizações tradicionais de direitos humanos temiam o envolvimento com temas que pudessem gerar “risco social ou governamental”, como por exemplo reações homofóbicas de seus próprios membros, ou perda de status perante governos¹⁵⁰. Para outros, além da homofobia, outros fatores relacionados com “uma certa bagagem ideológica” teriam contribuído para a supressão de temas relacionados à sexualidade por parte de atores mais tradicionais no contexto dos direitos humanos:

o legado da esquerda; os preconceitos econômicos e as desconfianças do individualismo burguês; o legado do nacionalismo e a desconfianças do imperialismo cultural do Ocidente; o legado pós modernista de Foucault,

¹⁴⁸ Descrevendo essa divisão com relação ao uso do termo “gênero”, cf. MILLER, Alice M. Fighting Over the Figure of Gender. *Pace Law Review*, v. 31, n. 3, p. 837-872, jun. 2011.

¹⁴⁹ “Não obstante, um tipo teimoso de fragmentação parece persistir, não apenas entre organizações internacionais e formuladores de políticas nacionais, mas também entre grupos feministas. Uma fragmentação nascida da profissionalização, de agendas orientadas pelos doadores e diversas forças. Um dos resultados é uma compartimentalização do trabalho do movimento feminista em discretas “questões” de violência, direitos reprodutivos, sexualidade, adolescência feminina, mulheres em desenvolvimento (economia, trabalho) - sem atenção suficiente aos pontos nos quais estas questões se cruzam. Tal compartimentalização oblitera o princípio operacional mais importante de um marco de direitos humanos - o princípio da indivisibilidade.” PETCHESKY, Rosalind P. Human Rights, Reproductive Health and Economic Justice: Why They Are Indivisible. *Reproductive Health Matters*, v. 8, n. 15, p. 12-17, maio 2000. p. 12. Marge Berer aponta entre outros fatores que contribuem para essa divisão, “que as iniciativas verticais de saúde global (financiamento), que agora representam a maior parte do financiamento para a saúde global, excluem a atenção às doenças sexuais e reprodutivas (com exceção do HIV / AIDS, que é muito bem financiado, e saúde materna, neonatal e infantil, em que a grande maioria do financiamento não é para mulheres); que os órgãos de direitos humanos estão muito afobados para promover e defender o direito ao aborto, mesmo que agora se sintam capazes de apoiar certos equipamentos sexuais; que abusos de saúde e direitos sexuais e reprodutivos podem ser uma causa e/ou consequência de outros abusos de direitos humanos e, ainda assim, são raramente mencionados em outras lutas pelos direitos humanos; que, embora a importância global do papel dos profissionais de saúde, especialmente em relação ao HIV, à necessidade de um papel estatal forte e à centralidade da participação destes profissionais nos debates sobre políticas tenham sido acordados na 53ª sessão da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW), o quadro de atuação dos profissionais de saúde também restringiu o debate, particularmente sobre os direitos das pessoas com deficiência e as variações na formação da família, devido à participação de ONGs conservadoras; e que o ressurgimento da oposição aos direitos sexuais e reprodutivos, encabeçado pelo Vaticano, conspira paralelamente, competindo as prioridades para afastar grande parte do trabalho em nosso campo, apesar de quanto ainda resta a ser realizado.” BERER, Marge. Repoliticising sexual and reproductive health and rights. *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 4-10, nov. 2011. p. 6-7.

¹⁵⁰ ROTHSCCHILD, Cynthia. Not Your Average Sex Story: Critical Issues in Recent Human Rights Reporting Related to Sexuality. *Health and Human Rights*, v. 7, n. 2, p. 165-177, 2004. p. 166.

que tanto ‘descobriu’ como registrou o ‘eu’sexual como uma ilusão do Iluminismo europeu¹⁵¹.

Esses debates, em especial nas Nações Unidas, “*ergueram uma linha de Maginot política entre ‘sexual’ e ‘reprodutivo’ e entre ‘saúde’ e ‘direitos’ como parâmetro de legitimidade*”.¹⁵² Na polarização, “saúde” e “reprodutivo” estariam de um lado, e “direito” e “sexual” de outro, os primeiros denotando “*bom comportamento’ e vistos como conceitos aceitáveis por instituições*”, muitas vezes limitados ao entendimento tradicional relacionado à saúde materna e infantil e planejamento familiar, já os segundos vistos como mais radicais, o que os levaria a serem “*minimizados ou excluídos no desenho ou aplicação de políticas públicas*”.¹⁵³ Mesmo a ênfase na saúde sexual (como uma tentativa de meio termo) é criticada por encerrar um risco de que a visão do sexo como uma prática “saudável” possa descambar tanto para a “*medicalização de todos os aspectos da sexualidade*” quanto para a exclusão de práticas que sejam consideradas “não saudáveis” ou “perversas”.¹⁵⁴

Nesse contexto, a fusão entre direitos reprodutivos e sexuais teria feito com que os segundos passassem a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos primeiros, o que faz com que certas práticas sexuais não procriativas e/ou não heterossexuais estejam fora do seu âmbito de proteção, sendo relegadas “*à regulação moral, religiosa ou criminal*”.¹⁵⁵ É o caso, por exemplo, de leis que criminalizam o adultério ou a troca de relações sexuais por dinheiro.¹⁵⁶ Além disso, a associação com os direitos reprodutivos faz com que toda uma miríade de pessoas não seja enxergada como sujeitos de direitos sexuais, como pessoas de

¹⁵¹ PETCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos Sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina Maria. PARKER, Richard (org.). *Sexualidades pelo avesso: direitos identidade e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, p. 15-38, 1999. p. 33

¹⁵² MILLER, Alice Miller; ROSEMAN, Mindy. Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law. *Harvard Journal of Law and Gender*, v. 34, p. 313-375, summer 2011. p. 333.

¹⁵³ CORRÊA, Sonia. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges, op. cit., p. 110.

¹⁵⁴ MILLER, Alice M. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights, op. cit., p. 89-89.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 70.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 86-87.

certa idade (crianças e mulheres pós-menopausa, por exemplo), pessoas de identidades sexuais *non-conforming*¹⁵⁷, e, frequentemente, homens¹⁵⁸.

O debate na esfera internacional sobre o emprego do termo direitos sexuais revela a importância do uso da categoria. Por um lado, é capaz de articular diversas demandas relativas à sexualidade atraindo o regime jurídico geral dos direitos fundamentais e humanos. Por outro, confere proteção e legitimidade a identidades, práticas e comportamentos sexuais que não estão necessariamente ligados nem à saúde, nem à reprodução, alcançando indivíduos e grupos tradicionalmente excluídos como sujeitos de direitos relativos à sexualidade.

Como afirma Ignacio Saiz, o discurso dos direitos sexuais permite (i) a partir de uma lógica de universalidade (uma vez que a sexualidade é comum a todos os seres humanos), (ii) articular campos que trabalham com a sexualidade a partir de diferentes perspectivas incluindo “*direitos das mulheres, população e desenvolvimento, saúde reprodutiva, HIV/AIDS, e direitos de gays lésbicas e transgêneros*”; (iii) abarcar e promover “*uma visão mais positiva e emancipatória da sexualidade*” sujeita não apenas a proteção “*contra violência e interferência, mas também como um bem social a ser respeitado, protegido e alcançado*”; (iv) articular interseções entre diferentes restrições à sexualidade a fim de identificar “*causas comuns de diferentes formas de opressão*”; (v) “*construir pontes e coalizões entre movimentos diversos para enfrentar obstáculos comuns (como o fundamentalismo religioso)*”¹⁵⁹.

No contexto brasileiro, Sônia Corrêa e Maria Betânia Ávila afirmam que, a partir do conceito de “direitos sexuais e reprodutivos”,

o aborto e a homossexualidade deixam de ser crime, o parto e a contracepção deixam de ser questões estritamente médicas, a mortalidade materna deixa de ser um problema epidemiológico (ou tragédia pessoal).

¹⁵⁷ Uma pessoa que se define enquanto “gênero não conforme” não se identifica com os aspectos comportamentais, culturais, sociais etc. de nenhum dos gêneros oriundos da classificação binária. Nesse sentido, “*a não-conformidade de gênero ou variabilidade de gênero refere-se ao grau em que a identidade, o papel ou a expressão de gênero difere das normas culturais prescritas para pessoas de um determinado sexo (Institute of Medicine, 2011)*”. WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH). *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, 7th version. Disponível em: <<https://www.wpath.org/publications/soc>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁵⁸ MILLER, Alice M. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights, op. cit., p. 70.

¹⁵⁹ SAIZ, Ignacio, op. cit., p. 65.

(...) essa maneira de nomear domínios até então pensados como circunscritos à natureza, ao pecado à vontade divina ou ao poder dos médicos, é fundamental para alterar representações, práticas, relações de poder e normas.¹⁶⁰

Entretanto, uma adesão irrefletida à categoria de direitos sexuais, que desconsidere contradições e disputas em torno da aplicação, do alcance e do conteúdo do próprio conceito, pode privilegiar uma abordagem excludente, que acabe por marginalizar grupos e interesses que não se enquadrem nas formulações mais palatáveis do conceito, como as que politicamente foram sendo priorizadas no debate internacional ao longo do tempo. Como se demonstrará no próximo tópico, esse embate político – e também teórico – esteve e está presente, igualmente, na incorporação da ideia de direitos sexuais pelos ordenamentos jurídicos internos, inclusive no Brasil.

1.2 Direito Constitucional Comparado

Como visto, a origem do uso da categoria “direitos sexuais” para denotar direitos humanos relativos à sexualidade se deu na esfera internacional em um período relativamente recente, a partir da década de 1990. No Direito Constitucional, o emprego do conceito de “direitos sexuais” é ainda mais incipiente.

A única constituição¹⁶¹ que traz em seu texto a expressão é a Constituição da Bolívia de 2009,¹⁶² que em seu artigo 66 dispõe acerca da garantia a “*mulheres e homens [d]o exercício de seus direitos sexuais e seus direitos reprodutivos*”. Além de assegurar direitos sexuais e reprodutivos a homens e mulheres, referida

¹⁶⁰ CÔRREA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (orgs.) *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003, p. 27.

¹⁶¹ Pesquisa realizada na base de dados *The Constitute Project* em 26 de julho de 2018. Busca pelo termo “sexual rights”. A transcrição em inglês dos dispositivos abaixo é reprodução da mesma base de dados. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/?lang=en?>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

¹⁶² BOLÍVIA. Constituição (2009). *Bolivia (Plurinational State of)'s Constitution of 2009*. Translated by Max Planck Institute. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

constituição veda a discriminação por orientação sexual e garante a todas as pessoas o direito à “integridade sexual”. Além dessas cláusulas gerais, assegura o direito de todos, em especial mulheres, de não sofrerem violência sexual, e dispõe sobre a obrigação do Estado de “prevenir, eliminar e punir” violência sexual ou sofrimento sexual na família bem como na sociedade¹⁶³.

Ainda no contexto do chamado novo constitucionalismo latinoamericano¹⁶⁴, a Constituição do Equador se destaca por sua abrangência e detalhamento no tratamento da sexualidade, ainda que não empregue a expressão “direitos sexuais”. Aprovada por referendo popular em 2008, a Constituição equatoriana veda a discriminação por orientação sexual e HIV (art. 11) e estabelece o dever de todos os cidadãos de respeitar e reconhecer diferenças de gênero, orientação sexual e identidade (art. 83). Estabelece, igualmente, o dever do Estado de promover a saúde reprodutiva e sexual (art. 32) e em especial das mulheres, principalmente durante a gravidez, o parto e o pós-parto (art. 363).

Prevê, ainda, a prioridade de acesso a serviços públicos e privados a pessoas vítimas de violência doméstica e sexual (art. 35); o dever do Estado de proteção contra exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 46); o dever do Estado de salvaguardar a integridade corporal, psicológica e sexual dos estudantes (art. 347); a exceção ao privilégio de não testemunhar contra parentes e companheira(o) em

¹⁶³ Art. 15.I - Every person has the right to life and physical, psychological and sexual integrity. No one shall be tortured, nor suffer cruel, inhuman, degrading or humiliating treatment. The death penalty does not exist. (...)

Everyone, in particular women, have the right not to suffer physical, sexual or psychological violence, in the family as well as in the society. (...)

The State shall adopt the necessary measures to prevent, eliminate and punish sexual and generational violence, as well as any action or omission intended to be degrading to the human condition, to cause death, pain, and physical, sexual or psychological suffering, whether in public or private spheres.

¹⁶⁴ O chamado novo constitucionalismo latinoamericano caracteriza-se pelo processo democrático de elaboração da Constituição, pela presença de mecanismos de participação popular de legitimação e controle do exercício do poder pelo estado e seus poderes, e por um conteúdo voltado para o pluralismo e para a interculturalidade. A esse respeito, cf. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho*, n. 48, pp. 63-84, 2014; FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

caso de violência sexual, doméstica e de gênero (art. 77); e a existência de procedimentos especiais para julgar e punir crimes sexuais (art. 81).

Por fim, o artigo 66, que é o primeiro artigo do capítulo dos “Direitos de Liberdade”, estabelece o direito à integridade sexual como parte da integridade pessoal, o direito de tomar decisões “livres, informadas, voluntárias e responsáveis” sobre sexualidade e orientação sexual, e o direito de guardar reserva sobre informações sobre a vida sexual individual. Veja-se:

Art. 66 - Se reconhece e garante às pessoas:

(...) 3. O direito à integridade pessoa, que inclui:

a) A integridade física, psíquica, moral e sexual;

b) Uma vida livre de violência nos âmbitos público e privado. O Estado adotará as medidas necessárias para prevenir, eliminar e sancionar todas as formas de violência, especialmente a exercida contra mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e contra todas as pessoas em situação de desvantagem ou vulnerabilidade; idênticas medidas serão adotadas contra a violência, a escravidão e a exploração sexual. (...)

9. O direito de tomar decisões livres, informadas, voluntárias e responsáveis sobre sua sexualidade, sua vida e orientação sexual. O Estado promoverá o acesso aos meios necessários para que essas decisões sejam tomadas em condições seguras.

10. O direito de tomar decisões livres, responsáveis e informadas sobre sua saúde e vida reprodutiva, e de decidir quando e quantos filhos ter.

11. O direito de resguardar suas convicções. Ninguém pode ser forçado a testemunhar sobre elas. Sob nenhuma circunstância, informações pessoais ou de terceiros sobre suas crenças religiosas, afiliação ou pensamento político podem ser solicitadas ou usadas sem a autorização do proprietário ou de seus representantes legítimos; nem sobre dados sobre sua saúde e vida sexual, exceto para necessidades de cuidados médicos.

As constituições de Bolívia e Equador são, contudo, exceções. Embora muitas constituições vedem expressamente discriminação por sexo, inclusive a brasileira, poucas aludem a direitos e garantias relacionados à sexualidade e, quando o fazem, se limitam a dois temas principais, que espelham os debates travados na esfera internacional, mencionados no item anterior.

O assunto relativo à sexualidade mais tradicionalmente abordado por textos constitucionais relaciona-se a violência e abuso sexual infantil. É o caso das constituições da Bélgica¹⁶⁵, do Camboja¹⁶⁶, da Colômbia¹⁶⁷, República

¹⁶⁵ Art. 22-BIS - Each child is entitled to have his or her moral, physical, mental and sexual integrity respected.

¹⁶⁶ Art. 48 - The State shall protect the rights of children as stipulated in the Convention on Children, in particular, the rights to life, education, protection during wartime, and protection from economic or sexual exploitation.

Dominicana¹⁶⁸, Egito¹⁶⁹, Guiné¹⁷⁰, Timor Leste¹⁷¹ e Zimbabwe¹⁷². Nessa linha, a Constituição brasileira de 1988 estabelece que a “*lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*” (art. 227, § 4º). Ainda com relação a esse aspecto, porém sem se limitar a crianças e adolescentes, a constituição do Congo¹⁷³ refere-se à eliminação da violência sexual (além de tratar de abuso sexual de crianças), a do Malawi refere-se à necessidade de eliminar “*costumes e práticas que discriminam mulheres, particularmente violência, assédio e abuso sexual*”¹⁷⁴, a do Nepal dispõe sobre o combate à violência sexual contra

¹⁶⁷ Art. 44 - The following are basic rights of children: life, physical integrity, health and social security, a balanced diet, their name and citizenship, to have a family and not be separated from it, care and love, instruction and culture, recreation, and the free expression of their opinions. They shall be protected against all forms of abandonment, physical or moral violence, sequestration, sale, sexual abuse, work or economic exploitation, and dangerous work. They shall also enjoy other rights upheld in the Constitution, the laws, and international treaties ratified by Colombia.

¹⁶⁸ Art. 56 - The family, society, and State shall give preference to the superior interests of male and female children and adolescents, and shall have the obligation to assist and protect them in order to guarantee their harmonious and integral development and the full exercise of their fundamental rights, in accordance with this Constitution and the laws. Consequently:

1. The eradication of child labor and all types of mistreatment or violence against minors is declared of the highest national interest. Male and female children and adolescents shall be protected by the State against all forms of abandonment, kidnapping, states of vulnerability, abuse or physical, psychological, moral or sexual abuse, commercial, labor, economic exploitation or risky jobs.

¹⁶⁹ Art. 80 - The state shall care for children and protect them from all forms of violence, abuse, mistreatment and commercial and sexual exploitation.

¹⁷⁰ Art. 19 - Youth must be particularly protected by the State and the collectivities against exploitation and moral abandonment, sexual abuse, child trafficking and human commerce [traite].

¹⁷¹ Art. 18.1 - Children are entitled to special protection by the family, the community and the State, particularly against all forms of abandonment, discrimination, violence, oppression, sexual abuse and exploitation.

¹⁷² Art. 81.1 - Every child, that is to say every boy and girl under the age of eighteen years, has the right: (...)

e. to be protected from economic and sexual exploitation, from child labour, and from maltreatment, neglect or any form of abuse.

¹⁷³ Art. 15 - The public powers see to the elimination of sexual violence.

Without prejudice to international treaties and agreements, any sexual violence made against any person, with the intention to destabilize, [or] to dislocate a family and to make a whole people disappear is established as a crime against humanity punishable by the law.

Art. 41 - The abandonment and maltreatment of children, notably pedophilia, sexual abuse as well as the accusation of witchcraft, are prohibited and punishable by law.

¹⁷⁴ Art. 24.2 - Any law that discriminates against women on the basis of gender or marital status shall be invalid and legislation shall be passed to eliminate customs and practices that discriminate against women, particularly practices such as:

a. sexual abuse, harassment and violence.

mulheres¹⁷⁵ e a da Sérvia estabelece que a exploração sexual de uma “pessoa em situação desfavorável” deve ser considerada trabalho forçado, que é proibido pela referida constituição.¹⁷⁶

Tais constituições alinham-se ao entendimento esposado pela Convenção CEDAW de 1979 e pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, incorporado no documento final da Conferência do Cairo. Nesses documentos, a sexualidade é abordada apenas do ponto de vista negativo buscando-se a proteção estatal de mulheres e crianças contra violação de direitos decorrentes do uso violento ou abusivo da sexualidade.

Um outro conjunto de constituições enfoca a questão da orientação sexual, ao prever a vedação à discriminação por esse motivo como as de Fiji¹⁷⁷, Kosovo¹⁷⁸, Malta¹⁷⁹, México¹⁸⁰, Nova Zelândia¹⁸¹, Portugal¹⁸², África do Sul¹⁸³, Reino Unido¹⁸⁴,

¹⁷⁵ Art. 18.3 - Provided that nothing shall be deemed to bar the making of special provisions by law for the protection, empowerment or advancement of the women lagging behind socially and culturally, Dalits, Adibasi, Madhesi, Tharus, Muslims, oppressed class, backward communities, minorities, marginalized groups, peasants, laborers, youths, children, senior citizens, sexual minorities, persons with disability, pregnant, incapacitated and the helpless persons, and of the citizens who belong to backward regions and financially deprived citizens including the Khas Arya.

Art. 38.3 - There shall not be any physical, mental, sexual or psychological or any other kind of violence against women, or any kind of oppression based on religious, social and cultural tradition, and other practices. Such an act shall be punishable by law and the victim shall have the right to be compensation as provided for in law.

Art. 42.1 - The economically, socially or educationally backward women, Dalit, indigenous nationalities, Madhesi, Tharu, Muslims, backward classes, minorities, marginalized communities, persons with disabilities, gender and sexual minorities, farmers, labourers, oppressed or citizens of backward regions and indigent Khas Arya shall have the right to participate in the State bodies on the basis of principle of proportional inclusion.

¹⁷⁶ Art. 26 - Forced labor is prohibited. Sexual or financial exploitation of person in unfavorable position shall be deemed forced labor.

¹⁷⁷ Art. 26.3. A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly on the grounds of his or her-

a. actual or supposed personal characteristics or circumstances, including race, culture, ethnic or social origin, colour, place of origin, sex, gender, sexual orientation, gender identity and expression, birth, primary language, economic or social or health status, disability, age, religion, conscience, marital status or pregnancy; o

¹⁷⁸ Art. 24.2 - No one shall be discriminated against on grounds of race, color, gender, language, religion, political or other opinion, national or social origin, relation to any community, property, economic and social condition, sexual orientation, birth, disability or other personal status.

¹⁷⁹ Art. 32 - Whereas every person in Malta is entitled to the fundamental rights and freedoms of the individual, that is to say, the right, whatever his race, place of origin, political opinions, colour, creed, sex, sexual orientation or gender identity but subject to respect for the rights and freedoms of others and for the public interest, to each and all of the following, namely –

Art. 45.3 - In this article, the expression "discriminatory" means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, place of origin, political opinions, colour, creed, sex, sexual orientation or gender identity whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description. (...)

5. Nothing contained in any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of sub-article (1) of this article to the extent that it makes provision: (...)

b. with respect to qualifications (not being qualifications specifically relating to sex, sexual orientation or gender identity) for service as a public officer or for service of a local government authority or a body corporate established for public purposes by any law.

¹⁸⁰ Art. 1 - Any form of discrimination, based on ethnic or national origin, gender, age, disabilities, social status, medical conditions, religion, opinions, sexual orientation, marital status, or any other form, which violates the human dignity or seeks to annul or diminish the rights and freedoms of the people, is prohibited.

¹⁸¹ Human Rights Act 1993, Part 2, Subpart 3, art. 21.1 - For the purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are: (...)

m. sexual orientation, which means a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation.

Human Rights Act 1993, Part 2, Subpart 5, art. 27.2 - Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex, religious or ethical belief, disability, age, political opinion, or sexual orientation where the position is one of domestic employment in a private household. (...)

Art. 27.4 - Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex, race, ethnic or national origins, or sexual orientation where the position is that of a counsellor on highly personal matters such as sexual matters or the prevention of violence.

Human Rights Act 1993, Part 2. Subpart 9, art. 45 - Nothing in section 44 shall prevent the holding of courses, or the provision of counselling, restricted to persons of a particular sex, race, ethnic or national origin, or sexual orientation where highly personal matters, such as sexual matters or the prevention of violence, are involved.

Human Rights Act 1993, Part 2, Subpart 11, art. 59 - Nothing in section 57 shall prevent the holding or provision, at any educational establishment, of courses or counselling restricted to persons of a particular sex, race, ethnic or national origin, or sexual orientation, where highly personal matters, such as sexual matters or the prevention of violence, are involved. (...)

¹⁸² Art. 13.2 - No one shall be privileged, favoured, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty on the basis of ancestry, sex, race, language, place of origin, religion, political or ideological beliefs, education, economic situation, social circumstances or sexual orientation.

¹⁸³ Art. 9.3 - The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

¹⁸⁴ Northern Ireland Act 1998, Part VII, Subheading 2, art. 75.1 - A public authority shall in carrying out its functions relating to Northern Ireland have due regard to the need to promote equality of opportunity: a. between persons of different religious belief, political opinion, racial group, age, marital status or sexual orientation;

Scotland Act 1998, Schedule 5, Part II, Subheading 2, Head L, L2, Interpretation: "Equal opportunities" means the prevention, elimination or regulation of discrimination between persons on grounds of sex or marital status, on racial grounds, or on grounds of disability, age, sexual orientation, language or social origin, or of other personal attributes, including beliefs or opinions, such as religious beliefs or political opinions.

Suécia¹⁸⁵, além dos já mencionados Equador e Bolívia. Ao contrário do primeiro grupo, esse conjunto de constituições não limita seu alcance à sexualidade de mulheres e crianças, expandindo o tratamento da sexualidade a uma categoria de pessoas que historicamente era vista como desviante (pessoas que se relacionam sexual e/ou amorosamente com pessoas do mesmo sexo). Tais constituições inovam ao abarcar a ideia de sexualidade como fundamental para autorrealização dos indivíduos, contudo, se limitam a assegurá-la a princípio sob a ótica protetiva e não promocional, ao contrário do que faz, por exemplo, a Constituição do Equador ao prever o direito de tomar decisões “livres, informadas, voluntárias e responsáveis” sobre sexualidade e orientação sexual ou ao estabelecer o dever do Estado de promover a saúde reprodutiva e sexual.

As demais constituições que abordam algum outro aspecto relativo à sexualidade, além da proteção de mulheres e crianças contra a violência e abuso ou a vedação à discriminação por orientação sexual, também o fazem de maneira pontual, sendo os direitos reconhecidos: o direito de trabalhadores, em especial mulheres, à proteção contra abuso sexual, segregação e discriminação no ambiente de trabalho (Somália¹⁸⁶), a vedação de assédio sexual no ambiente de trabalho (Nova Zelândia¹⁸⁷), a inclusão de “minorias sexuais” entre grupos minoritários

¹⁸⁵ THE INSTRUMENT OF GOVERNMENT, CHAPTER 1, Art. 2 - The public institutions shall promote the opportunity for all to attain participation and equality in society and for the rights of the child to be safeguarded. The public institutions shall combat discrimination of persons on grounds of gender, colour, national or ethnic origin, linguistic or religious affiliation, functional disability, sexual orientation, age or other circumstance affecting the individual. Chapter 2, art. 12 - No act of law or other provision may imply the unfavourable treatment of anyone because they belong to a minority group by reason of ethnic origin, colour, or other similar circumstances or on account of their sexual orientation.

The Instrument Of Government, Transitional Provisions, Part 4, art. 3 - The provisions of Chapter 2, Article 12 notwithstanding, older provisions purporting at unfavourable treatment on account of sexual orientation shall continue to apply for the time being. Such provisions may be amended, even if the amendment is to the effect that such unfavourable treatment shall be upheld.

¹⁸⁶ Art. 24.5 - All workers, particularly women, shall have a special right of protection from sexual abuse, segregation and discrimination in the work place. Every labour law and practice shall comply with gender equality in the work place.

¹⁸⁷ HUMAN RIGHTS ACT 1993, Art. 62.1 - It shall be unlawful for any person (in the course of that person's involvement in any of the areas to which this subsection is applied by subsection (3)) to make a request of any other person for sexual intercourse, sexual contact, or other form of sexual activity which contains an implied or overt promise of preferential treatment or an implied or overt threat of detrimental treatment.

Art. 62.2 - It shall be unlawful for any person (in the course of that person's involvement in any of the areas to which this subsection is applied by subsection (3)) by the use of language (whether written or spoken) of a sexual nature, or of visual material of a sexual nature, or by physical behaviour of a sexual nature, to subject any other person to behaviour that (...)

sujeitos a regime especial de proteção (Nepal¹⁸⁸), a previsão de pagamento de compensação para pessoas vítimas de dano à integridade sexual, a imprescritibilidade de crimes sexuais e pornografia envolvendo crianças, e perda de *status* de residente para estrangeiros envolvidos em crimes sexuais (Suíça¹⁸⁹), a exceção à vedação ao aborto em caso de estupro, incesto ou intercurso sexual ilícito com mulher com deficiência mental (Swazilândia¹⁹⁰), além de certas questões procedimentais e processuais (Jamaica¹⁹¹, Nigéria¹⁹² Sri Lanka¹⁹³). Finalmente, a

Art. 62.4 - Where a person complains of sexual harassment, no account shall be taken of any evidence of the person's sexual experience or reputation.

Art. 79A.2 - To avoid doubt, a complaint referred to in subsection (1) includes, but is not limited to, a complaint about sexual harassment or racial harassment.

¹⁸⁸ Art. 18.3 - Provided that nothing shall be deemed to bar the making of special provisions by law for the protection, empowerment or advancement of the women lagging behind socially and culturally, Dalits, Adibasi, Madhesi, Tharus, Muslims, oppressed class, backward communities, minorities, marginalized groups, peasants, laborers, youths, children, senior citizens, sexual minorities, persons with disability, pregnant, incapacitated and the helpless persons, and of the citizens who belong to backward regions and financially deprived citizens including the Khas Arya.

Art. 42.1 - The economically, socially or educationally backward women, Dalit, indigenous nationalities, Madhesi, Tharu, Muslims, backward classes, minorities, marginalized communities, persons with disabilities, gender and sexual minorities, farmers, labourers, oppressed or citizens of backward regions and indigent Khas Arya shall have the right to participate in the State bodies on the basis of principle of proportional inclusion.

¹⁸⁹ Art. 121.3 - Irrespective of their status under the law on foreign nationals, foreign nationals shall lose their right of residence and all other legal rights to remain in Switzerland if they:

a. are convicted with legal binding effect of an offence of intentional homicide, rape or any other serious sexual offence, any other violent offence such as robbery, the offences of trafficking in human beings or in drugs, or a burglary offence (...)

Art. 123b - The right to prosecute sexual or pornography offences involving prepubescent children and the penalties for such offences is not subject to a time limit.

Art. 124 - The Confederation and the Cantons shall ensure that persons who have suffered harm to their physical, mental or sexual integrity as the result of a criminal act receive support and are adequately compensated if they experience financial difficulties as a result of that criminal act.

¹⁹⁰ Art. 15.5 - Abortion is unlawful but may be allowed – (...) b. where the pregnancy resulted from rape, incest or unlawful sexual intercourse with a mentally retarded female.

¹⁹¹ CHAPTER III, Art. 12 - Nothing contained in or done under the authority of any law in force immediately before the commencement of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (Constitutional Amendment) Act, 2011, relating to-

a. sexual offences.

¹⁹² Art. 254C, 1 - Notwithstanding the provisions of sections 251, 257, 272 and anything contained in this Constitution and in addition to such other jurisdiction as may be conferred upon it by an Act of the National Assembly, the National Industrial Court shall have and exercise jurisdiction to the exclusion of any other court in civil causes and matters— (...) g. relating to or connected with any dispute arising from discrimination or sexual harassment at workplace.

¹⁹³ Art. 106.2 - A judge or presiding officer of any such court, tribunal or other institution may, in his discretion, whenever he considers it desirable- (...) b. in proceedings relating to sexual matters.

Suécia tem como uma de suas quatro leis fundamentais o Ato de Liberdade de Imprensa que trata, sob esse aspecto, de temas relacionados à sexualidade¹⁹⁴.

Note-se, portanto, que, diferentemente da Constituição de Bolívia e Equador que possuem cláusulas gerais de proteção de direitos relacionados à sexualidade, todas as demais constituições incluem apenas menções pontuais a um ou a outro direito desse tipo. No plano nacional, poucas constituições tratam de temas ligados à sexualidade. A falta de estatura constitucional dos direitos sexuais revela que, no âmbito doméstico, ainda é incipiente o reconhecimento de sua importância como categoria autônoma. As constituições que trazem dispositivos relativos à sexualidade, o fazem de maneira parcial, endereçando questões pontuais, sobretudo a vedação de discriminação por orientação sexual e o combate a violência e abuso sexual, particularmente de crianças e adolescentes e mulheres. Essa abordagem fragmentada parece refletir a cisão existente no debate internacional e pode encerrar o risco de que alguns direitos sexuais sejam promovidos em desatenção ou até mesmo em prejuízo de outros.

¹⁹⁴ The Freedom Of The Press Act, Chapter 7, Art. 4 - With due regard to the purpose of freedom of the press for all under Chapter 1, the following acts shall be deemed to be offences against the freedom of the press if committed by means of printed matter and if they are punishable under law: (...) 11. agitation against a population group, whereby a person threatens or expresses contempt for a population group or other such group with allusion to race, colour, national or ethnic origin, religious faith or sexual orientation; (...)

art. 4.13 - unlawful portrayal of violence, whereby a person portrays sexual violence or coercion in pictorial form with intent to disseminate the image, unless the act is justifiable having regard to the circumstances;

The Fundamental Law On Freedom Of Expression, Chapter 11, Part 1, Art. 3 - In the case of films and sound recordings delivered for dissemination before the Law comes into force, the new provisions shall apply with the following exceptions: (...) f. the new provisions do not apply in respect of dissemination before the Law comes into force of films portraying sexual violence or coercion, or intrusive or protracted portrayal of gross violence against persons or animals;

Part 2, art.2 - In the case of technical recordings not covered by earlier wording and delivered for dissemination before the Act comes into force, the new provisions shall apply with the following exceptions (...) e. the new provisions do not apply in respect of dissemination before the Act comes into force of technical recordings with pictures which include portrayal of sexual violence or coercion.

1.3 Direitos sexuais no Brasil

1.3.1 Literatura especializada

A discussão sobre direitos sexuais adentra o debate brasileiro a partir da literatura especializada. A partir da década de 1970, “*com a emergência dos movimentos feminista e homossexual, além do interesse pelo tema por parte de organismos e agências internacionais, as Ciências Sociais voltaram o olhar para as temáticas da mulher e da sexualidade*”¹⁹⁵.

O uso da expressão “direitos sexuais” no Brasil, por sua vez, remonta à segunda metade da década de 1990 e dialoga com o debate que vinha ocorrendo no âmbito internacional.¹⁹⁶ Em artigo pioneiro sobre o tema, publicado em 1995, Lia Zanotta Machado discute resultados e limites da IV Conferência sobre a Mulher em Beijing e vincula a perspectiva de gênero ao reconhecimento da liberdade sexual de homens e mulheres¹⁹⁷, indicando que o uso da expressão direitos sexuais no Brasil se deu a partir do debate ocorrido nas conferências realizadas naquela década.

No ano seguinte, Maria Betânia Ávila e Taciana Gouveia procuraram diferenciar direitos reprodutivos e sexuais afirmando serem os segundos “uma temática nova” que, “*de modo geral, nas formulações feministas vêm comumente atrelados à saúde e aos direitos reprodutivos*”¹⁹⁸. As autoras alertam, contudo, que a junção desses direitos pode ir na contramão dos esforços dos movimentos

¹⁹⁵ CITELI, Maria Teresa. *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002): revisão crítica*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005. p. 17.

¹⁹⁶ Pesquisa realizada pela expressão exata “direitos sexuais” na biblioteca do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/biblioteca>>. Acesso em 20 dez. 2018. A única entrada anterior é artigo de jornal de 1987 de título “Direitos sexuais tem apoio de 47 constituintes”. Folha de São Paulo. 9 de junho de 1987.

¹⁹⁷ MACHADO, Lia Zanotta. Beijing em balanço: confrontos políticos e desafios intelectuais. *Estudos feministas*, v. 3, n. 2, p. 414-426, jul./dez. 1995. “Aí entra-se direta e frontalmente no entendimento da noção de direitos sexuais e no confronto entre direitos familiares e direitos individuais e entre o respeito a diversidade cultural e o respeito aos direitos individuais. A perspectiva de gênero vista pelo lugar do conflito político do conceito parece estar assim estreitamente vinculada a ideia de liberdade de opção sexual e a ideia de que homens e mulheres são iguais para optarem por diferentes formas de viver sua sexualidade”, p. 419.

¹⁹⁸ ÁVILA, Maria Betânia; GOUVEIA, Taciana. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sexuais. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Maria Regina (orgs.). *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ABIA/IMS/UERJ, 1996. p. 165.

feministas ao limitarem a sexualidade da mulher às ideias de maternidade e reprodução. Nesse sentido, chamam atenção para a tensão que existe entre gênero e sexualidade. Por um lado, afirmam que, em nossa sociedade, a vivência sexual se constrói a partir das relações de gênero e, ao mesmo tempo, o “tornar-se homem ou mulher” ainda está atrelado à vivência sexual. Por outro lado, sinalizam que essa ideia de sexualidade é “excludente”, uma sexualidade “reduzida”, limitada a “*um casal formado por um homem e uma mulher, casados, monogâmicos e que mantêm a estrutura ativo/passivo, não só no ato em si como também na vida cotidiana*”.¹⁹⁹ E chamam atenção para o fato de que a intensa regulação da sexualidade convive com o fato de ser “*o lugar por excelência da transgressão*”²⁰⁰.

Em 2001, edição do *Jornal da RedeSaúde* “*é dedicada ao debate sobre os direitos sexuais como uma questão de direitos humanos, que vem apresentando novos desafios ao movimento de mulheres na definição de sua pauta e de suas estratégias de advocacy*”. A edição conta com 11 contribuições que abarcam “*leque amplo de discussões sobre os direitos sexuais, que incluem, além dos direitos de gays e lésbicas e dos/as heterossexuais, outros temas polêmicos e atuais, como a violência sexual, a mutilação genital e a prostituição forçada*”²⁰¹.

Embora a apresentação da edição acima reproduzida defina “direitos sexuais” de maneira ampla, abrangendo pautas feministas e LGBTs, o artigo que a apresenta e introduz, de autoria de Gilberta Santos Soares, revela que a associação entre essas pautas não é automática nem livre de tensões:

Reconhecer que o feminismo, em sua contemporaneidade, apresenta um conjunto de afinidades com o movimento de defesa dos direitos de lésbicas e gays e que ambos despontam como movimentos sociais que têm contribuído decisivamente para a mudança de costumes e valores na sociedade brasileira implica a necessidade de assumir o desafio de favorecer o diálogo, a confrontação e a proximidade das ações, teorias e análises feministas e homossexuais. Para tanto, faz-se necessário reconhecer que a clandestinidade do lesbianismo, pouco estudado e ainda carente de visibilidade social, reproduziu-se no interior do feminismo, produzindo um vácuo e o distanciamento das ações das ativistas lésbicas e

¹⁹⁹ Ibidem. p. 167.

²⁰⁰ Ibidem. p. 167.

²⁰¹ *Jornal da RedeSaúde*, nº. 24, dez. 2001. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/31957506-Jornal-da-redesaude-no-24-dezembro-de-2001.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

feministas, assim como deixando internamente uma lacuna na abordagem dos direitos das mulheres lésbicas²⁰².

Para além da tensão política entre movimentos, Gilberta Santos Soares chama atenção para o fato de que, não obstante ter o feminismo sempre tido “a *sexualidade e a liberdade sexual como um princípio fundamental de luta (...), essa discussão esteve prioritariamente articulada ao campo reprodutivo e a construção teórica e política da escolha da sexualidade como direito deu-se no marco da vivência heterossexual, ainda que a liberdade de escolha sexual tenha estado presente no campo da vida privada de muitas mulheres feministas*”²⁰³.

Nesse ponto é importante notar que Gilberta Santos Soares, em sua afirmação acima transcrita, conecta a dimensão da disputa política em torno dos direitos sexuais com a dimensão teórica relacionada aos debates dentro do próprio feminismo, conclamando uma leitura mais ampla e inclusiva. Nesse sentido, relatório de 2004 produzido pelo Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), vinculado ao Instituto de Medicina Social da UERJ, intitulado “Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual” abarca temas como “*orientação sexual, prostituição, violência sexual, censura e pornografia, saúde reprodutiva e aborto, DST/AIDS*”.²⁰⁴ Além de ampliar o rol das temáticas abrangidas pelo debate acerca de direitos sexuais, buscando articular feminismo e pautas LGBT, referido relatório faz menção a diplomas internacionais, mas tem seu foco voltado para a legislação brasileira concernente a esses temas.

Já no contexto da literatura jurídica nacional, Roger Raupp Rios, em 2007, incorpora essa abertura dos direitos sexuais ao propor a construção de um “direito democrático da sexualidade” e chama atenção para a necessidade de princípios capazes de abarcar “*questões identitárias vinculadas à expressão da sexualidade (onde se inserem, principalmente, os temas das homossexualidades), as relações homossexuais propriamente ditas e suas consequências (campo que alcança matérias diversas como consentimento, violência e aborto) e a busca da*

²⁰² SOARES, Gilberta Santos. Direitos Sexuais como Direitos Humanos: um convite à reflexão. *Jornal da RedeSaúde*, n. 24, dez. 2001, p. 5. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/31957506-Jornal-da-redesaude-no-24-dezembro-de-2001.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. op. cit., p. 11.

*fundamentação dos direitos sexuais (historicamente atada à ideia de saúde sexual)*²⁰⁵. Em uma perspectiva normativa, o autor propõe a complementação dos “direitos sexuais”, ancorados nas ideias de liberdade, igualdade e dignidade com um elemento democrático visando a assegurar a “*participação dos beneficiários e destinatários das políticas públicas a serem desenvolvidas*” por um “direito democrático da sexualidade”.²⁰⁶

Como se vê, desde o início dos debates sobre o assunto no Brasil, autoras se preocuparam em discutir o conceito de direitos sexuais de uma maneira crítica, propondo uma abordagem inclusiva e apontando para os riscos de limitar os direitos sexuais à saúde e à reprodução, em uma chave heterossexual que apagasse, por exemplo, as pautas homossexuais. No próximo item verificaremos que isso não necessariamente se refletiu no uso jurídico e político do conceito de direitos sexuais pelas instâncias governamentais que, por um lado, pouco adotaram a noção e, por outro, quando o fizeram, restringiram-se aos temas da saúde, particularmente reprodutiva, e aos direitos das mulheres, sobretudo no que concerne à violência.

1.3.2 Contexto político e jurídico

O ingresso da expressão “direitos sexuais” no contexto do Estado brasileiro ocorre a partir dos anos 2000 e seu uso mantém-se de certa maneira esporádico ao longo das últimas duas décadas e na maior parte das vezes com uma acepção restrita, sem necessariamente incorporar os debates trazidos pela literatura especializada nacional e estrangeira.

A expressão “direitos sexuais” começa a ser utilizada esporadicamente pelo governo federal brasileiro dentro do termo “direitos sexuais e reprodutivos”, uso que é mantido ao longo dos anos nos três documentos em que foi encontrado (um de

²⁰⁵ RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 14.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 23.

2003, um de 2005 e um de 2017).²⁰⁷ Paralelamente, o Ministério da Saúde, a partir de 2005, também passa a utilizar a expressão: primeiro associada à ideia de planejamento familiar com ênfase em direitos das mulheres²⁰⁸ e, a partir de 2009, com um conteúdo próprio que abarca diferentes aspectos da sexualidade.²⁰⁹ Como reproduzido na introdução da presente tese, a definição atual utilizada pelo

²⁰⁷ Decreto não numerado de 27 de agosto de 2003 instituiu “*Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de promover o debate nacional sobre os direitos sexuais e direitos reprodutivos, com ênfase na paternidade consciente e atuante, visando garantir o efetivo acesso ao planejamento familiar para homens e mulheres*” (art. 1º). O segundo, Decreto 5.390/2005, entre outras providências, aprovou o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – PNPM que continha, entre seus objetivos “*Garantir os direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres*” (Anexo - item 3.2). Referido dispositivo foi mantido em sua literalidade pelo Decreto nº 6.387, de 5 de março de 2008 (II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres) que o substituiu até ser definitivamente revogado pelo Decreto nº 7.959, de 2013. Por fim, o Decreto 9223/2017 que institui a Rede Brasil Mulheres, trouxe como um de seus objetivos “*promover a melhoria das condições de vida e de saúde das mulheres em todas as fases da vida e garantir os direitos sexuais e reprodutivos*” (art. 3º, II). Busca realizada no Portal da Legislação revelou os primeiros dois documentos “base de dados que reúne atos de hierarquia superior, da legislação federal brasileira, cuja área de abrangência vai desde a proclamação da República em 1889 até hoje, sendo constantemente atualizada e mantida pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República”. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/>>. Acesso em: ago. 2018. Os demais aparecem somente na busca da Câmara dos Deputados, que, por sua vez, não revela os dois primeiros. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/>>. Acesso em: ago. 2018.

²⁰⁸ O primeiro documento encontrado “Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo” pretende “garantir os direitos de homens e mulheres, adultos(as) e adolescentes, em relação à saúde sexual e à saúde reprodutiva, enfocando, principalmente, o planejamento familiar” e baseia-se no dispositivo constitucional que prevê, “a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar” (art. 226, § 7º), Lei n.º 9.263/1996, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil e, no âmbito internacional, nos Programas e Plataformas de Ação propostos na Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo*. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

²⁰⁹ O primeiro documento encontrado do Ministério da Saúde que utiliza é “Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo” pretende “*garantir os direitos de homens e mulheres, adultos(as) e adolescentes, em relação à saúde sexual e à saúde reprodutiva, enfocando, principalmente, o planejamento familiar*” e baseia-se no dispositivo constitucional que prevê, “a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar” (art. 226, § 7º), Lei n.º 9.263/1996, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil e, no âmbito internacional, nos Programas e Plataformas de Ação propostos na Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo*. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

Ministério da Saúde fundamenta-se em dispositivos da Constituição Federal e está em consonância com os documentos internacionais mais importantes na matéria.

O uso muito rarefeito e sem grande relevância do termo no âmbito do Executivo mais geral contrasta, portanto, com uma presença constante no âmbito do Ministério da Saúde. Em um primeiro momento, o termo aparece de maneira indefinida e indiferenciada na expressão mais ampla “direitos sexuais e reprodutivos” e associado à ideia de planejamento familiar com ênfase nos direitos das mulheres. Posteriormente, nos documentos elencados, os “direitos sexuais” adquirem um conteúdo próprio que abarca diferentes aspectos da sexualidade. Ainda assim, seu uso, no âmbito do Executivo, permanece adstrito ao campo da saúde.

No âmbito do Poder Legislativo, na Câmara dos Deputados, dos projetos de lei encontrados contendo o termo “direitos sexuais”, três deles tratam de exploração sexual de crianças e adolescentes²¹⁰, cinco deles de violência contra a mulher²¹¹, seis deles abordam direitos reprodutivo das mulheres²¹², um institui a semana nacional de atenção à saúde do homem²¹³, um deles cria o Dia Nacional da Visibilidade Lésbica²¹⁴ e o PL 4828/2016 busca a promoção do Pacto Federativo de Igualdade entre Homens e Mulheres que inclui a garantia do “*direito à proteção da*

²¹⁰ PL 3868/2015 e PL 6938/2010: dispõem sobre a reparação civil coletiva decorrente da exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais e dá outras disposições protetivas dos direitos das crianças e dos adolescentes; PL 10613/2018: institui a semana nacional de prevenção do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes.

²¹¹ PL 2366/2011, PL 235/2011, PL 258/2011, PL 7659/2010: alteram o Código de Processo Penal para estabelecer prioridade na realização de exames periciais quando a vítima for mulher, especialmente nos casos de violência doméstica e familiar; PL 9559/2018: altera o Código para tipificar o crime de violência psicológica contra a mulher.

²¹² PL 7633/2014: dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências; PL 1686/2007: altera a lei de planejamento familiar para incluir os métodos naturais de concepção e contracepção; PL 3901/2015: altera a Lei do SUS para amplia sua atuação na saúde integral da Mulher; PL 5069/2013: altera o Código Penal para como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto; PL 2690/2007: altera o Código para tipificar como crime a propaganda e o induzimento aos métodos ou substâncias abortivas.

²¹³ PL 6011/2016: institui a Semana nacional de atenção à saúde do homem, art. 1º, §1º - A programação da Semana incluirá atividades educativas que visem à prevenção de doenças, à promoção da saúde e à conscientização sanitária, sendo abordados os agravos mais frequentes na população masculina de cada localidade, como doenças cardiovasculares, hipertensão arterial, diabetes, doenças do aparelho geniturinário e da próstata, neoplasias, andropausa, impotência, infertilidade, direitos sexuais e reprodutivos, doenças sexualmente transmissíveis, saúde mental, além de outras doenças e situações que afetem a saúde e o bem-estar da população masculina. (grifou-se)

²¹⁴ PL 2000/2007.

saúde, incentivando a revisão de protocolos de acordo a fim de que seja respeitada a diversidade sexual e, conferir especial atenção aos direitos sexuais e reprodutivos, principalmente nos locais de baixo IDH” (art. 10, VI). Finalmente, o PL 882/2015²¹⁵, em tramitação, estabelece políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, incluindo autorização para realização do aborto até 12 semanas de gravidez.

No Senado Federal²¹⁶, encontra-se o uso da expressão apenas em dois pedidos de realização de audiência pública, uma para debater a aplicação da Lei nº 9.797/1999, que dispõe sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora de mama pela rede de unidades integrantes do SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer (SF RAS 70/2011), e outro para debater o fenômeno da discriminação de gênero no sistema penal (SF RVM 23/2016) ambos propostos pela Senadora Vanessa Grazziotin.

Como se nota, uma grande parte dos projetos de lei volta-se para temas relacionados à saúde, outra parcela significativa aborda direitos reprodutivos das mulheres, sendo que boa parte desses se localiza na interseção entre ambas as áreas temáticas. Interessante notar que, diferentemente do observado no âmbito Poder Executivo, há vários projetos de lei que cuidam da dimensão negativa dos

²¹⁵ Art. 3º - O Estado garantirá o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade na garantia da vida humana, e promoverá o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população, entendendo-se que a interrupção voluntária da gravidez não constitui um instrumento de controle de natalidade.

Art. 7º - O poder público, no desenvolvimento de suas políticas de saúde e sociais, garantirá:

I – A informação e educação sexual e reprodutiva nos conteúdos formais do sistema de educação.

II – O acesso universal aos serviços e programas de saúde sexual e reprodutiva.

III – A informação sobre contracepção e sexo seguro que previna tanto as Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST-HIV) quanto a gravidez não desejada.

IV - O acesso a métodos seguros de contracepção de emergência em todas as unidades da rede pública de saúde e o acesso às informações corretas de sua utilização.

V – O aumento da oferta e diversidade de métodos contraceptivos nos serviços públicos de saúde, de modo a assegurar a todas as mulheres, do campo, da floresta e das cidades, durante toda a sua vida fértil, da puberdade à menopausa, o acesso a métodos seguros e saudáveis de evitar filhos, escolhidos de maneira correta e adequada às dinâmicas e peculiaridades de sua vida.

VI - Ações informativas e de sensibilização sobre saúde sexual e saúde reprodutiva, especialmente através dos meios de comunicação.

²¹⁶ Pesquisa textual (Ementa / explicação da ementa / indexação / apelido): “direitos sexuais”, em tramitação ou com tramitação encerrada. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>>. Acesso em: 20 dez. fev. 2018.

direitos sexuais. Isto é, tratam não da promoção de determinados aspectos da sexualidade, mas da proteção contra o abuso sexual de crianças e adolescentes e a violência contra a mulher. A exceção é o projeto de lei na Câmara que propõe a criação do Dia Nacional da Visibilidade Lésbica.

Das leis aprovadas, três incluem a menção a “direitos sexuais”. A primeira, Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, a inclui na definição de violência sexual

entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (art. 7º, III).

A Lei 12.852/2013, Estatuto da Juventude, por sua vez, estabelece como uma das diretrizes para política pública de atenção à saúde do jovem a “*garantia da inclusão de temas relativos ao consumo de álcool, tabaco e outras drogas, à saúde sexual e reprodutiva, com enfoque de gênero e dos direitos sexuais e reprodutivos nos projetos pedagógicos dos diversos níveis de ensino*” (Art. 20, IV). Note-se que embora artigo seja destinado à saúde, aborda também a questão dos direitos sexuais sob a ótica educacional. Finalmente, a Lei 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevê que “*a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa*” inclusive para “*exercer direitos sexuais e reprodutivos*” (Art. 6º, II).

Em comparação com os demais poderes, análise da jurisprudência dos tribunais superiores revela que o uso da expressão é ainda mais incipiente no Poder Judiciário. No STF foi empregada em apenas duas decisões, apenas uma do Pleno, em 2012²¹⁷: o julgamento relativo ao aborto de fetos anencefálicos²¹⁸. Na ocasião, foi utilizada tanto por parte do relator, Ministro Marco Aurélio, quanto no voto do Ministro Cezar Peluso, que restou vencido. Recentemente, o termo “direitos sexuais” foi empregado na ementa do julgamento da primeira turma que declarou

²¹⁷ A busca de jurisprudência do STF não abarca o inteiro teor dos acórdãos, mas tão somente sua ementa e os indexadores utilizados. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²¹⁸ STF. ADPF nº 54. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/04/2012, DJe: 30/04/2012.

incidentalmente a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até doze semanas de gestação.²¹⁹ Em ambos os casos, a expressão foi utilizada em conjunto sem que fosse definida e sem que os direitos sexuais fossem diferenciados dos direitos reprodutivos. Nas duas oportunidades se falou de “direitos sexuais e reprodutivos” tendo por objeto direitos de mulheres. No STJ, por sua vez, não há decisão colegiada que empregue o termo, mas tão somente 16 decisões monocráticas²²⁰: uma sobre direito de visitação de preso, que utiliza a expressão “direitos sexuais e reprodutivos” ao parafrasear o parecer do Ministério Público²²¹, e 15 sobre violência doméstica, em que se reproduz o trecho supramencionado da Lei Maria da Penha.²²²

A partir da análise do emprego da expressão “direitos sexuais” no âmbito dos poderes constituídos, percebe-se o ingresso da expressão a partir do debate internacional, a relativa baixa incidência do uso do termo, e o predomínio de sua utilização em conjunto com as ideias de direitos reprodutivos e direito das mulheres,

²¹⁹ “A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado (...)”. STF. HC nº 124.306, 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 09/08/2016, DJe 17/03/2017.

²²⁰ Pesquisa livre: “direitos sexuais”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 28 de ago. 2018.

²²¹ STJ. RESP nº 1.712.419 - DF (2017/0309054-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Felix Fischer, julg. 05/04/2018, DJe 10/04/2018.

²²² STJ. AgRESP nº 1.219.342 - MG (2017/0319821-8). Decisão Monocrática. Relator Min. Ribeiro Dantas, julg. 26/02/2018, DJe 28/02/2018; STJ. RESP nº 1.688.407 - MS (2017/0199291-5). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 25/08/2018, DJe 30/08/2017; STJ. HC nº 368.227 - SP (2016/0219373-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julg. 15/08/2016. DJe 19/08/2016; STJ. RESP nº 1.509.479 - RN (2015/0014815-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 11/02/2016, DJe 26/02/2016; STJ. AgRESP nº 526.416 - DF (2014/0135468-3). Decisão Monocrática. Relator Min. Walter De Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), julg. 10/11/2014, DJe 13/11/2014; STJ. CC nº 106.789 - MG (2009/0143433-9). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 25/08/2009, DJe 01/09/2009; STJ. CC nº 102.622 - MG (2009/0012457-6). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 04/08/2009, DJe 18/08/2009; STJ. CC nº 105.917 - MG (2009/0112003-7). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 03/08/2009, DJe 13/08/2009; STJ. CC nº 99.349 - MG (2008/0223497-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29/06/2009, DJe 04/08/2009; STJ. CC nº 105.239 - MG (2009/0091678-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23/06/2009, DJe 03/08/2009; STJ. CC nº 104.765 - MG (2009/0071625-7). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23/06/2009, DJe 03/08/2009; STJ. CC nº 105.233 - MG (2009/0091679-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 26/06/2009. DJe 01/07/2009; STJ. CC nº 104.475 - PR (2009/0060045-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29/05/2009, DJe 04/06/2009; STJ. CC nº 104.006 - MG (2009/0044478-3), Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 30/04/2009, DJe 07/05/2009; STJ. CC nº 88.029 - MG (2007/0171796-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg 30/05/2008, 05/06/2008.

não obstante as críticas da literatura especializada que, desde a década de 1990, já chamavam atenção para as tensões e contradições no uso do conceito.

A principal e mais relevante exceção é o Ministério da Saúde que, desde 2009, emprega uma definição ampla de direitos sexuais, que articula aspectos protetivos e promocionais e perspectivas tanto negativas quanto positivas da sexualidade, sem, contudo, desvinculá-la do campo da saúde. O mesmo ocorre com o Estatuto da Juventude que, apesar do aspecto educacional, limita sua previsão à inclusão de temas, em diversos níveis de ensino, relativos à “saúde sexual e reprodutiva”. Chama atenção também a ausência do emprego da expressão em contextos em que se discutiu amplamente direitos relativos à sexualidade como quando da promulgação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT pelo poder Executivo em 2009 e em julgamentos do STF relativos à sexualidade, como aquele em que se afirmou a constitucionalidade das uniões homoafetivas e o direito ao exercício de identidade de gênero de pessoas trans.

1.4 Considerações finais

A gênese da expressão direitos sexuais no debate internacional – assim como o debate realizado pela literatura especializada no Brasil desde a década de 1990 – revela um conflito entre visões relacionadas aos direitos reprodutivos e à saúde e aos direitos ligados à sexualidade fora desses âmbitos, que, por sua vez, vêm comparativamente obtendo menos avanços ao longo do tempo. O emprego da expressão direito sexual no contexto brasileiro reflete também esse fenômeno, assim como os direitos relacionados à sexualidade incluídos nas diversas constituições ao redor do mundo: trata-se de um emprego pontual e parcial da ideia de direitos sexuais, sem que sejam problematizados potenciais efeitos colaterais que possam advir desse uso desarticulado.

Essa cisão, contudo, não é meramente política, mas reflete entendimentos divergentes acerca da sexualidade que vêm sendo tratados diversamente no âmbito teórico. Essas diferentes perspectivas teóricas sobre a sexualidade implicam, por

sua vez, concepções distintas do papel da liberdade e da igualdade na realização dos direitos sexuais, que é o que se pretende mostrar nos capítulos a seguir.

2 IGUALDADE E DIREITOS SEXUAIS

Como visto, observam-se diversas tensões na origem e no emprego contemporâneo dos direitos sexuais, que derivam de lutas políticas em torno de sua mobilização tanto na seara nacional quanto internacional. Essas divergências políticas, por sua vez, refletem ambiguidades existentes na aplicação desse conceito para embasar pleitos jurídicos concretos. Se as tensões presentes nas discussões sobre direitos sexuais entre autodeterminação e não discriminação e agência individual e existência de desigualdades estruturais traduzem algumas das contradições existentes entre os princípios jurídicos da liberdade e da igualdade, também é verdade que a aplicação isolada de um ou de outro princípio, embora possa fazer avançar determinadas demandas relativas à sexualidade, apresenta limites. O presente capítulo é uma aproximação desse problema a partir da ideia de igualdade analisada, em um primeiro momento, sob um viés teórico e, posteriormente, à luz da jurisprudência do STF.

2.1 Dimensões da igualdade na Constituição de 1988

2.1.1 Igualdade e suas dimensões

Historicamente, ao conceito da igualdade têm sido atribuídas duas principais dimensões, a formal e a material, respectivamente: igualdade perante a lei, entendida como a realização do direito vigente sem distinção em função do destinatário da norma jurídica; e igualdade na lei, que implica a vinculação do conteúdo da norma à ideia de igualdade.²²³ Enquanto a igualdade formal volta-se para a universalização dos destinatários da norma, a igualdade material parte de uma crítica direcionada à insuficiência da igualdade formal para lidar com

²²³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 330. O autor, entretanto, parece se alinhar com a tradição que divide os destinatários da igualdade formal e material entre aplicador da lei e formulador da lei, respectivamente. Não é a posição que se adota aqui. A esse respeito, veja-se nota de rodapé n. 227 doravante.

desigualdades do mundo real e visa a uma certa equiparação no resultado da aplicação universal da norma, considerando a realidade sobre a qual o texto incide, assim como o contexto econômico, social e cultural no qual os destinatários da norma estão inseridos.

Nesse sentido, a igualdade formal volta-se para o combate a hierarquias sociais que prevejam regimes jurídicos diferenciados a grupos sociais diferentes, como legislação que autorize a escravidão ou que impeça mulheres, imigrantes, pobres ou outros grupos, por exemplo, de contratarem ou mudarem de residência em igualdade de condições aos membros de grupo mais favorecido.²²⁴ Sob essa perspectiva, “a única preocupação da lei é com o que você faz, e não quem você é, e esse princípio deve ser entendido abstratamente e universalmente”²²⁵. Assim, uma violação à igualdade formal ocorrerá quando o texto normativo hierarquizar indivíduos em razão de quem são, provocando uma *discriminação de direito*. Por outro lado, ocorrerá também quando uma norma geral e abstrata for aplicada de maneira diferenciada a depender do indivíduo ou grupo, acarretando uma *discriminação de fato*^{226, 227}.

²²⁴ GREY, Thomas C. Cover Blindness. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001. p. 88.

²²⁵ Ibidem. p. 89.

²²⁶ No mesmo sentido, cf. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 147-148. Joaquim Barbosa, por sua vez, distingue “discriminação na aplicação do direito”, em que haveria uma intencionalidade de discriminar por trás de uma norma supostamente neutra, de uma “discriminação de fato”, que consistiria ou aplicação da igualdade sem considerar as especificidades de um grupo minoritário ou pela ação do “racismo inconsciente”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27-31.

²²⁷ Para alguns autores, entretanto, o conteúdo da igualdade formal parece se restringir apenas ao segundo sentido, equiparando-se à legalidade. Cf. Kelsen: “Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99. José Afonso da Silva ressalta contudo que no Brasil “a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei”, e continua explicitando que “o legislador é o destinatário principal do princípio (...) O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo como os critérios constants da própria lei”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 215-216, grifou-se.

A igualdade material, por sua vez, volta-se para o enfrentamento de práticas sociais que, mesmo na ausência de um regime jurídico diferenciado, promovem desvantagens para grupos sociais específicos²²⁸. Poder-se-ia dizer que, diversamente da violação à igualdade formal, que promove uma discriminação direta, “com o propósito de prejudicar”, a violação da igualdade material acarreta uma discriminação indireta, que “*produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não-intencionais diante dos (...) critérios constitucionais proibitivos de discriminação*”, provocando um impacto desproporcional sobre certos grupos sociais²²⁹.

Sob essa perspectiva, tais desvantagens podem ter tanto caráter material quanto caráter cultural ou simbólico.²³⁰ De um lado, busca-se combater a dominação econômica por meio da redistribuição de bens materiais, e, de outro, o desrespeito simbólico, por meio do reconhecimento e da atribuição de estima social a identidades, características e formas de vida de grupos discriminados. Trata-se, portanto, de uma noção de *igualdade complexa*, que busca uma justiça distributiva tanto em relação ao ter quanto ao ser.²³¹

A essas duas dimensões, soma-se uma terceira: a dimensão política. De acordo com Nancy Fraser, nessa dimensão da igualdade o foco não é o “o que” da justiça, mas o “quem” – “*quem conta como o verdadeiro sujeito da justiça*”²³² – e questões de segunda ordem, sobre como definir esse “quem”²³³. O problema correspondente à essa dimensão da justiça é a má-representação, que, por sua vez, opera em dois níveis diferentes. O primeiro é a exclusão da paridade participatória de pessoas e grupos que, a princípio, estão incluídos na comunidade política do

²²⁸ GREY, Thomas C., loc. cit.

²²⁹ Em verdade, trata-se de classificação desenvolvida no direito antidiscriminação estadunidense (*disparate treatment, disparate impact*, respectivamente), mas que, na linha do que defende Roger Raupp Rios, pode contribuir para compreensão do princípio jurídico da igualdade. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008. p. 13, 89.

²³⁰ Para uma discussão sobre essas dimensões, cf. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London/New York: Verso, 2003.

²³¹ WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

²³² FRASER, Nancy Fraser. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Columbia University Press, 2010. p. 5.

²³³ *Ibidem*. p. 15.

estado territorial moderno, como, por exemplo, indivíduos encarcerados que não votam ou mulheres que são subrepresentadas em cargos eletivos. O segundo nível coloca em xeque o estado territorial como a “*unidade de justiça apropriada em si*” e relaciona-se com o próprio desenho das fronteiras, que exclui indevidamente certas pessoas e grupos da “*chance de participar nos debates autorizados sobre justiça*”, impedindo que questionem o sistema que os oprime.²³⁴ Nesse nível, questiona-se não somente a exclusão de certas pessoas da paridade participatória em razão do desenho das fronteiras, mas também o processo (pouco democrático) por meio do qual as fronteiras e os contornos de determinada comunidade são definidos.

Note-se que a mesma autora chama atenção para o fato de que, na prática, os casos concretos apresentam múltiplas dimensões da igualdade. Questões vistas como eminentemente culturais, como as de gênero, também incluem aspectos econômicos, como, no caso específico, a questão do trabalho não remunerado realizado pela mulher. Ao mesmo tempo, questões tidas como preponderantemente econômicas, como as de classe, comportariam elementos simbólicos, a exemplo do desprezo a um certo estilo de vida ou “gosto” atribuído a determinado estrato econômico.²³⁵ Ambas, por sua vez, estão relacionadas com a má-representação política, tanto do ponto de vista de quem elege quanto de quem é eleito²³⁶. Nesse sentido, os desdobramentos materiais da igualdade serão entendidos ao longo dessa tese como multidimensionais, abrangendo concomitantemente aspectos materiais, simbólicos e políticos, mesmo que, à primeira vista, se procure enfatizar algum deles.

Antes de avançar, é importante notar que a igualdade formal e a igualdade material podem entrar, em determinados momentos, em aparente conflito. Se, por um lado, a igualdade formal veda a instituição de regimes jurídicos diferenciados em razão de quem são os sujeitos, a igualdade material pode, por vezes, exigí-los como

²³⁴ Ibidem. p. 19-20.

²³⁵ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel, op. cit. Sobre como a construção do (bom) gosto reflete diferenças ligadas à posição na estrutura da distribuição de bens econômicos e materiais cf. BOURDIEU, Pierre; SAINT-MARTIN, Monique. Anatomie du gout. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 2, n. 5, p. 2-81, oct. 1976.

²³⁶ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. Tradução de Bruno Ribeiro e Letícia de Campos Velho. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

remédio para a má distribuição de bens materiais, simbólicos e políticos, como no caso das ações afirmativas. Nesse sentido, divergiriam quanto à possibilidade de que a lei estabeleça desigualdades entre indivíduos e grupos e os demais membros da sociedade.

No debate estadunidense, essa incompatibilidade se expressa a partir da disputa entre uma concepção da igualdade baseada na anti-diferenciação e uma fundada na anti-subordinação. Segundo a primeira visão, tratamentos diferenciados seriam, em qualquer hipótese, vedados quando baseados em critérios proibidos ou, no mínimo, requereriam um grau de justificação muito maior para sua utilização. A segunda concepção, por sua vez, adota um conteúdo substantivo da igualdade e admite tratamentos diferenciados desde que não “criem ou promovam situações de subordinação”²³⁷. Essa abordagem tem o mérito de possibilitar a acomodação das diferenças e de corrigir situações de desigualdade histórica e sistêmica por meio de ações afirmativas, além de combater situações de discriminação não explícita ou intencional. Finalmente, viabiliza a compatibilização entre as igualdades formal e material, equiparando-as em sua finalidade, qual seja, o combate à subordinação social: a primeira proibindo a exclusão que subordina e a segunda impondo uma reorganização afirmativa de certos arranjos sociais econômicos, culturais e simbólicos que, igualmente, subordinam²³⁸. Embora um enfoque anti-subordinação permita uma leitura mais ampla e profunda da igualdade, como se verá doravante, também apresenta seus desafios, como a necessidade de se estabelecer critérios para justificar o estabelecimento de distinções entre grupos sociais.

²³⁷ RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 36-37. No contexto estadunidense defendendo a adoção de uma perspectiva de “antisubordinação” que vá além do elemento formal e mire o conteúdo da distinção, cf. BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?* *U. Miami L.*, v. 58, n. 1, p. 9-33, 2003.

²³⁸ RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 43. Em outras palavras, “*A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente*”. BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011. p. 120. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf)>. Acesso em 19 fev. 2019.

2.1.2 Igualdade na Constituição Federal de 1988

Na Constituição de 1988, múltiplos sentidos da igualdade estão presentes. O *caput* do art. 5º contempla tanto a igualdade formal (“*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”) quanto a material, explicitada na repetição da “igualdade” ao fim do mesmo dispositivo (“*garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade*”).

Especificamente, a Constituição endereça, sob a perspectiva material, tanto aspectos redistributivos quanto simbólicos e políticos. Quanto ao aspecto redistributivo, traz dentre seus objetivos fundamentais “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III) e, quanto ao simbólico, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Nesse âmbito, veda, ainda, discriminações “*de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 4º, IV), incluindo privação de direitos “*por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*” (art. 4º, VII). A igualdade política também está presente na Constituição: o *caput* do art. 14 atribui ao voto direto e secreto “*valor igual para todos*”.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer todos esses múltiplos aspectos da igualdade em casos recentes nos quais cuidou de direitos fundamentais²³⁹. A igualdade formal, por exemplo, foi reconhecida no recurso extraordinário em que se considerou ser ilegítimo utilizar o critério de nacionalidade para excluir estrangeiros do recebimento de benefício de assistência social.²⁴⁰ Da mesma maneira, fundamentou decisão que declarou inconstitucionais

²³⁹ Note-se que a seleção de casos ora referenciados não é exaustiva, mas busca tão somente ilustrar a aplicação dos múltiplos aspectos da igualdade pelo STF.

²⁴⁰ STF. RE nº 587.970. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 20/04/2017, DJe 22/09/2017. Colha-se, por exemplo, dos votos: “Vale notar não existir ressalva em relação ao não nacional. Ao revés, o artigo 5º, cabeça, estampa o princípio da igualdade e a necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País”. (Min. Rel. Marco Aurélio); “Também o Diploma Maior, no artigo 5º, consolidou o princípio da igualdade e o fez sem distinção de qualquer nacionalidade. Dessa forma, o Estado brasileiro estendeu aos estrangeiros residentes no

previsões em editais de concurso público que estabeleçam restrições de participação a pessoas com tatuagem²⁴¹.

A igualdade material, a seu turno, foi reconhecida em seus diversos desdobramentos. Em decisão de 2017, o STF debruçou-se novamente sobre o tema afeto às ações afirmativas de corte racial²⁴² e declarou constitucional lei que previa reserva de vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos da Administração Pública direta e indireta às pessoas negras. A ementa do caso expressamente estabeleceu:

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.²⁴³

No mesmo caso, além da dimensão redistributiva, o aspecto do reconhecimento foi também levado em conta. Em seu voto, o relator Ministro Roberto Barroso assim dispôs:

País o mesmo compromisso firmado com os brasileiros sobre a defesa dos direitos fundamentais, garantindo a todos os indivíduos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Min. Edson Fachin); “Em suma, também por um critério de igualdade, conclui-se que não há nenhuma causa jurídica que vede o acesso de estrangeiros aos instrumentos de assistência social. Afinal, o ordenamento jurídico não fornece qualquer critério legal que justifique a respectiva exclusão, considerando, ademais, que (i) os estrangeiros têm acesso à rede de direitos fundamentais disponíveis a qualquer brasileiro e (ii) também se encontram submetidos aos mesmos deveres legais (inclusive tributários) de todos os cidadãos” (Min. Luiz Fux).

²⁴¹ STF. RE nº 898.450. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/08/2016, DJe 31/05/2017. Veja-se, nos votos: “Nesse ponto, destaca-se a possível vulneração ao princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição da República, que preconiza a isonomia dos cidadãos sob o crivo do nosso ordenamento jurídico. Tal mandamento, todavia, deve ser interpretado cum grano salis, mormente porque não se veda ao legislador o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social, mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis. (...) Na sequência, quanto à consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição se faz necessário compreender que, tendo em vista que nossa Carta Magna tutela a igualdade dos indivíduos, é imprescindível que, nos casos em que incidente a diferenciação dos mesmos, haja uma justificativa, também, acobertada pela Constituição” (Min. Rel. Luiz Fux); “Reconhecer que a ideia inserida no corpo por meio da tatuagem impeça por si só o ingresso ou prosseguimento de candidato no certame parece atentar contra o postulado da igualdade”. (Min. Rosa Weber).

²⁴² O caso paradigma sobre o tema é a ADPF 186 em que se discutiu a constitucionalidade de ações afirmativas de corte racial para acesso ao ensino público de nível superior. STF. ADPF nº 186. Tribunal Pleno. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/04/2012, DJe 20/10/2014.

²⁴³ STF. ADC nº 41. Tribunal Pleno. Relator. Min. Roberto Barroso, julg. 08/06/2017, DJe 17/08/2017, grifou-se.

Por fim, na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.

No mesmo sentido, a declaração da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, que previa um regime jurídico próprio para lidar com a violência doméstica em razão de gênero, baseou-se na necessidade de um tratamento “*diferenciado entre os gêneros*” considerada “*harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira*”, nos termos da ementa²⁴⁴.

Finalmente, a dimensão política da igualdade foi reconhecida, dentre outros, nos casos em que se declarou inconstitucional doações para campanhas eleitorais realizadas por pessoas jurídicas²⁴⁵ e no caso que reconheceu a constitucionalidade de percentuais mínimos do Fundo Partidário a serem repassados pelos partidos políticos a candidaturas de mulheres. Na ocasião, o Ministro relator Edson Fachin consignou que “*A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres*”²⁴⁶. Nesse sentido, a igualdade política foi contemplada sob, pelo menos, duas perspectivas: a do eleitor e a de quem se busca eleger.

Como se depreende da interpretação conferida à Constituição de 1988 pelo STF, medidas afirmativas para corrigir injustiças históricas, econômicas, políticas e sociais que estabeleçam distinções entre grupos da sociedade estão contempladas

²⁴⁴ STF. ADC nº 19. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 09/02/2012, DJe 29/04/2014.

²⁴⁵ STF. ADI nº 4.650. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/09/2015, DJe 24/02/2016. Veja-se dos votos: “Ocorre que a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos – que possuem ligações com os grandes doadores – em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos” (Min. Rel. Luiz Fux); “Assim, quando do exercício da soberania popular, o cidadão, pessoa física, é o único constitucionalmente legitimado a exercitá-la. A hora do voto é um daqueles raros momentos – se não o único – em que há a perfeita consumação do princípio da igualdade, em que todos os cidadãos - ricos, pobres, de qualquer raça, opção sexual, credo – são formal e materialmente iguais entre si. São formalmente iguais porque a Constituição Federal dá o direito de voto a todos os maiores de dezesseis anos, inclusive os analfabetos. E são materialmente iguais entre si porque o voto de cada qual tem o mesmo valor” (Min. Dias Toffoli).

²⁴⁶ STF. ADI nº 5.617. Tribunal Pleno. Relator Min. Edson Fachin, julg. 15/03/2018, DJe 03/10/2018.

pela ordem constitucional brasileira. Nessa toada, Roger Raupp Rios defende que a Constituição de 1988 abarca uma perspectiva anti-subordinação da igualdade ao afirmar “*direitos e deveres de proteção a grupos subordinados e minoritários*”, como faz com índios e idosos, “*e de promoção de igualdade*”, ao estabelecer, por exemplo, o direito à igualdade previsto no *caput* do art. 5º, e previsões como cotas eleitorais para mulheres nos partidos políticos²⁴⁷.

Apesar da existência de previsões que expressamente contemplam diferenciações formais para promover o direito à igualdade de grupos subalternizados não se pode negar, contudo, que o texto constitucional apresenta também dispositivos que distinguem certos grupos sociais para lhe conferirem tratamento prejudicial. É o caso, por exemplo, da redação original do parágrafo único do art 7º²⁴⁸, que previu um regime trabalhista menos protetivo para trabalhadoras domésticas, ou do *caput* do art. 5º, que exclui estrangeiros não residentes do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Em face desses dispositivos, especificamente, é preciso uma justificativa adicional para fundamentar o caráter anti-subordinação da Constituição. Com esse intuito, na linha do que defende Rios, é possível afirmar o caráter anti-subordinação da Constituição de 1988 ao se considerar também seus meta-objetivos e sua concretização ao longo do tempo. Por um lado, é possível basear uma abordagem anti-subordinação da Constituição nos “Objetivos Fundamentais da República”, constantes do art. 3º. Especificamente, na rejeição de preconceitos (entendida como uma qualificação substantiva das diferenciações autorizadas pela Constituição) e na erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (entendidas como conclamação para a atuação compensatória ativa direcionada em benefício dessas categorias em desvantagem).

Além disso, o tratamento jurídico e político conferido, ao longo do tempo, aos aludidos dispositivos de caráter subordinador pode servir como indício da incorporação, por parte dos poderes constituídos, de um projeto de aprimoramento constitucional no sentido da anti-subordinação. Isso porque o regime de trabalho das

²⁴⁷ RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 41.

²⁴⁸ Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

empregadas domésticas foi equiparado aos demais pela via de emenda constitucional em 2013²⁴⁹, e, desde 1995, o pleno do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os estrangeiros não residentes devem ser considerados titulares de direitos fundamentais independentemente da redação do *caput* do art. 5º²⁵⁰. Nesse sentido, o caráter antissubordinação da Constituição de 1988 não seria um elemento que decorreria apenas de dispositivos esparsos (e, por vezes, contraditórios) presentes em seu texto. Seria, igualmente, o resultado de um projeto constitucional de cunho emancipador orientado pelos objetivos fundamentais da república e que se realiza ao longo do tempo por meio do processo de construção do significado da Constituição²⁵¹.

Assim, tanto o texto da Constituição quanto o Supremo Tribunal Federal ao interpretá-lo reconheceram múltiplos desdobramentos da igualdade na ordem constitucional brasileira. Como se verá a seguir, as múltiplas dimensões da igualdade têm papel crucial no debate sobre direitos sexuais.

2.2. Igualdade e direitos sexuais

2.2.1 Igualdade formal

2.2.1.1 Discriminação de direito: uniões homoafetivas e crime de pederastia

Tanto a igualdade formal quanto a igualdade material são úteis ao debate acerca dos direitos sexuais. A igualdade formal é útil mesmo em contextos em que se assume que a lei é geral e abstrata, por duas razões. A primeira é porque,

²⁴⁹ Emenda Constitucional n. 72, popularmente conhecida como “PEC das Domésticas” (PEC 66/2012).

²⁵⁰ Cf. STF. HC nº 72.391 QO. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julg. 8/3/1995, DJ 17/03/1995 e, mais recentemente, o caso STF. RE nº 587.970. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 20/04/2017, DJe 22/09/2017 mencionado acima.

²⁵¹ Sobre a construção do significado constitucional como um processo constante do qual participam os poderes instituídos, mas também cidadãos e movimentos sociais cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadão, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

mesmo nesses contextos, permanecem previsões normativas que explicitamente tratam de maneira diferente (e prejudicial) certos grupos enquanto tais. Um exemplo de violação à igualdade formal era o tratamento desigual originalmente conferido a uniões entre pessoas do mesmo sexo em comparação às uniões de pessoas de sexos diferentes. Nesse sentido, o regime jurídico geral das uniões estáveis e do casamento não era aplicado a um certo grupo de pessoas tradicionalmente marginalizado, de forma a prejudicá-lo. O STF buscou sanar essa violação à igualdade estabelecendo na ementa do julgamento em que se constatou a exigência constitucional de reconhecimento das uniões homoafetivas que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”²⁵². Note-se que o STF apontou como critério vedado para discriminação tanto a orientação sexual do indivíduo singularmente considerado, quanto o critério do sexo dos indivíduos envolvidos na relação conjugal. Nos termos da ementa:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES.

Um outro exemplo está presente nas normas do Ministério da Saúde e da ANVISA que proíbem que homens que fazem sexo com homens doem sangue por um período de doze meses contados a partir da última relação sexual. Ignorando as mudanças no perfil epidemiológico da AIDS ocorridas nos últimos anos e a evolução dos testes aplicados ao sangue coletado e dos tratamentos atualmente existentes²⁵³, as referidas normas estabelecem, com base em um estereótipo²⁵⁴ ligado à promiscuidade, um banimento permanente da doação de sangue para um grupo de pessoas.

²⁵² STF. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

²⁵³ Sobre o tema, cf. AVILA, Juliana Carreiro. *Vedação de doações de sangue de homens homossexuais: uma análise à luz da Constituição de 1988*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

²⁵⁴ Estereótipo aqui entendido como uma assunção ou afirmação genérica sobre um grupo baseado em preconceitos (muitas vezes falsos ou ultrapassados) e que, necessariamente, não leva nem conta as características particulares do indivíduo em questão, subsumindo-o ao que se entende do grupo.

A correlação implícita entre homossexualidade e promiscuidade fica evidente pelo fato de que a mesma vedação por 12 meses é imposta para “*quem tem relações sexuais com parceiros ocasionais ou desconhecidos ou, ainda, para quem tem relações sexuais com pessoa comprovadamente portadora de infecção por HIV*”²⁵⁵, mas não para heterossexuais (ou “homens que fazem sexo com mulheres”) genericamente considerados. Assim, dois homens monogâmicos casados entre si são impedidos de doar sangue, enquanto um casal heterossexual monogâmico pode fazê-lo livremente. Nessa hipótese, o comportamento sexual é o mesmo, a única diferença é a orientação sexual – e o estigma atrelado à homossexualidade masculina. Em outras palavras, a previsão normativa, sem considerar a conduta individual, pressupõe que todos os homens que fazem sexo com outros homens têm relações com parceiros ocasionais e desconhecidos e/ou com pessoa portadora de infecção por HIV, impedindo-os, assim, de doar sangue em qualquer circunstância.

A questão foi recentemente enfrentada no STF, tendo o julgamento sido interrompido por um pedido de vistas²⁵⁶. Na ocasião, quatro ministros, incluindo o relator Ministro Edson Fachin, consideraram que o impedimento a doações de sangue por homens que fazem sexo com outros homens era discriminatório e, logo, inconstitucional. Contudo, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência e defendeu que, embora o prazo de doze meses fosse excessivo, deveria ser criado um procedimento especial para armazenamento e testagem do sangue doado por homens que têm relações sexuais com outros homens. Ao focar a discussão no prazo e nos procedimentos estabelecidos pelos órgão competentes, negligenciou o debate acerca da inclusão da homossexualidade – sem qualquer consideração acerca da forma como se exerce a relação sexual, de maneira protegida ou não –, como uma conduta de risco que ensejaria a suspensão da possibilidade de doação de sangue.²⁵⁷

²⁵⁵ AVILA, Juliana Carreiro. Doação de sangue e o Supremo: saúde e igualdade. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 308-311.

²⁵⁶ STF. ADI nº 5.543. Tribunal Pleno. Rel. Edson Fachin, julgamento iniciado em 19/10/2017 e suspenso em 26/10/2017 por pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes.

²⁵⁷ Sobre o julgamento cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim; AVILA, Juliana Carreiro. O dissenso do STF no julgamento sobre doação de sangue. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 312-314.

Outro exemplo de regime jurídico especial instituído com base em estereótipo era a norma do Código Penal Militar que até muito recentemente previa o crime de “pederastia”²⁵⁸, palavra que significa “*prática sexual entre um homem e um rapaz bem mais jovem*” ou “*homossexualismo (sic) masculino*”²⁵⁹. Embora o tipo penal também se aplicasse a “*outro ato de libidinagem*”, praticado por “*homossexual ou não*”, a expressa menção a “homossexuais” poderia ser lida como uma violação da igualdade formal, tendo em vista que o texto explicitava um grupo específico como seu destinatário, para além do regime geral. Foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em 2015, considerou que para compatibilizar o dispositivo com a Constituição seria necessário excluir do tipo penal a alusão a “pederastia” e a “homossexuais”. Colha-se da ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente.²⁶⁰

Na ocasião do julgamento, o relator, Ministro Roberto Barroso, apresentara, em um primeiro momento, voto em que dispunha que a manutenção do crime no Código Penal Militar sob qualquer denominação (mesmo que quaisquer referências a homossexuais fossem removidas) violaria a igualdade e seria, portanto,

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/pederastia/>>. Acesso em: 28 nov. 2018 2018.

²⁶⁰ STF. ADPF nº 291. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, julg. 28/10/2015, DJe 11/05/2016, grifou-se.

inconstitucional. Segundo Barroso, na prática, ainda que se considerasse que a norma mantinha uma aparência de neutralidade, sua aplicação afetava quase que exclusivamente os homossexuais. Note-se, portanto, que, enquanto o entendimento que ao fim prevaleceu limitou-se a analisar o texto da norma para aferir sua compatibilidade com a Constituição, o Ministro Roberto Barroso buscou analisar sua incidência na realidade, chamando atenção para seu impacto sobre os homossexuais²⁶¹.

2.2.1.2 Discriminação de fato: subinclusão e superinclusão na aplicação do direito

No caso acima referido, relativo ao crime de pederastia previsto no Código Penal Militar, o voto inicial do relator, Ministro Roberto Barroso, chama atenção para um fator extremamente relevante: na prática, frequentemente grupos tidos como “sexualmente desviantes” são excluídos da aplicação universal das leis. A depender da ocasião, ora são subincluídos, ora superincluídos: na hora de beneficiar, a lei não é aplicada, e, na hora de punir, é aplicada excessivamente. Na conhecida classificação de Oscar Vilhena Vieira são ora “invisíveis”, ora “demonizados”.²⁶²

2.2.1.2.1 Subinclusão: violência e falta de acesso à justiça

Sob o aspecto da subinclusão, os altos índices de violência contra as minorias sexuais revelam tanto uma perseguição social quanto uma conivência estatal com relação a esse fenômeno. Adicionalmente, a falta de acesso à justiça implica a ausência de investigação e a impunidade que dela decorre.

²⁶¹ Para uma análise da dinâmica do julgamento cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck. Qual o papel do relator no Supremo? Duas respostas em tensão no caso da pederastia. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck, RECONDO, Felipe. (org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 91-94.

²⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

Anualmente, o Grupo Gay da Bahia publica relatório acerca das mortes decorrentes de “homotransfobia”²⁶³. Os dados de 2017 representam os maiores índices da série histórica, com um total de 445 mortes: 387 oriundas de assassinatos e 58 de suicídios. Constata-se um aumento de 30% em relação ao ano de 2016, quando foram computadas 343 mortes²⁶⁴. A ONG *Transgender Europe*, por sua vez, identificou no Brasil, entre outubro de 2017 e setembro de 2018, 167 homicídios contra pessoas trans e *gender-diverse*.²⁶⁵ Entre os países monitorados, o Brasil ocupa a primeira posição tanto durante o período mencionado quanto ao longo dos dez anos de pesquisa, somando 1238 casos dos 2982 assassinatos ocorridos no mundo.²⁶⁶ Em 2017, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais identificou a ocorrência de 179 homicídios de pessoas trans, sendo 168 travestis e mulheres transexuais e 10 homens trans.²⁶⁷ Especificamente com relação a mulheres lésbicas, o Dossiê sobre Lesbocídio no Brasil, de 2014, lança luzes sobre o modo de execução dos assassinatos e aos seus alvos preferenciais; dos 93 homicídios analisados, 66% correspondem a vítimas lésbicas “não-feminilizadas” e 64% foram cometidos por pessoas conhecidas e com vínculo afetivo e/ou familiares. Majoritariamente, a execução se dá a partir de armas de fogo (47%) “com grande

²⁶³ Consta do relatório que “o banco de dados do GGB se baseia em notícias publicadas na mídia, internet e informações pessoais”. GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes Violentas de LGBT no Brasil - Relatório 2017*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ TRANSGENDER EUROPE. *Transrespect Versus Transphobia Worldwide: between 1 October 2017 and 30 September 2018*, 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_SimpleTable_EN.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²⁶⁶ Idem. *Transrespect Versus Transphobia Worldwide: between 1 January 2008 and 30 September 2018*, 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_Tables_EN.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018. No que tange à metodologia, a organização ressalta que o projeto refere-se a mortes em geral, não estando adstrito a crimes de ódio, tendo em vista a falta de informação nos casos reportados e a ausência de sistemas nacionais de monitoramento. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/research/trans-murder-monitoring/>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²⁶⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017*. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

número de tiros”. Entre as causas mais comuns estão também facadas (23%), espancamento (13%) e estrangulamento (9%).²⁶⁸

Além dos homicídios, estudos revelam outras dimensões da violência que atinge LGBTs. Pesquisa de 2015 identificou que 72,6% dos estudantes LGBTs foram verbalmente agredidos, 26,6% fisicamente agredidos (e.g. empurrados/puxados) e 9,8% sofreram violência física (e.g. espancado, chutado, ferido com arma), na instituição educacional, em razão de sua orientação sexual; destes, 22,8% revelaram vivenciar a agressão verbal “quase sempre ou frequentemente”, enquanto 6% sofreram agressão física e 2,3% violência física nesta periodicidade.²⁶⁹ Estudo do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, divulgado em 2018, identificou 431 registros de ocorrências em delegacia por parte de LGBTs. A maior parte da violência apurada foi moral (51,4%), seguida por violência física (22,7%) e psicológica (22,7%); 55% das vítimas tinham alguma relação com os autores²⁷⁰, enquanto 36,5% não possuíam qualquer vínculo e em 8,6% dos casos não há informação. Destaca-se, ainda, que 43,4% da violência foi cometida em ambientes residenciais – 36,6% no interior da residência e 7,4% no interior do condomínio.²⁷¹

²⁶⁸ PERES, Milena Cristina Carneiro; SOARES, Suane Felipe; DIAS, Maria Clara. *Dossiê sobre lesbocídio no Brasil: de 2014 até 2017*. Rio de Janeiro: Livros Ilimitados, 2018. p. 81-96. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/5f2532_0a37a7bfa6fd4fd9aedc98b564dd1e0d.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

²⁶⁹ “Os critérios para participação na pesquisa foram: ter pelo menos 13 anos de idade, ter frequentado o ensino fundamental ou médio no Brasil durante o ano letivo de 2015(...) A amostra final foi composta por um total de 1.016 estudantes com idade entre 13 e 21 anos. Os/as estudantes eram oriundos/as de todos os estados brasileiros e o Distrito Federal, com a exceção do estado do Tocantins”. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2015: as experiências de adolescentes e jovens lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em nossos ambientes educacionais*. Curitiba: ABGLT, 2016. p. 18; 38-41. Disponível em: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/08/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018. O Disque 100 é um canal do Ministério dos Direitos Humanos que recebe, por telefone, denúncia de violações dos direitos humanos. Em 2017, houve 1720 denúncias de violações contra LGBTs, 8,32% a menos do que no ano de 2016. Os tipos de violações mais recorrentes são discriminação (1219), violência psicológica (918), violência física (547), e violência institucional (168). BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Balanco Disque 100 - 2017 – LGBT*. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/balanco-geral-2011-a-2017-lgbt.xls/view>>. Acesso em 15 dez. 2018.

²⁷⁰ 15,5% eram familiares, 15,3% demais conhecidos (e.g. amigos e ex-cunhados), 13,5% vizinhos, 8,6% relação de trabalho e 2,1% ex-parceiros.

²⁷¹ MATOS, Victor Chagas; LARA, Erick Batista Amaral de. *Dossiê LGBT+: 2018*. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018.

A omissão estatal que permite a ocorrência desses crimes projeta-se, igualmente, para a sua apuração. Com relação à resposta das autoridades, o Grupo Gay da Bahia destaca que em menos de 25% dos homicídios levantados em seu relatório o criminoso foi identificado e em menos de 10% houve abertura de processo criminal.²⁷² Sérgio Carrara e Adriana Vianna, a partir da análise de processos envolvendo violência contra travestis, registram o descaso e a indiferença dos policiais na apuração desses casos²⁷³. No contexto das Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou os seguintes obstáculos específicos por parte de LGBTs – além das dificuldades que a população em geral também enfrenta – na busca por justiça: falta de atenção e tratamento adequados quando tentam denunciar crimes; comportamento negligente e preconceituoso do pessoal encarregado de fazer cumprir a lei; presunções estereotipadas que se manifestam nas investigações sobre o motivo dos crimes baseados na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da vítima; maior temor de revitimização ou represálias, que gera um efeito intimidador para denunciar estes crimes; falta de programas especializados de assessoria jurídica; existência de legislação ou precedentes jurisprudenciais que toleram ou justificam a violência contra pessoas LGBT; atitudes discriminatórias de juízes, juízas e de outros funcionários do sistema de administração de justiça; e alto risco de ter sua credibilidade e a de suas denúncias questionadas; dentre outras²⁷⁴.

2.2.1.2.2 Superinclusão: hipercriminalização das identidades de gênero sexualidades não normativas

Se por vezes, a aplicação do direito é subinclusiva, de forma a deixar de fora de sua esfera de proteção grupos “sexualmente desviantes”, outras vezes, é

²⁷² GRUPO GAY DA BAHIA, op. cit.

²⁷³ CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B. “Tá lá o corpo estendido no chão...”: a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. *Physis*, v. 16, n. 2, p. 233-249, 2006.

²⁷⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas*, 2015. p. 266. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

superinclusivo – recaindo, no momento de penalizar, desproporcionalmente sobre esses grupos. Isso ocorrerá frequentemente explicitando a sexualidade ou a conduta sexual por meio do recurso a certos estereótipos, de maneira semelhante ao apresentado acima com relação ao crime de pederastia e a vedação da doação de sangue por homossexuais.

Nesse sentido, Vera Andrade chama atenção para como no âmbito do direito penal, no caso das mulheres, sua reputação sexual determina

uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas "honestas" (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres "desonestas" (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostas pelo patriarcalismo à mulher²⁷⁵.

Exemplo da influência da reputação sexual feminina para o deslinde de controvérsia no âmbito do Judiciário brasileiro foi decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2012, amplamente repercutida nos meios de comunicação, em que o tribunal afastou a presunção de violência em crime de estupro no caso de três vítimas menores de quatorze anos em razão de “já se dedica[rem] à prática de atividades sexuais desde longa data”²⁷⁶. Ressalte-se que, com relação ao corpo negro, e sobretudo da mulher negra, a erotização à qual se sujeitam agrava ainda mais esse aspecto²⁷⁷.

²⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 18 n. 35, p. 42-49, jan. 1997. p. 47.

²⁷⁶ Embora o número do processo não tenha sido divulgado em razão de segredo de justiça, o próprio website do STJ divulgou à época o julgado, que veio a ser amplamente criticado. Em reação às críticas, o STJ invalidou a decisão sob o argumento de intempestividade recursal. D'AGOSTINO, Rosanne. Decisão do STJ sobre estupro de menores foi inválida, decide tribunal. *G1*. Brasília, 9 ago. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/08/decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores-foi-invalida-decide-tribunal.html>>, Acesso 20 fev. 2019. Posteriormente, o STJ reverteu essa orientação valendo-se de alteração no Código Penal que tornou absoluta a presunção de violência nesses casos fixando, em 2017, Súmula 593: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

²⁷⁷ A esse respeito, cf. GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na sociedade brasileira. In: SILVA, Antonio (org.). *Movimentos Sociais Urbanos: memórias étnicas e outros estudos*. Brasília: ANPOCS, 1983. p. 223-244. No contexto estadunidense veja-se: “Segundo, observamos as inúmeras ligações entre os preconceitos estudados, incluindo várias já notadas. Para elaborar, o pedestal racionalizador para o papel tradicional da mulher foi, como visto, central não apenas para o racismo, mas para o sexismo também. Afro-americanos foram desumanizados, homens e mulheres, em termos de uma mitologia sexual politicamente executável que dependia da

Se por um lado a legislação universal, que supostamente protegeria grupos marginalizados, é subaplicada, por outro lado, a legislação de repressão e punição tende a ser aplicada excessivamente a esses grupos, com maior rigor e em maior intensidade do que aos grupos hegemônicos de uma mesma sociedade. É precisamente por esse motivo que a solução alcançada pelo STF no caso da pederastia no Código Penal, ao qual se aludiu anteriormente, é insuficiente. Porque, como argumentou o Ministro Roberto Barroso na sessão de julgamento, historicamente, o tipo penal tem sido impingido no contexto castrense apenas para reprimir relações homossexuais. A aplicação seletiva desse dispositivo, contudo, não é uma exceção.

Como vasta literatura já demonstrou, a legislação penal sistematicamente recai de forma desproporcional sobre grupos marginalizados²⁷⁸. No âmbito da criminologia crítica, tem-se observado como o delito é uma construção social e como o delinquente é alguém “a quem foi aplicada com sucesso a etiqueta do desviado”²⁷⁹, a partir de uma visão estereotipada pelas autoridades responsáveis pela elaboração e aplicação da lei²⁸⁰.

*abreviação do direito a uma vida íntima, entre outros. Mulheres negras, especificamente, não eram mulheres em todos os termos definido pelo pedestal idealizador (como Sojourner Truth deixou claro), mas como mulheres impuras disponíveis para o abuso sexual e a exploração; e homens negros, como James Baldwin testemunha, foram mitologizados como animais sexuais de modo que todo intercuro com a mulher branca idealizada só pode ser um estupro”. RICHARDS, David A. J. *Women, gays, and the constitution: the grounds for feminism and gay rights in the culture and law*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1998, p. 461.*

²⁷⁸ Cf., por todos, BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução de J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978. p.10.

²⁷⁹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 239.

²⁸⁰ Nesse sentido, “Da análise dos discursos dos acórdãos, depreendemos uma serie de falas nas quais o Tribunal de Justiça de São Paulo constrói a travestilidade como sinônimo de prostituição, violência e crime. E é essa mesma representação das travestis como desajustadas e perigosas, (re)produzida pelo sistema de justiça, que fundamentará seu ajuste ao papel de acusada, criminosa e desajustada. O sistema de justiça criminal concretiza as expectativas sociais e ele mesmo as produz, em um processo que se mantém por meio da vulnerabilização e criminalização e grupos específicos – no que se denominou chamar em criminologia ‘profecias que se autocumprem’, *self-fulfilling prophecy*”. BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico. In: MAGALHÃES, Mariângela Gama de; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda; MATA, Jéssica da. (Org.). *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 85-119, 2018. p. 101. Disponível em: <http://www.academia.edu/37477146/O_fantasma_do_macho_no_corpo_travesti_viol%C3%Aancia_e_reconhecimento_e_poder_jur%C3%AAdico>. Acesso em 15 dez. 2018.

Ao redor do mundo, ampla legislação criminaliza condutas relativas à sexualidade, como as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, o adultério, o trabalho sexual, a não revelação e/ou exposição e/ou transmissão de doenças pela via sexual, especialmente AIDS, e a contracepção e o aborto. No Brasil Colônia e em Portugal, por exemplo, o “travestismo” e a “sodomia”, chamada de “pecado nefando”, sujeitavam-se a penas como multas pecuniárias, jejuns, uso de cilícios, açoite público, degredo e morte na fogueira com confisco dos bens e infâmia dos descendentes²⁸¹. Até 1821, quando a inquisição portuguesa foi oficialmente extinta, qualquer cidadão tinha direito e obrigação de fazer denúncias, as quais detalhavam as práticas tidas como condenáveis.²⁸² O anúncio de métodos ou produtos contraceptivos, por sua vez, era considerado uma contravenção penal até 1979²⁸³ e o adultério oficialmente um crime até 2005²⁸⁴.

Atualmente, no Brasil, a prostituição, a contracepção, as relações homossexuais e o adultério não são em si criminalizados. Com efeito, o acesso ao aborto ainda o é por força de dispositivo do Código Penal que excepciona apenas os casos de estupro e de risco de vida da mãe. Em 2012, o STF decidiu que a gravidez de fetos anencefálicos também estaria coberta pela exceção e, em 2016, a primeira turma do tribunal, em decisão histórica, considerou que a criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez viola direitos fundamentais da mulher²⁸⁵. Há duas ações pendentes perante o STF em que se discute o direito ao aborto. Na ADI 5581, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, questiona-se, dentre outros

²⁸¹ Dizia o título XIII do livro quinto das Ordenações Filipinas: “*Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que qualquer pecado de sodomia cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha decência; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que cometem crime de Lesa Majestade*”. Sobre o “travestismo”, cf. Título XXXI, Livro V das Ordenações Manuelinas e XXXIV, Livro V, das Ordenações Filipinas.

²⁸² TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 63.

²⁸³ Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 cujo art. 20 (“*Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto ou evitar a gravidez; Pena – multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis*”) foi modificado para excluir o trecho relativo a “evitar a gravidez” pela Lei nº 6.734, de 1979.

²⁸⁴ Art. 240 do Código Penal (“*Cometer adultério: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses*”), revogado pela Lei 11.106, de 2005.

²⁸⁵ STF. HC nº 124.306. 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 09/08/2016, DJe 17/03/2017.

pedidos, a impossibilidade de interrupção de gravidez nos casos em que a mãe tenha contraído zika. Na ADPF 442, de relatoria da Ministra Rosa Weber, a vedação à realização do aborto nas doze primeiras de gravidez.

Em torno da transmissão de doença sexualmente transmissível, por sua vez, existe uma discussão jurídica acerca do seu enquadramento penal. Em 2010, em sede de *habeas corpus*, o STF afastou a classificação como “crime doloso contra a vida” e remeteu os autos ao juízo competente para que o delito fosse reclassificado²⁸⁶. Na ocasião, foi buscada solução de consenso, tendo em vista que parte dos ministros se inclinava para a tipificação de “perigo de contágio de doença grave” (art. 131, CP)²⁸⁷ e outros para “lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável” (Art. 129, §1, ii, CP)²⁸⁸.

Entretanto, mesmo na ausência de tipos penais específicos, historicamente, dispositivos supostamente universais foram aplicados para reprimir grupos sexualmente desviantes. Era o caso, por exemplo, durante a vigência do Código Penal de 1890, dos artigos 266, que tratava da violência carnal “com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”, e 282, relativo ao ultraje público ao pudor, e o artigo 379, que condenava uso de nome suposto, títulos indevidos e outros disfarces, incluindo “disfarçar o sexo, tomando trajes impróprios do seu, e trazê-los publicamente para enganar”²⁸⁹. Durante a ditadura civil militar instaurada com o golpe de 1964, foram registradas uma série de perseguições utilizando-se da

²⁸⁶ STF. HC nº 98.712. 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 05/10/2010, DJe 17/12/2010.

²⁸⁷ Perigo de contágio de moléstia grave: Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

²⁸⁸ Lesão corporal Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 2º Se resulta: (...)

II-enfermidade incurável;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

²⁸⁹ GREEN, James N.; POLITO, Ronal. *Frescos trópicos: fontes dobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)*. Rio de Janeiro: JoséOlympio, 2006, p. 77-79.

legislação vigente, incluindo detenções arbitrárias²⁹⁰ e o uso da lei de imprensa para criminalizar jornalistas que tratavam da temática homossexual²⁹¹.

Atualmente, dois grupos especialmente vulneráveis à criminalização são trabalhadores sexuais e travestis²⁹². Especificamente com relação às travestis, aponta-se que:

A população das travestis tem sido alvo de políticas de criminalização por pelo menos dois fatores: a criminalização que cerca a profissão e a proximidade com o mundo das drogas por causa do trabalho sexual; e a representação social que aproxima compulsoriamente todas as travestis e transexuais do universo da prostituição. O primeiro contribui para a sua apreensão, condenação e encarceramento; e o segundo as coloca como suspeitas e potenciais criminosas²⁹³.

A criminalização dessa população se destaca não apenas em termos quantitativos, mas também qualitativos. A Comissão Interamericana de Direitos

²⁹⁰ FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade. In: GREEN, James. QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: Edufscar, 2014. p 127-128.

²⁹¹ RODRIGUES, Rita de Cassia Colaço. De Denner a Chrysóstomo, a repressão invisibilizada: as homossexualidades na ditadura. In: GREEN, James. QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: Edufscar, 2014. p. 211-222.

²⁹² “Embora sem qualquer relação com a prostituição ele deve ser ressaltado, especialmente o artigo 233 que o integra e cujo foco é o ‘ato obsceno’. A prática de ato obsceno em locais públicos, abertos ou expostos ao público constitui o cerne do crime. (...)Em ocasiões assim, o artigo 233 é freqüentemente utilizado pela polícia para justificar a detenção de prostitutas que atuam nas ruas, uma vez que o simples exercício da atividade não implica qualquer delito previsto na norma legal”. RODRIGUES, Marlene Teixeira. O Sistema de Justiça Criminal e a Prostituição no Brasil Contemporâneo: administração de conflitos, discriminação e exclusão. *Sociedade e Estado*, v. 19, n. 1, p. 121-150, jan./jun. 2004. p. 158.

²⁹³ PRADO, Marco Aurélio Máximo. (coord.). *Relatório do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT sobre inquéritos policiais envolvendo travestis e transexuais no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: NUH, abr. 2018. p. 56. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/17rUWq6z_ZszU_J0VPK9Dzl5clsqbf0gg/view>. Acesso em: 14 dez. 2018. No mesmo sentido, “a vigilância e o controle da polícia são uma das consequências mais severas da opressão legal e da criminalização. As mulheres trans e as pessoas transfemininas são muitas vezes percebidas como profissionais do sexo pela polícia, através de estereótipos racializados e generificados que as enquadram como hipersexuais e sexualmente disponíveis. A internalização e a perpetuação destes estereótipos por agentes de segurança pública, combinada com o alto grau de discricionariedade trazido por termos vagos como ‘qualidade de vida,’ ‘incômodo,’ ‘moralidade pública’ e regulamentações sobre a prostituição, resultam na definição de mulheres trans, e mais frequentemente mulheres trans racializadas e/ou imigrantes e profissionais do sexo, como perfis seletivamente definidos para assédio, detenção e prisão”. FEDORKO, Boglarka; BERREDO, Lukas. O círculo vicioso da violência: pessoas trans e gênero-diversas, migração e trabalho sexual. *Série de publicações TvT*, v. 19, out. 2017. p. 10. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/01/TvT-PS-Vol19-2017.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

Humanos identificou como elementos da abordagem abusiva direcionada a LGBTs, em especial mulheres trans e trabalhadoras sexuais,

as extorsões e a exigência de favores sexuais; uso excessivo da força; pauladas; uso de armas de fogo para machucar ou incapacitar as vítimas; situações em que as mulheres trans são obrigadas a se despir completamente em público; assim como constante hostilidade e atos de humilhação, como arrancar com força suas perucas; uso maldoso ou deliberado de um gênero distinto ao qual se identificam para se referir a elas (misgendering) e abusos verbais reiterados.²⁹⁴

* * *

Assim, em algumas hipóteses, como a da vedação de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, a violação da igualdade formal parece bastante evidente, tendo em vista que a lei confere um tratamento diferenciado para um determinado grupo social. Nesses contextos, a sexualidade tende a ser explicitada como um recurso a um estereótipo que justifica um tratamento diferenciado – *in casu*, a ideia de que homossexual homem em si seria promíscuo e, logo, mais sujeito a contrair doenças sexualmente transmissíveis. A discriminação na lei também se evidencia no caso da criminalização da pederastia, em que o tipo penal explicita determinado grupo como destinatário primordial da norma (“pederastas”, “homossexuais”).

Contudo, como tais debates demonstram, mesmo em circunstâncias nas quais a lei não discrimina formalmente, sua aplicação pode ser realizada de forma discriminatória, configurando uma discriminação *de fato*. Nesse sentido, a discriminação de fato pode ocorrer por meio da subinclusão ou da superinclusão durante a aplicação da lei supostamente universal e abstrata. Por um lado, as demandas por proteção pela lei por parte de grupos sexualmente marcados são “invisibilizadas”, como nas situações de violência que não são investigados, processados e punidos. Por outro, a lei universal e abstrata é utilizada seletivamente para discriminar grupos sexualmente marginalizados, “demonizando-os”, como no caso da aplicação desproporcional de tipos penais genéricos a prostitutas e travestis.

²⁹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 103.

2.2.2 Igualdade material

Com relação aos três níveis da igualdade material – redistribuição, reconhecimento e igualdade política –, todos são importantes para a promoção dos direitos sexuais. Em verdade, em uma perspectiva integrada, todas essas dimensões estão potencialmente presentes nos casos concretos. Como se verá, a questão do regime jurídico dos LGBTIs, por exemplo, ao mesmo tempo que envolve privação econômica – problemas em constituir famílias e transmitir herança e dificuldades com relação ao mercado de trabalho –, abarca forte rejeição social a elementos identificados com seu modo de vida. A mesma observação pode ser feita, por exemplo, acerca da atividade da prostituição, que possui, simultaneamente, dimensões econômicas e de estigma social. Finalmente, em ambos os casos, a subordinação social, perpassada tanto pelo eixo da distribuição quanto do reconhecimento, acarreta uma violação da igualdade política por restringir a participação de certos indivíduos como pares na vida social e política.

2.2.2.1 Dimensão distributiva: acesso a medicamentos para HIV, uniões homoafetivas e assédio sexual

A dimensão material da igualdade como redistribuição busca repartir o acesso a bens materiais com o objetivo de combater a exploração econômica. A ideia de justiça distributiva, em seu sentido moderno, é entendida como a exigência de que o Estado assegure a cada um dos cidadãos um certo nível de bem-estar material que satisfaça a necessidade de todos de acesso a recursos básicos, independentemente de qualquer traço de caráter ou ação que tenha praticado²⁹⁵. Nesse sentido, se

²⁹⁵ FLEISCHAKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8-14.

opõe, por um lado, à caridade (de fundamento religioso), e, por outro, à noção de que cada um deve ser recompensado apenas de acordo com seus méritos²⁹⁶.

No que se refere aos direitos sexuais no Brasil, a questão destaca-se em dois casos judicializados perante o STF. O primeiro conjunto deles trata de concessão de medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV. Embora o foco dos acórdãos fosse a efetivação do direito à saúde, a igualdade está presente tanto na discussão sobre o sujeito de direito em questão (portador de HIV que exige um tratamento específico do sistema saúde) quanto na ênfase dada à necessidade de distribuição gratuita de medicamentos para pacientes que não tinham condições econômicas de com eles arcar. O aspecto redistributivo da medida fica evidente na exigência do poder público de *“formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”*²⁹⁷. Nesse sentido, um regime geral de saúde que não leve em conta as necessidades específicas do grupo social composto por pessoas portadoras de HIV, fornecendo gratuitamente medicamentos e tratamento, viola a igualdade material, na medida em que subordina esses indivíduos, ao excluí-los da possibilidade de viverem como iguais na sociedade.

Esse aspecto salienta uma dimensão positiva da igualdade de caráter distributivo, que se volta para a necessidade de garantir as condições materiais para o exercício pleno da sexualidade. Nesse sentido, abarca aspectos promocionais da igualdade para permitir uma vida satisfatória e evitar a exploração, o abuso e a violência sexual. Nos termos das declarações internacionais apresentadas na introdução desta tese, esse conjunto de direitos abarca, por exemplo, *“o direito ao mais alto padrão de saúde atingível, inclusive de saúde sexual”* e *“o direito à*

²⁹⁶ Se opõe também a suposições sustentadas ao longo da história da humanidade em diversas sociedades como “1. A pobreza é uma punição para o pecado (...); 2. A pobreza é um mal natural (...) que não pode ser vencida por esforços humanos; 3. As coisas materiais não importam (...); 4. A pobreza é uma benção, que capacita uma pessoa a aprender a humildade ou se livrar de obsessões materiais (...); 5. As pessoas pobres estão ‘adaptadas’ a uma vida de pobreza (...); 6. A pobreza é necessária para manter as pessoas pobres trabalhando, ou para mantê-las longe da bebida – portanto, para que possam desfrutar de uma vida boa; 7. Os pobres só podem ter uma vida boa se os ricos lhes ensinam as boas maneiras e a moral; ou 8. O direito igual de pobres e ricos a bens materiais, embora bastante real, é suplantado por outras considerações, tais como a importância da Liberdade”. Ibidem. p. 15-16.

²⁹⁷ STF. RE-AgRg nº 271.286. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000, DJ 24/11/2000.

educação sexual esclarecedora". Do ponto de vista da justiça reprodutiva, englobam o acesso à contracepção e ao aborto legal, seguro e gratuito.²⁹⁸

Um segundo caso enfrentado no STF envolvendo elementos redistributivos e sexualidade é a ação relativa a uniões homoafetivas. Embora o tribunal tenha enfatizado na ementa elementos de igualdade formal ("desigualação jurídica") e de igualdade material como reconhecimento ("proibição do preconceito", "direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo"), o caso envolve igualmente uma dimensão redistributiva²⁹⁹. Isso porque, com a aplicação do regime conjugal geral para casais homossexuais, viabiliza o acesso a bens materiais como benefícios previdenciários e direito de herança que antes lhes eram negados. Em verdade, uma das ações que deu origem à decisão do Supremo questionava justamente a exclusão de casais homossexuais da égide do Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, especificamente de trechos que tratavam de "*previdência e a assistência ao funcionário e à sua família*"³⁰⁰.

A falta de acesso de indivíduos a certos bens sociais materiais também ocorre, na prática, em razão do estigma que atinge sua sexualidade socialmente marcada, discussão em que igualdade como redistribuição e como reconhecimento se confundem. Por exemplo, características sexuais estigmatizadas, sejam elas oriundas de condutas (ter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo) ou circunstâncias (ser vítima de violência sexual, por exemplo), diferentemente de outros outros marcadores de exclusão social (como "raça" e classe), não obedecem

²⁹⁸ WEST, Robin L. From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights. *The Yale Law Journal*, v. 118, n. 7, p. 1394–1431, 2009.

²⁹⁹ Em alguns votos, contudo, essa dimensão parece ser afastada do debate: "*O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto*". STF. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011, voto do Min. Marco Aurélio.

³⁰⁰ Anteriormente, a questão já havia batido às portas do Supremo quando o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS buscou suspender os efeitos de liminar em Ação Civil Pública que impôs em todo o território nacional o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Na ocasião o Min. Marco Aurélio, como presidente do STF, indeferiu o pedido entendendo que a situação não comportava excepcionalidade da "queima de etapas" devendo, portanto, obedecer as vias regulares de tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias. STF. Pet nº 1984. Decisão Monocrática. Relator Min. Presidente Marco Aurelio, julg. 10/02/2003, DJ 20/02/2003.

a “padrões familiares, linguísticos e sociais predeterminados”³⁰¹. Nesse sentido, tendem a não ser compartilhadas (pelo menos abertamente) entre pais e filhos, o que pode gerar, desde cedo, privações a bens materiais no âmbito doméstico, como a educação e moradia, dentre outros. Em resposta, a igualdade material exige que as violações de direitos que atingem especificamente determinados grupos sejam corrigidas com ações próprias que levem em conta suas particularidades. É o caso, por exemplo, das casas de acolhimento para a população LGBT que vêm sendo implementadas em algumas localidades do Brasil³⁰².

Outro exemplo de privação material decorrente de estigmas sociais advém da falta de acesso ao trabalho em geral e, especificamente, ao trabalho qualificado, o que por sua vez, contribui para a situação de marginalização econômica em um processo que se retroalimenta. Essa situação é patente no caso das pessoas trans no Brasil. Elementos como o preconceito e a transfobia, baixa escolaridade, documentação que não corresponde ao gênero identificado e manifestado, banheiros, uniformes e vestiários segregados segundo os padrões tradicionais de sexo e expectativas sociais quanto à linguagem corporal e verbal contribuem para excluir pessoas trans do acesso e da permanência no mercado de trabalho³⁰³.

Ainda na arena trabalhista, a sexualidade se projeta na discussão sobre assédio sexual, que advém de uma imposição sexual em um contexto de assimetria de poder. Trata-se de um exemplo de como assimetrias de gênero presentes na sociedade trazem impactos econômicos para mulheres e para mulheres e homens (cis e trans) que não se encaixam, respectivamente, nos padrões hegemônicos de feminilidade e masculinidade.

³⁰¹ Sobre as chamadas “identidades horizontais” (isto é, divergentes dos padrões familiares, linguísticos e sociais predeterminados), sujeitas em graus distintos a influências genéticas e ambientais, cf. SOLOMON, Andrew. *Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade*. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

³⁰² Cf., por todos, DIÓGENES, Juliana. Casa para abrigar LGBTs expulsos pela família é inaugurada após 'vaquinha'. *O Estado de São Paulo*. 25 jan. 2017. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,apos-vaquinha-casa-para-abrigar-lgbts-expulsos-pela-familia-e-inaugurada,70001640471>>. Acesso em: 21 fev. 2019 e LISBOA, Vinícius. Abrigos LGBT se espalham e reúnem histórias de orgulho e superação. *Agência Brasil*. 28 jun. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/abrigos-lgbt-se-espalham-e-reunem-historias-de-orgulho-e-superacao>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁰³ AMARAL, Cecília Barreto; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 302-333, maio/ago. 2018.

Catharine MacKinnon chamou atenção para o fato de que, longe de ser um problema relativo a “*um ato de desejo direcionado a pessoa errada*”, o assédio sexual é, na verdade, “*uma expressão de dominância atada com um despejo impessoal, o hábito de conseguir o que se quer, e a percepção (frequentemente acurada) de que a situação pode ser explorada com segurança (...). Trata-se de dominância erotizada*”³⁰⁴. O assédio sexual, ao mesmo tempo em que se vale do status inferior da mulher na sociedade, ajuda a criar essa posição a partir da naturalização da sexualização da mulher³⁰⁵.

Outras autoras enfatizam não a natureza sexual desse comportamento, mas seu uso estratégico para ativamente excluir as mulheres de certos ambientes de trabalho. De acordo com esse entendimento, o assédio não se limita a “*fazer da mulher o objeto de sua atenção sexual*”, mas abrange um amplo rol de atividades que “*minam a confiança [da mulher] e a [sua] imagem como uma trabalhadora capaz*”.³⁰⁶ Na prática, o assédio funciona como “um guardião do gênero” por meio da corrosão da capacidade das mulheres de exercerem um trabalho satisfatório. Ao mesmo tempo em que “*policia as fronteiras do trabalho*”, excluindo mulheres de certas funções, “*protege a imagem masculina idealizada, assim como a identidade*

³⁰⁴ MACKINNON, Catherine A. *Sexual Harassment, Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*. New Haven/London: Yale University Press, 1979, p. 162.

³⁰⁵ Mackinnon vai além e afirma que a segregação horizontal (separação entre trabalhos de homem e de mulher, considerados inferiores) e vertical do trabalho (mulheres tendem a estar em posições inferiores, logo dependentes da aprovação e boa vontade dos homens para contratação, manutenção e promoção) são definidas a partir da sexualização da mulher trabalhadora. Segundo a autora, a sexualização é considerada parte do trabalho e reproduz relações domésticas entre maridos e esposas. Nesse sentido, as verdadeiras qualificações da mulher trabalhadora, que se refletem para ela em consequências econômicas, são suas qualidades atrativas, entendidas de acordo com a percepção masculina do seu potencial para ser assediada sexualmente. Esses homenas são os que possuem o poder econômico e a posição para fazerem valer sua vontade. Ibidem.

³⁰⁶ SCHULTZ, Vicki. Reconceptualizing Sexual Harassment. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 6, p.1683-1805, 1998. p. 1687. Entre tais práticas, Vicky Schultz enumera: “caracterizar o trabalho apenas como sendo apropriado para homens; depreciar a performance ou habilidade das mulheres ao executarem o trabalho; prover formas benevolentes de ajuda para a execução do trabalho; reter informação, treinamento ou oportunidades de aprender a fazer bem o trabalho; promover sabotagem deliberada do trabalho; oferecer avaliações sexistas relativas à performance das mulheres ou negar promoções merecidas, isolar mulheres de redes sociais (*networking*) que conferem um sentido de pertencimento, negar às mulheres os requisitos ou privilégios requeridos para o sucesso; designar às mulheres tarefas fora das atribuições do trabalho em razão de estereótipos de gênero (como realizar a limpeza ou servir café); pregar peças, insultar ou realizar outras formas de maus-tratos com intuito de lembrar às mulheres que elas são diferentes e estão fora do lugar, e fisicamente investir ou ameaçar as mulheres que ousarem reagir”. Ibidem. p. 1687.

daqueles que o praticam” ao minar a competência real ou percebida de mulheres ou homens que ameacem a masculinidade idealizada daqueles que originalmente desempenham determinada função.³⁰⁷

O elemento sexual apontado por MacKinnon tem o mérito de relacionar o que ocorre no ambiente de trabalho com a naturalização da sexualização da mulher que ocorre também fora dele. Contudo, deve ser conjugado à observação de que não é a única (e talvez predominante) das formas de assédio baseada em gênero que tornam o ambiente de trabalho hostil e contribuem para a desvalorização daqueles que não refletem as expectativas de gênero dentro e fora deste ambiente. Nesse ponto, não afetam somente mulheres, mas todos aqueles que fogem aos padrões sociais de “feminilidade” e “masculinidade”. A esse respeito, veja-se trecho significativo de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho em que identidade de gênero e sexualidade se confundem como causa de diversas situações de assédio direcionadas a uma trabalhadora que não correspondia às expectativas sociais de feminilidade:

A testemunha, que laborava junto com a autora, afirmou (fl. 53) que: 3- que a encarregada dizia que a autora era homossexual, queriam dar serviço de homem para a autora e ficavam rindo; 4- que presenciou uma vez a supervisora falar para a autora que ela deveria se trocar no banheiro masculino e não no feminino, sendo que a reclamante ficou constrangida e passou a vir uniformizada de casa; 5- que na empresa os empregados trabalhavam em dupla, sendo que a autora trabalhava sozinha; 6- que a supervisora fazia comentários sobre a autora na frente dos outros empregados; 7- que certa vez uma empregada disse para a supervisora Marli que a reclamante estaria 'de olho nela no banheiro' e a supervisora chamou a reclamante em uma sala e esta saiu chorando, sendo que depois disso a reclamante foi transferida de turno; reperguntas da parte ré: 8- que a encarregada era a Sra. Luciana e a supervisora era a Sra. Marli; 9- que a Luciana dizia que a autora era 'sapatão', lavar banheiro dos homens, lavar calçada, trabalhar com máquina pesada; 10- que a reclamante falou que não sabia trabalhar em máquina pesada, sendo que a Sra. Luciana perguntou: 'como não sabe trabalhar na máquina se é quase um homem? Como se percebe, foram descritas detalhadamente pela testemunha diversas situações discriminatórias pela qual a obreira passou. Tais acontecimentos atentam severamente contra a dignidade da pessoa humana, fazendo com que a obreira se sinta desprezada, desvalorizada, por conta de sua opção sexual. Referida situação é inaceitável em quaisquer circunstâncias, agravando-se ainda mais quando o empregador se aproveita de sua superioridade hierárquica para humilhar seus subordinados.³⁰⁸

³⁰⁷ Ibidem. p. 1691.

³⁰⁸ TST. AIRR nº 69540-83.2008.5.09.0001. 3ª Turma. Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julg. 19/05/2010, DJe 04/06/2010.

Finalmente, é importante notar que a ênfase no elemento “sexual” e na “atração erótica” pode levar a uma sobrevalorização da orientação sexual como definidora do comportamento de assédio. Nesse sentido, embora LGBTs sejam um grupo especialmente vulnerável ao assédio, poderiam estar mais sujeitos a serem, eles próprios, considerados assediadores, em especial quando a suposta vítima fosse do mesmo sexo.³⁰⁹ Além disso, um projeto de “sanitarização do ambiente de trabalho” poderia provocar ainda um incremento da vigilância e do controle sobre a intimidade e a solidariedade dos trabalhadores³¹⁰ e, a pretexto de proteger uma sexualidade feminina, limitar a um pedestal vitoriano a sexualidade da mulher³¹¹.

No Brasil, desde 2001, o Código Penal criminaliza o assédio sexual, definindo-o como “*constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*”³¹². Independentemente da discussão sobre o uso do direito penal para promoção de direitos de minorias³¹³, as reflexões apresentadas acima subsidiam algumas críticas acerca da formulação e da abrangência do tipo penal em questão.

Primeiro, ao exigir o “*intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual*”, desconsidera que podem haver diferentes motivações por trás de um ato que, a princípio, tenha conotação sexual, como o intuito de humilhar ou excluir, e que há atos de assédio que não consistem em condutas sexuais, mas tem motivação baseada no sexo (por exemplo, retaliar a não conformidade a expectativas sociais de gênero). Além disso, numa primeira leitura, afastaria a possibilidade de que o

³⁰⁹ Para uma análise no contexto estadunidense, cf. HALLEY, Janet. Sexuality Harassment. In: MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *Directions in Sexual Harassment Law*. New Haven/London: Yale University Press, 2004. p. 182–200 e SCHULTZ, Vicki, op. cit.

³¹⁰ SCHULTZ, Vicki, op. cit.

³¹¹ HALLEY, Janet, op. cit.

³¹² A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) da qual o Brasil é signatário prevê que o assédio sexual no local de trabalho deve ser entendido como uma forma de violência contra a mulher. Artigo 2: Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: (...) b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local.

³¹³ Para tanto cf. o item 2.3.1.

assédio fosse cometido por pessoa heterossexual contra pessoa do mesmo sexo, o que poderia ocorrer, na prática, inclusive como reprimenda à não conformidade da vítima ao seu papel de gênero, como no caso de um homem afeminado ou mulher masculinizada (LGBT ou não). Finalmente, o dispositivo se restringe a relações de ascendência inerentes ao “*emprego, cargo ou função*”, desconsiderando as demais hierarquias sociais (de gênero, orientação sexual, raça, classe etc.) que possibilitam que o assédio sexual ocorra entre pares ou até de baixo para cima.

* * *

A igualdade material apresenta tanto um aspecto protetivo quanto promocional que viabilize que indivíduos vivam a sua sexualidade de maneira plena, incluindo saúde e educação sexual. Além disso, contém uma exigência de que as especificidades da discriminação sofrida por indivíduos de sexualidade socialmente marcada sejam combatidas com medidas corretivas voltadas para a fruição de determinados direitos por essas pessoas, como moradia e educação. Finalmente, impõe especial atenção para a tomada de medidas que viabilizem a participação integral no mercado de trabalho, a fim de que possam ter acesso tanto a recursos financeiros quanto ao reconhecimento social.

2.2.2.2 Dimensão simbólica: estigma, conversão, invisibilidade, patologização e privatização de demandas

Como a discussão sobre o assédio sexual evidencia, a falta de acesso a bens de natureza econômica está intimamente associada à privação simbólica ou cultural. Na discussão acerca da igualdade, essa dimensão vem sendo denominada *igualdade como reconhecimento* e parte do entendimento de que o não reconhecimento ou o mau reconhecimento pode gerar um dano real para as pessoas ou grupos³¹⁴. Nesse sentido, o reconhecimento passa a ser compreendido

³¹⁴ TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*. Princeton: Princeton University Press, 1992. p. 23-73.

não como uma liberalidade ou cortesia, mas como necessidade vital dos seres humanos e, portanto, uma exigência da ideia de justiça. Isso porque a vida em sociedade faz com que a percepção do outro seja um elemento crucial da vida humana e a atividade dialógica, exercida por meio da linguagem, seja fundamental no processo de autocompreensão e de identificação do indivíduo.³¹⁵

A manifestação da rejeição alheia tanto pode se dar por meio de experiências individuais de preconceito, que causam humilhação e dor aos indivíduos, como por meio de entendimentos socialmente partilhados que tomam a forma de estigma. No primeiro caso, a chave do problema, em geral, é apontada na “estrutura de personalidade dos indivíduos”³¹⁶, e, embora gerem danos físicos e psíquicos às vítimas, não são responsáveis por “moldar suas vidas”. No segundo caso, o alvo é a estrutura social e tem como decorrência os sistemáticos episódios de violência, falta de acesso à justiça e subproteção legal, hipercriminalização e privação de acesso a bens materiais, vistos nos itens anteriores.

Segundo a definição proposta por Roger Raupp Rios, o primeiro conjunto estaria abrangido pela noção de preconceito entendido como “*as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções*”³¹⁷. O segundo, por sua vez, compreenderia a “*materialização, no plano concreto das relações sociais de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violações de direitos dos indivíduos e dos grupos*”³¹⁸. Esse processo se traduz em estratificação social que se ampara tanto em elementos de estrutura (práticas e instituições) quanto de significado social (razões e histórias)³¹⁹.

³¹⁵ HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

³¹⁶ ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

³¹⁷ RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 15.

³¹⁸ Ibidem. p. 15.

³¹⁹ SIEGEL, Reva B. Discrimination in the eyes of the law. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001. p. 105. “Uma olhada na história revela que a rede de instituições, práticas e significados que apoiam a estratificação social varia em razão dos grupos e, também, dentro dos grupos. Existe uma variedade de instituições (ex. mercado, família), práticas (ex. separação,

Nesse sentido, o problema jurídico em questão não é o ato individual de categorizar e de conferir um tratamento enviesado a certos indivíduos a partir de uma perspectiva pessoal, mas a dimensão moral e histórica do conteúdo desse ato, assim como sua ubiquidade na sociedade. Trata-se não de enfatizar a atitude individual de quem discrimina, mas os efeitos perversos de uma ideologia discriminatória³²⁰ que afeta não apenas juízos acerca de certos indivíduos pertencentes a determinado grupo, mas igualmente “*processos perceptivos, interpretativos e de memória*” que distorcem, inclusive, dados supostamente objetivos.³²¹

Além de se refletirem na ordem social e na distribuição de bens materiais e simbólicos, estigmas penetram nos indivíduos levando a correspondência à expectativa a ele reputada. O psicólogo social Claude M. Steele analisa como a imposição de uma identidade estigmatizada afeta concretamente aspectos da vida dos indivíduos como sua performance intelectual³²². Em diversos experimentos o autor verificou que o desempenho de estudantes é pior quando, imediatamente antes do experimento, uma qualidade que estereotipicamente é atribuída ao grupo a que pertencem é ressaltada, lembrando, naquele momento, a que grupo pertencem, qual sua posição na sociedade e quais as características que lhe são atribuídas. Para além disso, Steele demonstra que não é necessário que o estigma seja explicitado. É possível que ele seja transmitido apenas em função de ser um senso comum compartilhado.

Nesse sentido, o estigma se transmite silenciosamente por meio de inscrições sociais implícitas, como, por exemplo, no caso de estudantes de grupos estigmatizados, na falta de diversidade entre o corpo docente das instituições em

diferenciação de papéis) e razões (ex. degradação, paternalismo) empregadas para garantir o status social diferenciado dos grupos”. *Ibidem*. p. 106.

³²⁰ Nesse sentido, tratando da questão racial, cf. LAWRENCE III, Charles R. Unconscious racism revisited: reflections on the impact and origins of “The id, the ego, and equal protection”. *Conn. L. Rev.*, v. 40, n. 4, p. 931- 977, may 2008.

³²¹ KRIEGER, Linda Hamilton. The content of our categories: a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity. *Stanford Law Review*, v. 47, n. 6, p. 1161-1248, jul. 1995.

³²² STEELE, Claude M. *Whistling Vivaldi: And Other Clues to How Stereotypes Affect Us (Issues of Our Time)*. New York/London: W. W. Norton & Company, 2010.

que estudam.³²³ Além disso, existe uma dimensão normativa dos estereótipos relacionada “a como as pessoas devem se comportar para se adequarem apropriadamente às normas associadas à filiação em seus grupos”³²⁴. Assim, se perpetuam, transformando a cultura contingente em natureza, enraizando-se nas estruturas cognitivas e motivadoras, pré-moldando possibilidades e impossibilidades, oportunidades e proibições, liberdades e limites.³²⁵ Nas palavra de Luís Roberto Barroso, a “desigualdade de fato produz uma subrepresentação de determinados segmentos nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que pode acabar perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade”³²⁶.

A sexualidade e seus desdobramentos têm “profundo significado para as pessoas, afetando suas possibilidades de auto-expressão e felicidade”.³²⁷ Entretanto, grupos de sexualidade estigmatizada estão expostos a toda sorte de discriminação em função de uma avaliação simbólica negativa de suas características e formas de vida. Os impactos dessa violação sistemática de direitos são imensos. Estudos sugerem que a vítima de uma violência homofóbica leva mais tempo para se recuperar desses episódios do que gays e lésbicas vítimas de crimes em geral³²⁸ e que o índice de suicídio, depressão, transtornos alimentares e angústia entre as minorias sexuais é significativamente maior do que entre aqueles que não sofrem as consequências sociais dessa condição.³²⁹

³²³ Ibidem.

³²⁴ APPIAH, Anthony. Stereotypes and the shaping of identity. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001. p. 64.

³²⁵ Pierre Bourdieu abrange esse processo sob a noção de *habitus*. Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1992.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Cotas Raciais são Legítimas como Parâmetros Razoáveis. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas- raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

³²⁷ NUSSBAUM, Martha C. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation & Constitutional Law*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 16.

³²⁸ MCDONALD, Iain. When hate is not enough: tackling homophobic violence. In: JONES, Jackie et al (eds.). *Gender, Sexualities and Law*. 1st ed. Oxon/New York: Routledge, 2011.

³²⁹ Sobre o suicídio de homens homossexuais cf. COCHRAN, D. Susan; MAYS, Vickie M. Mays. Lifetime Prevalence of Suicide Symptoms and Affective Disorders Among Men Reporting Same-Sex Sexual Partners: Results From NHANES III. *American Journal of Public Health*, v. 90, n. 4, p. 573-578, Apr. 2000. No Brasil, cf. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê Saúde das Mulheres Lésbicas: Promoção da Equidade e da Integralidade*, 2006. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/dossie_da_saude_da_mulher_lesbica.pdf> Acesso em: 19 de dez. 2018; MARCIA, Arán; MURTA, Daniela; Zaidhaft, Sérgio. Transexualidade: corpo,

Além dos graves impactos psíquicos, a falta de reconhecimento social contribui para a exclusão do acesso a outros direitos e impede a participação desses indivíduos como pares na vida social e política. Nesses contextos, os meios de subjugação simbólica da sexualidade considerada desviante são muitos: vão desde condutas ostensivas, como os casos de violência narrados no item anterior, até mecanismos silenciosos que, longe de reduzir o seu impacto nos indivíduos, ao invés, encobrem-no, dificultando sua identificação. Como os “desvios” sexuais muitas vezes podem ser mais fáceis de serem ocultados – pelo menos se comparados aos de minorias étnico-raciais e de gênero – é preciso sofisticação nos mecanismos de percepção tanto de sua expressão quanto de sua violação.³³⁰

Nesse sentido, a imposição de um padrão social sobre a sexualidade pode tomar diferentes formas. Em uma abordagem mais direta, rejeita-se a possibilidade de uma sexualidade que não corresponda ao padrão, reprimido-a. Essa repressão pode tomar várias formas, inclusive por meio do direito penal, como melhor desenvolvido no tópico anterior. Individualmente, pode levar à busca da “conversão” do indivíduo, ou seja, sua adesão forçada ao padrão. No caso de LGBTIs, a literatura registra um histórico de tratamentos de “cura” que até hoje ocorrem. Nos Estados Unidos, estima-se que 698.000 LGBTIs tenham sido submetidos a terapias de conversão em algum momento de suas vidas³³¹ e estudos vêm identificando aspectos danosos das chamadas terapias de reorientação, que incluem “*experiências de vergonha e impactos negativos na saúde mental das pessoas a elas submetidos*”³³².

No Brasil, a questão da chamada “cura gay” – a possibilidade de que psicólogos se engajem em tratamentos para a suposta cura de LGBTs – vem sendo

subjetividade e saúde coletiva. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 70-79, Abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822008000100008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 dez. 2018.

³³⁰ YOSHINO, Kenji. *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*. rep. ed. New York: Random House, 2007. p. 21-22.

³³¹ MALLORY, Christy; BROWN, Taylor N. T., CONRON, Kerith J. *Conversion Therapy and LGBT youth*. The Williams Institute – University of California, Los Angeles, School of Law: Jan. 2018. Disponível em: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Conversion-Therapy-LGBT-Youth-Jan-2018.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

³³² FLENTJE, Annesa; COCHRAN, Brian. Experiences of Ex-Ex-Gay Individuals in Sexual Reorientation Therapy: Reasons for Seeking Treatment, Perceived Helpfulness and Harmfulness of Treatment, and Post-Treatment Identification. *Journal of Homosexuality*, v. 61, n. 9, p. 1242-1268, 2014.

amplamente discutida. Embora a Resolução 1/1990 do Conselho Federal de Psicologia vede essa prática, em 2013 foi pautado o Decreto Legislativo 234/2011, que previa revogação dessa norma. Referido decreto acabou sendo arquivado, porém, em 2017, juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal proferiu decisão em ação popular visando a permitir a psicólogos que, quando solicitados, promovam “*debates acadêmicos, estudos (pesquisas) e atendimentos psicoterapêuticos que se fizerem necessários à plena investigação científica de transtornos comportamentais associados à orientação sexual egodistônica [que contraria e perturba a própria pessoa]*”³³³. Na prática, a decisão abre margem para que pessoas possam ser submetidas a terapias de reversão sexual, como apontado pela sociedade civil³³⁴.

Historicamente, a *patologização* de condutas e identidades socialmente estigmatizadas tem sido utilizada como forma de reforçar o estigma desses grupos. Além de estar por trás das chamadas terapias de reversão tratadas acima, esse mecanismo embasa uma série de outras violações de direitos. Um alvo frequente desse expediente são as pessoas trans. No Brasil, não há legislação que trate do reconhecimento da identidade de gênero desse conjunto de pessoas e o STF, embora tenha reconhecido a possibilidade de alteração de nome e sexo no registro civil, não chegou a decidir mais amplamente sobre a questão em razão de um pedido de vistas que interrompeu o julgamento da ação sobre uso de banheiros³³⁵. Diante desse vácuo, manuais médicos – como o Código Internacional de Doenças (CID-10), que classifica “transtorno de identidade de gênero” como uma patologia – vêm sendo aplicados como forma de penalização em determinadas situações. É o caso, por exemplo, das aposentadorias compulsórias por invalidez em razão de doença, efetuadas por diversos órgãos públicos no Brasil, incluindo as Forças Armadas³³⁶.

³³³ 14ª Vara Federal do Distrito Federal. AP nº 1011189-79.2017.4.01.3400. julg. 15/12/2017.

³³⁴ Cf., por exemplo, relatório da organização Human Rights Watch. HUMAN RIGHTS WATCH. Resumo do país, jan. 2018. Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/brazil_port_0.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

³³⁵ Para mais detalhes sobre os casos veja-se o próximo capítulo.

³³⁶ A esse respeito, em 21 de novembro de 2017, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro expediu notificação às Forças Armadas para que a “transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da atividade militar”. Notificação/Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017 – Inquérito Civil n. 1.30.001.000522/2014-11.

Ainda no âmbito das Forças Armadas, a Lei 7.670 de 1988 incluiu a AIDS como motivo para reforma de militar, ainda que o indivíduo tenha plena capacidade laborativa. Embora haja previsão em norma técnica de que os “os portadores assintomáticos do HIV ou em fase de Linfadenopatia Persistente Generalizada recebem o parecer ‘Apto para o serviço do Exército, com restrições’³³⁷, a lei continua em vigor e vem sendo aplicada pelo menos em alguns casos³³⁸, ainda que, de acordo com o Regime Geral da Previdência Social, o mero fato de ser soropositivo não assegure a aposentadoria por invalidez³³⁹. Além disso, não obstante um amplo conjunto de normas no âmbito federal que considera discriminatória a realização de testes de HIV em exames pré-admissionais e periódicos de saúde³⁴⁰, referidos testes vêm sendo realizados com a chancela do Poder Judiciário. Mesmo com a edição da Lei 12.984 em 2014, definindo como crime “negar emprego ou trabalho” a “portadores do HIV e doentes de aids”³⁴¹, em

Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

³³⁷ Normas Técnicas sobre Perícias Médicas no Exército (Portaria n.º 247-DGP, de 07 de outubro de 2009).

³³⁸ Cf., por exemplo, o seguinte caso em que sua aplicação foi afastada: TRF4. Processo nº 5002387-94.2014.4.04.7102. 4ª Turma. Relatora Des. Vivian Pantaleão Caminha, julg. 26/04/2017, publ. 27/05/2017. SEM SINTOMAS. HIV, por si só, não é causa para reforma de militar, decide TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 04 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/hiv-si-nao-causa-reforma-militar-decide-trf>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

³³⁹ Resolução nº 416 do INSS, de 04 de junho de 2014.

³⁴⁰ Cf., por exemplo, a Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de prática discriminatória e limitativa ao acesso e manutenção de emprego; a Portaria Interministerial n.º 869/92 (firmada pelos Ministros da Saúde, do Trabalho e da Administração), que veda a realização de testes de HIV em exames pré-admissionais e periódicos de saúde no âmbito do serviço público federal; a Portaria n.º 1.246/2010, do Ministério do Trabalho e Emprego, que proscribe a realização de tais testes em exames ocupacionais e admissionais, e a Portaria n.º 1.927/2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, que ratifica essa orientação e estabelece outras diretrizes para o combate à discriminação relacionada ao HIV e à AIDS nos locais de trabalho; e a Nota técnica 158/2013 do Ministério da Saúde, que veda a testagem em razão da condição sorológica não revelar, por si só, a incapacidade laborativa.

³⁴¹ Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - negar emprego ou trabalho;

III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

2015, decisão monocrática do Ministro do STF Ricardo Lewandowski entendeu que regras de edital de seleção para as Forças Armadas que excluía portadores do vírus HIV e outras doenças infecciosas incuráveis eram compatíveis com a Constituição em razão da peculiaridades do regime militar³⁴². A decisão viola frontalmente a igualdade por deconsiderar a capacidade laborativa individual com base em um estereótipo que não leva em conta o atual estágio de tratamento do HIV/AIDS de forma geral nem observa a condição específica do indivíduo em questão. Além disso, ignora que no âmbito das Forças Armadas são desenvolvidas inúmeras atividades que em nada afetam a integridade corporal, como atividades administrativas, de docência em inúmeras áreas e de saúde.

Outros grupos tradicionalmente tiveram sua sexualidade tratada sob a perspectiva da enfermidade. No mundo todo, crianças intersexo sofreram intervenções cirúrgicas nos primeiros meses de vida a fim de se adequarem ao padrão de um ou outro sexo sem que pudessem participar do processo decisório relativo a esse procedimento e, ao longo da vida, tiveram escasso conhecimento sobre seus históricos médicos³⁴³. Prostitutas, por sua vez, foram consideradas portadoras de uma “sexualidade doente”, em oposição à sexualidade sadia, exercida pela mulher casada no âmbito conjugal para fins de reprodução.³⁴⁴ Nesse sentido, a sexualidade das mulheres em geral, quando não subsumida a esses padrões, foi

IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

³⁴² STF. STA nº 795. Decisão Monocrática. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 27/05/2015, DJe 29/05/2015. Cf. CARNEIRO, Luiz Orlando. Lewandowski autoriza restrição a portadores do HIV nas Forças Armadas. *JOTA*. Brasília/São Paulo, 28 maio 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/lewandowski-autoriza-restricao-a-portadores-do-hiv-nas-forcas-armadas-28052015>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

³⁴³ A esse respeito cf. CORTEZ, Marina. *Dualidade ou Constelação? Intersexualidade, Feminismos e Biomedicina: uma Análise Bioética*. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, UFRJ/UFF/UERJ/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2015.

³⁴⁴ Tratando da prostituição no Rio de Janeiro, cf. ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890)*. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 78 e LEITE, J. L. *República do Mangue: controle policial e prostituição no Rio de Janeiro (1954-1974)*. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2005. p. 5-6 apud ALBUQUERQUE. Rossana Maria Marinho. *Para além da tensão entre moral e economia: reflexões sobre a regulamentação da prostituição no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2008, p. 48-50.

considerada invisível ou problemática e passível dos mais variados tipos de tratamentos – inclusive para a chamada falta de motivação espontânea para o sexo³⁴⁵.

Com relação à sexualidade masculina, Russo, Carrara e Faro chamam atenção para o processo de medicalização que vem ocorrendo por meio de campanhas para o tratamento da “disfunção erétil”. Tais campanhas, paradoxalmente, utilizam o discurso da necessidade de reforçar o acesso à saúde de homens “vítimas de sua própria masculinidade”, ao mesmo tempo em que fortalecem valores da masculinidade hegemônica, como a virilidade.³⁴⁶ Segundo Russo, essa “biomedicalização da sexualidade masculina” altera a “*concepção sobre a sexualidade na velhice o que acarretará transformações importantes na própria definição dessa sexualidade*” e acaba “*por estabelecer novos padrões para o funcionamento sexual que irão produzir um incontável número de homens ‘disfuncionais’.*”³⁴⁷ A medicalização e a patologização das sexualidades dissidentes, assim como suas consequências na construção das ideias de normal/anormal, aceitável/inaceitável, serão melhor desenvolvidas no próximo capítulo.

Associada à ideia de patologização está a ideia de *higienização*, relacionada ao “medo da poluição” física e moral e da “infecção anômica”, historicamente mobilizada para estigmatizar certas identidades, como as castas indianas ou as classes trabalhadoras, vistas na sociedade industrial do século XIX como “os grandes mal lavados”.³⁴⁸ No caso dos homossexuais, Martha Nussbaum aponta como o sentimento de asco muitas vezes se traveste de argumento de moral

³⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

³⁴⁶ CARRARA, Sérgio; RUSSO, Jane A.; FARO, Livi. A política de atenção à saúde do homem no Brasil: os paradoxos da medicalização do corpo masculino. *Physis*, v. 19, n. 3, p. 659-678, 2009.

³⁴⁷ RUSSO, Jane. A terceira onda sexológica: Medicina Sexual e farmacologização da sexualidade. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 14, dossiê n. 2, p. 172-194, ago. 2013.

³⁴⁸ ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L, op. cit. Sobre o chamado “pânico moral” direcionado a questões de sexualidade, veja-se: “Os pânicos morais, portanto, comprimem os medos e ansiedades sociais, políticos, midiáticos e psicológicos, reais ou culturalmente imaginados (geralmente uma combinação de ambos) e solidificam as fronteiras entre as vítimas e vitimador, segurança e perigo, com base na noção generalizada de que bodes expiatórios (folk devils) estão dentro do próprio grupo”. HERDT, Gilbert. Introduction: Moral Panics, Sexual Rights, and Cultural Anger. In: HERDT, Gilbert (ed.). *Moral Panics, Sex Panics Fear and the Fight over Sexual Rights*. New York: New York University Press, 2009. p. 11.

compartilhada para rejeitar esse grupo.³⁴⁹ Tal ojeriza pode refletir-se indiretamente em argumentações fortemente homofóbicas desenvolvidas em assuntos associados à sexualidade desviante, como a AIDS.³⁵⁰ Justificativas relacionadas ao proliferamento de doenças foram igualmente utilizadas para isolar prostitutas dos meios urbanos, junto com acusações de vadiagem e perturbação da ordem pública³⁵¹.

Uma segunda forma de discriminação menos ostensiva que a “conversão” seria a exigência de *invisibilidade deliberada* em troca da aceitação da existência da identidade ou da prática no âmbito privado. A exigência de adequação pública implica a *inferiorização* dos indivíduos na medida em que *invisibiliza* seu sofrimento e suas demandas, que não são enxergadas como violações de direitos. Assim, seu sofrimento não é capaz de gerar reação moral ou política.³⁵²

Parte desse processo se dá por meio da *privatização* do tratamento de suas demandas, isto é, por relegá-las ao mundo do privado, do individual e do pessoal, em oposição ao do público e ao do político, e, logo, fora do alcance da discussão sobre justiça. A esse respeito, análises feministas denunciam que a tradicional cisão entre as esferas pública e privada tem sido responsável por blindar a esfera doméstica dos influxos liberais de liberdade e igualdade e por ocultar as opressões que ocorrem nesse âmbito.³⁵³ Por outro lado, a vinculação à seara doméstica tem consequências tanto culturais e simbólicas quanto econômicas, que acabam por produzir exclusão dos espaços políticos e sociais de tomada de decisão. No caso das mulheres, o atrelamento de seu papel social ao espaço da casa relaciona-se tanto a estereótipos relacionados à feminilidade, quanto a dimensões financeiras

³⁴⁹ NUSSBAUM, Martha C. op. cit., p. 1-30. “No que se refere à ‘aversão projetada’, por outro lado, a contaminação não é literal e física, mas imaginária; como nós vimos, a projeção de características de aversão em relação aos grupos subordinados é uma maneira usual de estigmatizá-los como doentes e inferiores, e as fantasias que sustentam esta correlação são incompatíveis com uma análise racional. Eu defendo que a aversão projetada não pode ser utilizada como subsídio argumentativo para a regulamentação legal, tendo em vista a irracionalidade normativa da emoção e sua conexão com o estigma e com a hierarquia”. Ibidem. p. 20.

³⁵⁰ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990. p. 135.

³⁵¹ PEREIRA, Ivonete. “As decaídas”: prostituição em Florianópolis (1900-1940). Florianópolis: Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

³⁵² Sobre esse aspecto da invisibilidade, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a Subversão do Estado de Direito, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2007.

³⁵³ PATEMAN, Carole. *The sexual contract*. 1st ed. Cambridge: Polity Press, 1988.

como a do trabalho não remunerado de cuidado e reprodução social e, ambos, por sua vez, à ausência feminina nos espaços de poder.³⁵⁴ Especificamente com relação à sexualidade, a separação entre público e privado tem historicamente mantido fora das discussões sobre justiça os abusos e violências sexuais que ocorrem no âmbito doméstico, como, por exemplo, o estupro marital. A esse respeito, no contexto brasileiro, a Lei Maria da Penha teve fundamental importância ao incluir a violência sexual no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, e ao defini-la de maneira ampla, incluindo condutas que poderiam ser tradicionalmente naturalizadas como fatos da vida familiar, doméstica ou conjugal.³⁵⁵

Nessa esteira, embora as relações homossexuais não ocorram necessariamente no âmbito privado e tenham impactos na vida pública e política, a questão da homossexualidade é muitas vezes tratada como uma questão privada, isolada da proteção de direitos³⁵⁶. Um dos desdobramentos dessa privatização é o que David Richards chama de “*o segredo compulsório da preferência*”, que reforça a ideia da homossexualidade como algo “indizível”, privando homossexuais de seu direito como pessoas morais de dizer, sentir e se expressar livremente tanto na esfera pública quanto privada.³⁵⁷ Nos Estados Unidos, por exemplo, a notória

³⁵⁴ FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio-ago. 2007. p. 110; FRASER, Nancy. Rethinking recognition. *New Left Review*, n. 3, p. 107-120, May-June 2000.

³⁵⁵ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

³⁵⁶ KATZ, Jonathan Ned. *The invention of heterosexuality*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2006. p. 125. A esse respeito, “Uma outra maneira de defender o mesmo ponto, como visto antes, é observar que o preconceito homofóbico, como o racismo e o sexismo, distorcem injustamente a ideia de direitos humanos aplicáveis tanto à esfera privada da via quanto à pública. O reino de terror intelectual antes visto busca impor o racismo e o anti-semitismo sobre a sociedade mais ampla e, mesmo sobre as próprias minorias estigmatizadas, busca a reforçar amplamente a homofobia e, particularmente sobre homossexuais, a homofobia de auto-ódio (*self-hating homophobia*). Seu veículo é denegrir a identidade *gay* e lésbica como uma forma de consciência desvalorizada com a qual ninguém, sob pena de ser visto como integrante dessa espécie tão desvalorizada, pode ou deve se identificar”. RICHARDS, David A. J. *Women, gays, and the constitution: the grounds for feminism and gay rights in the culture and law*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1998. p. 367-368.

³⁵⁷ RICHARDS, David A. J. op. cit., p. 368.

política de *don't ask, don't tell* que vigeu no exército daquele país interditava aos membros das Forças Armadas “*demonstrar propensão ou intenção de se envolver em atos homossexuais*”, o que implicava proibição de revelar sua orientação sexual ou de falar sobre eventuais relacionamentos homossexuais.³⁵⁸ Nesse sentido, aos LGBTs do exército estadunidense era imposto não que se convertessem ao padrão, mas que publicamente “*passassem*” (*passing*) como adeptos da sexualidade normativa.³⁵⁹

A *privatização* das questões sexuais ignora o fato de que desigualdade entre os gêneros e a supremacia heterossexual permeia mesmo os encontros mais íntimos, sendo a sexualidade política, como formulou, ainda nos anos 1970, Kate Millet³⁶⁰. Além disso, contribui para a *invisibilização* das demandas relativas a grupos de sexualidade subalternizada, agravada em um contexto em que o regime sexual da heterossexualidade se apresenta sob o manto de neutralidade – e, por isso, é entendido como o ideal e o “*verdadeiro pináculo de realização moral (livre de viés, o universal, não parcial)*”.³⁶¹ Em outras palavras,

a heterossexualidade é, em alguns aspectos, como o ar que nós respiramos, uma presença difusa e onipresente (um sentido de retidão), mas, ao mesmo tempo, fora da mente, despercebida, irreconhecível, frequentemente inconsciente e imanente a práticas e instituições³⁶².

A esse respeito, Michael Foucault, dentre outros, evidenciou a construção da categoria do “homossexual” a partir do final do século XIX. Com a consagração do discurso cientificista em detrimento do religioso, procedeu-se à dita “*medicalização da homossexualidade e demais desvios*”, passando a homossexualidade a ser

³⁵⁸ YOSHINO, Kenji. op. cit. passim.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Em sua obra de 1970 intitulada “Política Sexual” a autora afirma: “Do coito pode apenas ser dito vagamente que ocorre em um vácuo; apesar de parecer uma atividade biológica e física, está colocado tão profundamente no contexto mais amplo das coisas humanas que serve com um microcosmo carregado da cariedade de atitudes e valores nos quais a cultura se inscreve. Entre outras coisas, pode servir como um modelo de política sexual em um plano individual ou pessoal” MILLET, Kate. *Sexual politics*. Urbana/Chicago: University of Illinois Press, 2000. p. 23.

³⁶¹ MORAN, Leslie J. The public sex of the Judiciary. In: JONES, Jackie et. al. (eds.). op. cit., p. 81. Da mesma autora, MORAN, Leslie J. *The homosexual(ity) of Law*. 1st ed. London: Routledge, 1996.

³⁶² MORAN, Leslie J. The public sex of the Judiciary, op. cit., p. 81.

considerada uma doença — primeiro de origem física e, posteriormente, psíquica.³⁶³ Nesse momento, iniciou-se a especificação do desviante, que se torna, nas palavras de Foucault, uma personagem dotada de “*um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida*”³⁶⁴. A criação dessa personagem a partir da distinção aparentemente neutra entre homossexual e heterossexual “*esconde o intrincado jogo de poder, de dominação e subordinação que ‘minoritiza’ a experiência homossexual e consolida o poder masculino de uma nova e efetiva maneira*”.³⁶⁵

A esse respeito, mais recentemente, autores buscaram empreender projeto semelhante com relação à categoria da “heterossexualidade”, contribuindo para a desmitificação de sua essencialidade, imodificabilidade e a-historicidade³⁶⁶. Jonathan Ned Katz, baseando-se no trabalho de autoras que o precederam³⁶⁷, chama atenção para o fato de que tanto a homossexualidade quanto a heterossexualidade “*significam maneiras historicamente específicas de nomear, pensar sobre, valorar e organizar socialmente os sexos e seus prazeres*”³⁶⁸. Especificamente, a ideia de heterossexualidade entendida como “*um ideal erótico de diferença sexual (sex-difference) oficial e dominante*” é um produto da modernidade

³⁶³ BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

³⁶⁴ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 43. E, ainda: “(...) também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as formas de conduta, já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que se trai sempre.” Ibidem. p. 43.

³⁶⁵ WEEKS, Jeffrey. History, Desire, and Identities. In: PARKER, Richard; GAGNON, John H. (eds.). *Conceiving sexuality: approaches to sex research in a postmodern world*. New York: Routledge, 1995. p. 41.

³⁶⁶ KATZ, Jonathan Ned. op. cit., p. 13.

³⁶⁷ Uma dessas autoras, Adrienne Rich, em seu notório artigo *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence* afirmou: “Eu estou sugerindo que a heterossexualidade, assim como a maternidade, precisa ser reconhecida e estudada como uma instituição política (*“political institution-even”*), ou, especificamente, por aqueles indivíduos que acreditam ser, em razão de sua experiência pessoal, os precursores de uma nova relação social entre os sexos. (...) parece lógico, a partir de uma perspectiva feminista pelo menos, questionar-se a respeito dos seguintes temas: se a busca por amor e afeto em ambos os sexos não se direciona aprioristicamente para mulheres; por que, de fato, as mulheres nunca redirecionaram esta busca; por que a sobrevivência de espécies, os meios de fecundação, e as relações erótico-afetivas são rigidamente correlacionadas entre si; e por que estas estruturas violentas reputam-se necessárias para impor a subserviência e total lealdade emocional e erótica das mulheres em relação aos homens”. RICH, Adrienne. *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*. *Signs*. v. 5, n. 4, p. 631-660, summer 1980. p. 637.

³⁶⁸ KATZ, Jonathan Ned. op. cit., p. 12.

e se assenta na pressuposição de que a diferença sexual e o prazer sexual definem a essência da união entre os sexos³⁶⁹.

Indo além da questão relativa à orientação sexual, o autor questiona o próprio padrão cisgênero (em oposição ao transgênero) ao afirmar que, em sentido semelhante ao que acontece com a “heterossexualidade” (cuja discussão logo enseja uma reflexão sobre o “problema da homossexualidade”, sem que a heterossexualidade em si seja problematizada), fala-se do “problema do travestismo” *“sem que se fale muito sobre o desejo de ficar no mesmo sexo”*³⁷⁰. Em verdade, uma distinção entre homossexual e heterossexual pressupõe e naturaliza, igualmente, uma distinção rígida entre sexos e uma adesão natural a esse padrão, o que vêm sendo atualmente questionado, como se verá no próximo capítulo.

Assim, a falta de reconhecimento social gera danos psíquicos e molda instituições e práticas naturalizando o padrão vigente e excluindo indivíduos desviantes por meio da conversão, estereotipização, patologização, invisibilização e privatização de seus pleitos. Ao fixar o padrão vigente (maculino, heterossexual, cisgênero) como universal, abstrato e imparcial, marca a sexualidade de indivíduos e grupos tidos como desviantes como aquilo que foge do que é natural, deixando-os à margem das estruturas sociais e dos significados compartilhados, fechando as portas para seu pleno exercício de direitos e participação na vida política e social.

2.3. Limites e desafios da igualdade para o tratamento dos direitos sexuais

³⁶⁹ Ibidem. p. 14. Nesse sentido, o autor salienta que a heterossexualidade não é idêntica (i) ao intercuro reprodutivo dos sexos; (ii) à diferenças de sexo e gênero; (iii) nem ao erotismo entre homens e mulheres.

³⁷⁰ Ibidem. p. 15. Em sentido semelhante, tratando da questão racial, Barbara J. Flagg, chama atenção para o “fenômeno da transparência”, que consistiria “na tendência da branquitude de apagar em pessoas brancas a auto-percepção racial” e em “pensar em si racialmente apenas em relação a pessoas não-brancas”. FLAGG, Barbara J. The Transparency Phenomenon, Race-Neutral Decisionmaking, and Discriminatory Intent. In: DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Critical White Studies: looking behind the mirror*. Philadelphia: Temple University Press, 1997. p. 220–226.

A ideia de igualdade é crucial para lidar com os direitos sexuais. Em primeiro lugar, porque veda a instituição de regimes jurídicos que prejudiquem indivíduos e grupos estigmatizados em razão da sua sexualidade, identidade de gênero e desdobramentos dela decorrentes. Além disso, proíbe que o direito seja aplicado, na prática, para lesar e marginalizar essas pessoas. De outro lado, chama atenção para as limitações e para os constrangimentos que desigualdades fáticas promovem nas escolhas de vida dos indivíduos. Ademais, impõe que sejam proporcionadas condições adequadas de vida, tanto do ponto de vista material quanto simbólico, que possibilitem a indivíduos e grupos sexualmente marginalizados o exercício pleno de sua sexualidade e seu tratamento na vida social e política como iguais.

A igualdade traz em si, portanto, uma exigência de inclusão: de que indivíduos que sofrem um tratamento prejudicial, tanto jurídico quanto fático, sejam tratados como os demais, tanto do ponto de vista formal como material. Apesar de sua importância crucial, a ideia de igualdade apresenta alguns desafios para lidar com os direitos sexuais. Alguns serão apontados abaixo e retomados com maior profundidade no próximo capítulo.

2.3.1 Onde subproteção e a hipercriminalização se entrecruzam: criminalização para promoção de direitos de grupos subalternizados - o caso da homofobia

Como visto, grupos subalternizados em geral tendem a ser subprotegidas pela lei e por seus aplicadores. No Brasil, indivíduos de sexualidade e identidade de gênero não normativas sofrem violência de todos os tipos, que não são devidamente enfrentadas pelos poderes públicos. Isso se dá tanto pela dificuldade de acesso à justiça por parte daqueles que vivem à margem da sociedade quanto pela visão enviesada que permeia o próprio poder judiciário e reproduz estereótipos e discriminações de toda ordem. Por outro lado, a sexualidade marginalizada também é alvo constante do aparato punitivo estatal, que promove a hipercriminalização de indivíduos cuja sexualidade é socialmente marcada.

Nesse contexto, interessante notar a tensão que surge entre o aspecto da subproteção e da hipercriminalização de grupos marginalizados em contextos em que a legislação criminal vem sendo usada como instrumento para promover o

direito desses mesmos grupos. No campo dos direitos sexuais, a discussão que se coloca em debate hoje no Brasil é acerca da criminalização da homofobia, existindo duas ações no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733 pretendem que o STF declare a omissão do Congresso Nacional por não elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia, que, segundo o Partido Popular Socialista (PPS) e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Na ausência dessa legislação, requerem que o Supremo estabeleça um regramento para a questão ou, alternativamente, que seja ampliado o tratamento jurídico conferido ao racismo para que se aplique também aos casos de discurso de ódio contra LGBTs. Se, por um lado, uma abordagem como essa busca expandir a igualdade no que tange ao raio de proteção da lei, ampliando o rol daqueles que são considerados “vítimas” para o Direito Penal, por outro, pode acarretar efeitos colaterais em termos da própria igualdade.

O julgamento, iniciado em fevereiro de 2019, foi interrompido após o proferimento de quatro votos favoráveis à tese da expansão do crime de racismo para abranger discriminações homotransfóbicas. Na ocasião, foram feitas afirmações relevantes sobre a necessidade de superar as violações de direitos às quais de sujeitam LGBTIs no Brasil e a igualdade foi utilizada, em alguns votos, para garantir, a semelhança do que vem ocorrendo com outras minorias, a proteção pela via do direito penal.

O caso vem sendo comemorado como uma resposta crucial à discriminação e à violência histórica e sistemática sofrida por LGBTIs no Brasil. Não há dúvidas de que aqueles que apoiam a medida são movidos pela urgência de combater essas violações de direitos e de contribuir para a plena cidadania de LGBTIs no país. A questão, porém, envolve pelo menos dois elementos sensíveis que não podem ser ignorados sob pena de serem apagadas importantes nuances do debate. O primeiro é a opção do Supremo em tratar de direitos LGBTIs pela via penal em detrimento de outros caminhos que se apresentam perante o próprio tribunal como o combate à vedação do ensino sobre gênero e educação sexual, tema que será melhor desenvolvido no próximo capítulo à luz da liberdade³⁷¹.

³⁷¹ Indagando acerca dos efeitos da opção do STF pela via criminal em detrimento da perspectiva educacional para tratar a questão LGBTI veja-se: GOMES, Juliana Cesario Alvim; FABRIS

O segundo são os efeitos colaterais indesejados que essa escolha pode gerar, inclusive para a própria população LGBTI. O reconhecimento jurídico, ainda que no âmbito penal, tem um forte efeito simbólico para grupos historicamente excluídos e cujos direitos são sistematicamente violados sem que haja respostas estatais efetivas. A tipificação pode ter, ainda, como consequência positiva, a geração de estatísticas que revelam a gravidade e extensão dos efeitos da marginalização de determinados grupos sociais. O discurso de ódio tem impactos tanto individuais quanto coletivos.

Como aponta Mari Matsuda no contexto estadunidense, o discurso de ódio afeta tanto o indivíduo que é seu alvo (levando a efeitos como hipertensão, psicose e suicídio), quanto a liberdade de potenciais vítimas (que passam a evitar certas condutas e ambientes). E, ainda, atingem pessoas que não são seu alvo direto, como potenciais contratantes, familiares e amigos. Finalmente, tem a capacidade de se entranhar nas mentes e práticas da sociedade, gerando estigmas e estereótipos, conscientes e inconscientes, que acarretam e são mobilizados para justificar os mais variados tipos de violência³⁷².

Um risco, no entanto, da opção pela via penal seria reforçar um discurso que encubra o fato de que o aparato repressivo do estado tende a recair, seletiva e desigualmente, sobre os grupos socialmente marginalizados (incluindo, como visto acima, LGBTIs). Tratando de direito das mulheres, Vera Andrade chama atenção para abordagens feministas que *“demanda[m] a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes (aborto, adultério e sedução, por exemplo), demanda ao mesmo tempo a criminalização de condutas até então não criminalizadas, particularmente a violência doméstica e o assédio sexual”*. Analisando essa ambiguidade, a autora afirma, por um lado, a importância do movimento criminalizador para assegurar visibilidade a certos problemas vistos até então como eminentemente privados, no que chama de *“publicização-penalização do privado”*. Por outro, afirma não haver por parte do movimento feminista a devida reflexão

CAMPOS, Ligia. A escolha do Supremo e suas consequências: o que se ganha e se perde na discussão da criminalização da LGBTIfobia. *JOTA*. 19 fev. 2019. Disponível < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/o-que-se-ganha-e-se-perde-na-discussao-da-criminalizacao-da-lgbtifobia-19022019>. Acesso em 20 fev. 2019.

³⁷² MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech. In: MATSUDA, Mari J. et al. *Words that wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boston/San Francisco/Oxford: Westview Review, 1993. p. 17-52.

crítica sobre o papel do direito e do sistema penal e de suas limitações enquanto “*um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas.*”³⁷³

Também enfrentando essa tensão, Thula Pires analisou a criminalização do racismo como política de reconhecimento³⁷⁴. Para esta autora, apesar da inegável relevância histórica da inclusão do crime de racismo na Constituição, e, sobretudo, de seu papel em conferir visibilidade para a pauta racial, a criminalização do racismo não foi capaz de alterar a realidade racial de desigualdade existente no país, inclusive pelo caráter seletivo e discriminatório do próprio sistema penal. Por isso, entende que o enfrentamento da questão racial não pode se dar exclusivamente pela via penal, sendo esta um instrumento estratégico válido para a luta por reconhecimento tão somente enquanto for “*mais um lugar de disputa*”³⁷⁵, sem criar uma ilusão de solução e sem retirar a força de pautas efetivamente transformativas.

Nesse sentido, a mera criação do tipo penal que condena, por exemplo a homofobia, embora tenha um componente simbólico e possa servir de amparo para vítimas em certos casos concretos, não é suficiente para transformar efetivamente uma sociedade homofóbica. Ao mesmo tempo, pode contribuir para reforçar a legitimidade de um poder punitivo estatal que opera historicamente de maneira seletiva em prejuízo a minorias, inclusive àquelas sexualmente estigmatizadas. A questão da criminalização do discurso de ódio também tem implicações para a liberdade, que serão melhor abordadas no capítulo 4.

2.3.2 O problema da diferença

Uma consequência extrema e óbvia que poderia se apontar no uso radical da igualdade – entendida com homogeneidade – seria uma tendência à padronização. Segundo esse entendimento, todos deveriam ser tratados exatamente da mesma

³⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. op. cit., p. 46.

³⁷⁴ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. loc cit.

³⁷⁵ Ibidem. p. 290.

forma, em desconsideração ao pluralismo social. Atualmente, contudo, a igualdade é vista por meio das lentes da diferença. Esse movimento se deu como crítica a um universalismo moderno de matriz iluminista que preconizava as ideias de um sujeito unitário, de uma narrativa histórica linear universal voltada para o progresso social e de uma verdade e moralidade transcendentais à humanidade³⁷⁶. Essa narrativa contribuiu para projetos de dominação como o colonialismo e o imperialismo na medida em que sociedades “não-ocidentais” eram vistas como “primitivas”, “tradicionais”, “não-rationais”, e, logo, inferiores³⁷⁷.

No pós segunda guerra mundial, e, sobretudo, a partir dos anos 1960 e 1970, os chamados novos movimentos sociais e estudos feministas, anti-racistas, LGBTQs e queer, pós-coloniais, pós-estruturalistas, dentre outros, buscaram revelar “as maneiras pelas quais práticas sociais e representações concebem as diferenças sociais como marcadores de inferioridade e a posição de ‘outro’ (ex: mulheres ou pessoas negras) com subordinada” e a maneira pela qual essa abordagem molda a construção do conhecimento acerca da sociedade³⁷⁸. Nesse sentido, evidenciaram como o universalismo foi responsável, historicamente, por apagar, patologizar, estereotipar e marginalizar a diversidade sociocultural³⁷⁹.

Como uma reação a essa concepção de mundo, passou-se a valorizar uma ideia positiva de diferença, inclusive como pressuposto para a uma sociedade democrática³⁸⁰. Na discussão sobre direitos, essa mudança se refletiu na emergência das ideias de multiculturalismo e de igualdade como reconhecimento, desenvolvida acima, e de diversidade e pluralismo, hoje predominantes. Nesse contexto, “a celebração da singularidade cultural de um determinado grupo, bem como a análise de sua opressão específica” constituíram a chamada “política de identidade”³⁸¹, que potencializou a percepção das desigualdades e das possibilidades de combatê-las, a

³⁷⁶ SEIDMAN, Steven. *Difference Troubles: Queering Social Theory and Sexual Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 9.

³⁷⁷ *Ibidem*. p. 3

³⁷⁸ *Ibidem*. p. 8, 14.

³⁷⁹ *Ibidem*. p. 2.

³⁸⁰ *Ibidem*. p. 2.

³⁸¹ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: DA SILVA, Tomaz Tadeu (org.) *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 12ª ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 1-72. p. 35.

partir das noções de diferença e de identidade – entendida como um conjunto de características relativamente estáveis e identificáveis que definem um tipo humano.

Note-se que a relevância de uma identidade não advém de uma suposta origem biológica ou natural, mas de sua “efetividade e relevância política”, que inclui saber quais são os significados que uma sociedade em particular a ela atribui e quais são os efeitos desses significados na vida dos indivíduos.³⁸² Da perspectiva da igualdade, a identidade será crucial para reconhecer um tratamento discriminatório em razão de marcadores sociais de desigualdade (gênero, raça, classe, orientação sexual, capacidade física e mental etc.) e para justificar medidas de reparação. Além disso, do ponto de vista dos grupos estigmatizados, a importância da construção de uma identidade comum também reside na sua capacidade de viabilizar certos processos, como a mobilização em prol de direitos.³⁸³

A ideia de identidade, contudo, traz uma série de paradoxos. Nos termos de Jeffrey Weeks,

[paradoxos] sobre o que nós temos em comum, e o que nos separa, sobre nosso sentido de *self* e nosso reconhecimento dos outros, sobre pertencimentos que conflitam em uma história que se modifica e em um mundo complexo, e sobre a possibilidade de ação social na e por meio de nossas identidades³⁸⁴.

Esses paradoxos levam a dilemas e desafios, como se demonstrará a seguir.

2.3.2.1 Imutabilidade, universalidade e exclusão

A ideia de igualdade como diferença pressupõe uma certa fixidez e uniformidade que prioriza características comuns de um grupo em oposição aos demais. Em verdade, para que qualquer diferença seja notada, é preciso que um certo aspecto do indivíduo seja considerado determinante na sua constituição e que seja observado em comparação a outro cujo mesmo elemento determinante do primeiro se diferencie. Nesse sentido, não há dúvidas de que uma mulher e um

³⁸² WEEKS, Jeffrey. op. cit., p. 34.

³⁸³ HONNETH, Axel, op. cit.

³⁸⁴ WEEKS, Jeffrey. op. cit., p. 36.

homem, enquanto seres da mesma espécie, têm muito mais semelhanças do que diferenças, da mesma forma que uma pessoa assexual³⁸⁵ e uma heterossexual. Nesse sentido essas identidades (mulher ou assexual, por exemplo) são reduções das complexidades que habitam todo ser humano, formuladas de acordo com rótulos que enfatizam determinadas características (apagando outras) e significados que lhes são socialmente atribuídos.

Essa limitação identitária é ainda mais grave na medida em que as categorias de identidade tendem a ser atribuídas de “fora para dentro”, a partir da perspectiva dos grupos hegemônicos, como uma marca social que identifica os “outros” subalternizados, em oposição ao neutro/universal. Nesse sentido, Martha Minow aponta que a “*diferença’ apenas faz sentido como uma comparação*” e que o tratamento jurídico da diferença tende a assumir o “*ponto de vista a partir do qual a a diferença é vista, atribuída ou ignorada, ao invés de reconhecer que o problema da diferença pode ser descrito e entendido a partir de múltiplos pontos de vista*”³⁸⁶. Catharine MacKinnon, por sua vez, ao tratar do sexo como um critério de diferenciação, aponta como o próprio estabelecimento da diferença sexual é político e deve ser visto com suspeita, na medida em que, em qualquer hipótese, tem por parâmetro o homem:

Sob o padrão da semelhança (*sameness*), as mulheres são medidas de acordo com nossa correspondência com o homem, nossa igualdade julgada a partir de nossa correspondência com essa medida. Sob o padrão da diferença, nós somos medidas de acordo com a nossa falta de correspondência com eles, nossa feminilidade julgada a partir de nossa distância da medida dele³⁸⁷.

Além da marca da subalternidade, a rigidez sobre a qual a ideia identidade se erige pressupõe uma universalidade de experiências que nem sempre refletirão as vivências particulares de todos indivíduos a ela associados. Nesse sentido,

³⁸⁵ Pode-se definir uma pessoa assexual como “alguém que não possui atração sexual ou um desejo intrínseco de se engajar em relações sexuais”. ASEXUAL VISIBILITY & EDUCATION NETWORK. Definitions. Disponível em: <<https://www.asexuality.org/?q=general.html#def>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁸⁶ MINOW, Martha. Justice Engendered. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 504-524. p. 505.

³⁸⁷ MACKINNON, Catharine A. Difference and dominance: on sex discrimination. In: MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1987. p. 34.

categorias identitárias, por um lado, representam inaccuradamente a complexidade da vida humana e criam oposições rígidas, em regra, a partir de uma perspectiva enviesada. Por outro, limitam as possibilidades de identificação e expressão em seu interior. Sobre a ambiguidade presente nesse processo, Michal Warner afirma:

Identidade, como o estigma, nos besunta com o mesmo pincel, mas também nos permite nos distanciar de nossas próprias manifestações de estranheza (*queerness*). Orgulho e estigma nos pertencem com uma classe, um tipo reconhecível de pessoas, independentemente de nossos atos como indivíduos.³⁸⁸

Com relação à sexualidade, as identidades correm o risco de “*simplificar a complexidade dos desejos [impondo uma] ordem à potencial multiplicidade de nossas identificações*”³⁸⁹. Ao serem utilizadas como pressupostos para o exercício da igualdade, podem excluir de sua fruição indivíduos que não se subsumam à rigidez das categorias existentes, promovendo assimilações forçadas ou exclusões às quais supostamente visa a combater.

É o caso, por exemplo, de pessoas de gênero fluído, que transitam entre os gêneros e que se vêem excluídas de políticas públicas voltadas exclusivamente para um ou outro sexo. É o caso também daqueles indivíduos que se identificam como trans, mas que não necessariamente se sentem representadas por descrições supostamente universais de sua experiência, mas que, para terem acesso a políticas públicas voltadas para a população trans, muitas vezes se vêem obrigados a reproduzirem o estereótipo dessa experiência a fim de obterem um diagnóstico que lhes dê acesso, por exemplo, à cirurgia de transgenitalização.³⁹⁰ Nesse ponto, um

³⁸⁸ WARNER, Michael. *The problem with normal: sex, politics, and the ethics of queer life*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 31.

³⁸⁹ WEEKS, Jeffrey. *op. cit.*, p. 37-38.

³⁹⁰ Nesse sentido, cf. “Moção sobre a reformulação da Portaria do Processo Transexualizador no SUS e a despatologização das transidentidades”, aprovada no âmbito do I Encontro de Homens Trans do Norte e Nordeste, em junho de 2013. Trecho da moção: “A exigência de um diagnóstico de nossas transidentidades invalida nossa capacidade de decisão sobre nosso próprio corpo, submetendo esta decisão a uma equipe de profissionais da saúde e ferindo nossa dignidade. Repudiamos e solicitamos a imediata retirada do diagnóstico. (...) Consideramos ilegítimo o estabelecimento de prazo de dois anos para que seja feito este diagnóstico junto a uma psicoterapia compulsória, tendo em vista que a realidade de nossas vidas não se reflete dentro de um período de tempo universal, e nem se resume a estereótipos estanques de gênero. Coerentes com a realidade, demandamos do Ministério da Saúde que não haja tempo pré-estabelecido, que este seja negociado entre paciente e equipe, respeitando a individualidade da pessoa trans”. apud

aspecto a ser notado é o risco de que uma política pública que se volte para um grupo identitário possa, ela própria, perpetuar estereótipos³⁹¹, como, no caso em questão, àquele relacionado à patologização da transexualidade.

Outras vezes, a ideia de rigidez que permeia a noção de identidade pode promover uma opressão intra-grupo que leva à invisibilização de demandas de parcelas minoritárias dentro daquela categoria. Historicamente, lésbicas e pessoas trans vêm denunciando sua marginalização do movimento LGBT, protagonizado por homens cis homossexuais.³⁹² No movimento de mulheres, por sua vez, mulheres negras vêm chamando atenção para as hierarquias existentes dentro do próprio movimento e para o fato de que as narrativas predominantes sobre a condição feminina obliteram as experiências específicas da mulheres negras, trespassadas pela questão racial³⁹³.

A esse respeito, Kimberlé Crenshaw, pioneiramente, chamou atenção para a necessidade de se levar a cabo uma análise interseccional das discriminações³⁹⁴. Segundo Crenshaw, do ponto de vista jurídico, tradicionalmente, os marcadores de exclusão (gênero, raça, classe etc.) são enxergados como sendo categorias mutuamente exclusivas de experiência e análise. Nessa chave, a vivência multi-oprimida de indivíduos é apagada por análises que têm como foco um ou outro marcador. É o caso das mulheres negras que, sob uma análise de gênero, tendem a ter sua experiência suplantada pela de mulheres brancas e, em uma análise de raça, pela dos homens negros, quando, na realidade, sua experiência interseccional é maior que a soma das partes e envolve elementos qualitativamente diferentes.

RODRIGUES, Sílvia Aguião. *Fazer-se no "Estado": uma etnografia sobre o processo de constituição dos "LGBT" como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014. p. 171.

³⁹¹ MINOW, Martha. op. cit., p. 507.

³⁹² Cf., por exemplo, ALMEIDA, Guilherme Silva de. Impasses contemporâneos do protagonismo lésbico: para além da inversão da sigla. In: POCAHY, Fernando (org.). *Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer*. Porto Alegre: NUANCES, 2010. p. 85-102.

³⁹³ CARNEIRO, Sueli. Ennegrecer al feminismo. *Lola Press - Revista Feminista Internacional*, Montevideo, Uruguay, v. 16, 2001.

³⁹⁴ CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, issue 1, article 8, p. 139-167, 1989.

Assim, se por um lado a ideia de identidade e seu caráter de fixidez e uniformidade pode acarretar na cristalização de identidades, por outro, conduz à desconsideração da “realidade da experiência” de pessoas que não se subsumam às categorias identitárias ou às características que lhes são atribuídas, excluindo-as, marginalizando-as ou forçando a sua assimilação por um estereótipo de grupo.³⁹⁵ Muitas vezes a busca pela identidade levará a um essencialismo – “*uma crença na essência verdadeira que é mais irreduzível, imodificável e, portanto, constitutiva de uma determinada pessoa ou coisa*”³⁹⁶ – que desconsidera as complexidades e transitoriedades de identificação existentes em um grupo de indivíduos, gerando impactos tanto no interior do grupo quanto em sua relação com a sociedade e o poder público.³⁹⁷

Conectada a esse problema está a dificuldade de lidar, a partir da ótica da igualdade, com discriminações que ocorrem em reação a atos e não a identidades. Isso porque o direito positivo distingue, a todo tempo, com base em atos. Ao tratar de maneira diferenciada aqueles que cometeram homicídio daqueles que não cometeram, por exemplo, estabelece uma sanção penal para o primeiro grupo e não para o segundo. Entretanto, enquanto a conduta descrita é geral e abstrata, dissociada de qualquer grupo social específico, outros atos estarão mais ou menos associados a determinados estratos sociais, ainda que estes não sejam nominalmente identificados.

Um exemplo óbvio disso seria o caso acima narrado da vedação de doação de sangue por “homens que mantêm relações sexuais com outros homens”. Se por um lado a expressão é ampla e abrange homens que não se identificam como homossexuais ou bissexuais – e, portanto, não carregam o estigma relacionado a essas categorias –, é certo que está estreitamente conectada a essas categorias, inclusive, definindo-as. Isso porque entende-se que ter (potencialmente ou de fato) relações homoeróticas é um elemento crucial e definidor das categorias

³⁹⁵ COLLINS, Patricia Hill. Em direção a uma nova visão: raça, classe e gênero como categorias de análise e conexão. In: MORENO, Renata (org.). *Reflexões e Práticas de Transformação Feminista*. São Paulo: SOF, 2015. p. 13-42. p. 26.

³⁹⁶ FUSS, Diana. *Essentially Speaking: Feminism, nature and difference*. Routledge: London, 1990. p. 2.

³⁹⁷ TOSOLD, Léa. Do problema do essencialismo a outra maneira de se fazer política. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras*. 1ª ed. Vinhedo: Ed. Horizonte, 2012. p. 189-210. p. 189.

“homossexual” ou “bissexual”. Além disso, no caso em questão, a menção à conduta se presta a fundamentar um tratamento discriminatório com base em um estereótipo associado às referidas categorias identitárias (aquele relativo à promiscuidade).

Nessa hipótese, portanto, fica evidente a violação da igualdade, como reconhecido pela maioria dos votos exarados até o presente momento na ação em que se discute a questão. Entretanto, há condutas que não são vistas como sendo intrínsecas ou essenciais a uma determinada categoria identitária. Ao revés, são consideradas supérfluas e, portanto, modificáveis, o que poderia ensejar a exigência de que fossem abandonadas ou ocultadas. É o caso, por exemplo, de companhia que estabelece “padrão profissional” de apresentação para funcionárias, vedando tranças afro, e argumenta que não exerce discriminação racial porque o penteado é um atributo passível de ser modificado³⁹⁸.

Com relação à esfera da sexualidade, Kenji Yoshino chama atenção para o fato de que além da conversão (*conversion*, converter-se ao padrão) e da invisibilização (*passing*, passar como se fosse do padrão omitindo informações que denunciem os desvios), indivíduos de orientação sexual não conforme têm sido submetidos à discriminação em razão da obrigação de se “cobrirem” (*covering*). Isto é, da exigência de que “disfarçassem”, em seu comportamento individual, atitudes como gestos, maneirismos ou intonações que não se adequassem ao padrão convencional. Nesse caso, não se trata de impor a um homem *gay* que omita um relacionamento com outro homem, mas de impedir que ele “professe” seu desvio, exigindo, por exemplo, que não haja de maneira afeminada e que se comporte “como um homem”.³⁹⁹ Segundo Yoshino, essa imposição não afeta apenas LGBTs, mas pode recair sobre qualquer indivíduo que não aja em conformidade aos padrões de gênero socialmente predominantes⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Esse foi um dos argumentos utilizados por companhia aérea no caso *Rogers v. American Airlines*, de 1º de dezembro de 1981, decidido pela Suprema Corte estadunidense em desfavor da Reclamante, uma funcionária negra. Para uma crítica da solução da corte, uma defesa do uso do cabelo com instrumento de autoexpressão racial, cf. CALDWELL, Paulette. *A hair piece: perspectives on the intersection of race and gender*. *Duke Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 365-396, Apr. 1991.

³⁹⁹ Essa sistematização é feita em YOSHINO, Kenji. *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*. op. cit.

⁴⁰⁰ O autor cita como exemplo o caso *Price Waterhouse v. Hopkins*, de 30 de abril de 1989, em que a Suprema Corte estadunidense condenou por discriminação empresa que não garantiu promoção de funcionária em função de suas características de gênero atípicas que não se conformavam a

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre tema correlato quando discutiu previsão em edital de concurso público que vedava candidatos que possuíssem tatuagem, considerando-a inconstitucional, “*salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais*”, como as que incitem a prática de violência e as que sejam segundo certos parâmetros⁴⁰¹. Na ocasião, o STF, nos termos da ementa, considerou que a interdição era arbitrária e desproporcional por (i) se basear meramente em “motivos estéticos” e (ii) por recorrer a estereótipos.⁴⁰² Por fim, recorreu à ideia de liberdade para afirmar que a tatuagem consiste na “*exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão*” e reflexo do livre desenvolvimento da personalidade.

À semelhança das situações de *covering* discutidas, a referida ação aborda uma discriminação decorrente de uma característica voluntária do indivíduo. Diferentemente, porém, o caso em questão não envolvia uma conduta socialmente estigmatizada. Pelo contrário, o próprio STF ressaltou que atualmente a tatuagem é uma prática difusa, não mais sendo “*identificada como marca de marginalidade*”. A resposta teria sido diferente se, por exemplo, tatuagens fossem marcas que identificassem LGBTIs ou prostitutas? Além disso, não discutiu se seria relevante para o deslinde da questão o fato de a tatuagem, embora proveniente de uma escolha, ser um atributo estético pré-existente e imodificável. Condutas atuais que em tese poderiam ser reputadas como modificáveis, como gestos, estariam sob a proteção dessa decisão?

A primeira pergunta poderia ser respondida a partir da ideia de igualdade como reconhecimento e da necessidade de se afastar esterótipos pejorativos em prol da verificação individual de habilidade para o desempenho da função em questão. A segunda pergunta, contudo, requer que se discuta a importância da liberdade para o exercício das dimensões performativas da sexualidade (que vão

um estereótipo tradicional de gênero. A esse respeito, cf. BROWER, Todd. *Sexuality, Gender and social cognition*. In: JONES, Jackie et. al. (eds.). op. cit., p. 98.

⁴⁰¹ STF. RE nº 898.450. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/08/2016, DJe 31/05/2017.

⁴⁰² EMENTA: (...) “13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público”. *Ibidem*.

além de características tidas como essenciais e definidoras de uma identidade sexual).

A partir da análise da ideia de identidade e de sua recepção jurídica, notam-se alguns limites ligados à sua rigidez, estabilidade e universalidade. Essas características fazem com que não sejam capazes de lidar com as complexidades, com a mutabilidade e com os aspectos performativos das identidades que vêm sendo entendidas, cada vez mais, como identificações nunca completadas, “*sempre ‘em processo’*”⁴⁰³. Nesse sentido, uma abordagem integrada com a liberdade pode se revelar extremamente útil no sentido do que foi sugerido pelo próprio STF na sua decisão ao empregar as ideias de liberdade de expressão e autodeterminação individual. Esse ponto será melhor discutido no próximo capítulo.

2.3.2.2 Particularismo, assimilacionismo e conservadorismo

Além do impacto nos indivíduos, sob o ponto de vista da interação entre grupos socialmente marginalizados e estigmatizados, uma ênfase exclusiva na igualdade pode promover um “modelo monádico” baseado na irredutibilidade das diferenças⁴⁰⁴ e na valorização dos particularismos, impedindo uma articulação mais ampla entre discriminações ou condições de subalternidade. Nesse sentido, o foco “[n]o caráter essencial dos grupos, mais do que como esses grupos são tratados”⁴⁰⁵ pode criar uma competição *entre grupos*, que buscam ser vistos pela sociedade e pelas instituições como grupos que merecem acesso a políticas de inclusão. Isso

⁴⁰³ HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: DA SILVA, Tomaz Tadeu (org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 12ª ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 103-133. p. 106. Segundo o autor, “Ela não é nunca completamente determinada – no sentido que se pode, sempre ‘ganhá-la’ ou ‘perdê-la’; no sentido de que ela pode ser, sempre, sustentada ou abandonada. Embora tenha suas condições determinadas de existência, o que inclui os recursos materiais e simbólicos exigidos para sustentá-la, a identificação é, ao fim e ao cabo, alojada na contingência. (...) A identificação é, pois um processo de articulação, uma suturação, uma sobredeterminação, e não uma subsunção”. *Ibidem*. p. 106.

⁴⁰⁴ PERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da Diferença*. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 24.

⁴⁰⁵ HARRIS, Angela. Beyond Equality: Power and the Possibility of Freedom in the Republic of Choice. *Cornell Law Review*, v. 85, issue 5, article 1, p. 1181-1193, July 2000. p. 1185-1186.

pode gerar disputas em torno de “*que diferenças são naturais ou imutáveis ou biológicas*”⁴⁰⁶, reificando identidades. Além disso, tal fato pode levar a uma conduta atomística que ignora efeitos sistêmicos de certos pleitos, levando à exclusão e à violação de direitos de outros grupos.

A esse respeito, Alice Miller e Mindy Roseman apontam que, na arena internacional, “*ONGs têm argumentado que mulheres falsamente acusadas de sexo fora do casamento não deveriam ser processadas pelos Estados ou ter que enfrentar os chamados ‘assassinatos de honra’*”, implicitamente assumindo que mulheres que de fato se engajaram em relações sexuais extraconjugais poderiam ser perseguidas dessa forma. No mesmo sentido, as autoras sinalizam que homossexuais e ativistas de direitos humanos nos Estados Unidos, antes de *Lawrence v. Texas*⁴⁰⁷, buscaram ganhar validação para a descriminalização do “mero” comportamento sexual homossexual invocando a aceitabilidade da criminalização do sexo por dinheiro ou do sadomasoquismo.⁴⁰⁸

Dessa forma, a competição entre identidades estanques pode levar a uma necessidade de diferenciação calcada na subordinação de outros grupos. Assim, a fragmentação social decorrente do pluralismo de grupos de interesse impediria uma abordagem mais universalista e articulada das desigualdades sociais⁴⁰⁹. Além disso, uma atitude voltada meramente para a inclusão de um grupo específico no regime jurídico e político geral ofuscaria a necessidade de uma transformação sistêmica das estruturas de poder.

A esse respeito, há quem chame atenção para aspectos potencialmente conservadores de políticas de inclusão voltadas para sexualidades e identidades de gênero não conformes. No caso do casamento gay, por exemplo, argumenta-se que contribuiria para a solidificação de uma hierarquia social baseada em uma “legitimidade seletiva”, que puniria com o estigma e privação a direitos econômicos e jurídicos – como de acesso à saúde, tributação e imigração – aqueles que não

⁴⁰⁶ Ibidem. p. 1181-1186.

⁴⁰⁷ *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v Texas*. 539 U.S. 558, caso em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da criminalização da sodomia nos Estados Unidos.

⁴⁰⁸ MILLER, Alice M.; ROSEMAN, Mindy. Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law. *Harvard Journal of Law and Gender*, v. 34, p. 313-375, summer 2011. p. 334.

⁴⁰⁹ TOSOLD, Léa. op. cit., p. 194.

pudessem ou não quisessem casar.⁴¹⁰ Além disso, reforçaria uma visão de que o casamento seria uma maneira de sanear uma cultura gay promíscua e carente de virtudes. Finalmente, reforçaria a ideia de que a legitimidade dos arranjos íntimos sociais está condicionada à certificação estatal.

Nesse caso, o fato de o objetivo final da medida ser a completa inclusão dos homossexuais no sistema existente (e não a alteração de hierarquias sociais que produz desigualdades) pode levar à consolidação de estruturas de poder e à exclusão de grupos e comportamentos disruptivos e que não se conformem a essas estruturas, como, por exemplo, como polígamos. Nesse sentido assimilacionista⁴¹¹, a igualdade pode ser autoritária. Essa dimensão da igualdade, no debate brasileiro, é evidenciada em muitos argumentos relacionados ao direito de família, que exigem um certo padrão normalizador amparado em conceitos como de “comportamento adequado” e “aprovação social”.⁴¹²

Trata-se da chamada “armadilha da tolerância”, em que, ao invés de buscar-se a modificação de certos padrões vigentes, contentar-se-ia com um tratamento que exigiria adaptações forçadas por parte dos *outsiders*.⁴¹³ Para que se realizasse sua aceitação pela sociedade, seria necessário aderir a certo padrão que inclui normas comportamentais de respeitabilidade relacionadas inclusive ao condicionamento do corpo: maneiras de falar, agir, se mover⁴¹⁴, e de conjugalidade, como, por exemplo, a família monogâmica⁴¹⁵.

⁴¹⁰ WARNER, Michael. op. cit., p. 721-755.

⁴¹¹ Para uma crítica da segregação racial das escolas nos Estados Unidos entendida como uma política assimilacionista cf. PELLER, Gary. *Race consciousness*. *Duke Law Journal*, v. 39, n. 4, p. 758-847, 1990.

⁴¹² RIOS, Roger Raupp. Direitos Humanos, direitos sexuais e homossexualidade. In: POCAHY, Fernando (org). *Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer*. Porto Alegre: NUANCES, 2010. p. 41-42.

⁴¹³ WALTERS, Suzanna Danuta. *The tolerance trap: how god, genes, and the good intentions are sabotaging gay equality*. New York: New York University Press, 2014.

⁴¹⁴ YOUNG, Iris Mary. op. cit., p. 138.

⁴¹⁵ Yoshino chama atenção para a assimilação seletiva de aspectos da cultura ou de aspectos da cultura gay pela cultura padrão não podem ser considerados aceitação da primeira pela segunda: “a assimilação seletiva da cultura gay – moda gay, sim; afeto gay, não – mostra que a aceitação é guiada pelos desejos do consumidor cultural heterossexual, e não pela dignidade das pessoas homossexuais. É natural que os consumidores sejam seletivos no que se refere à apropriação de culturas pertencentes a minorias – eles escolhem as partes que lhes representam algum significado e que lhes dão prazer e auto-determinação. Mas, neste ponto, os consumidores não são diferentes dos membros daquelas culturas minoritárias. Um verdadeiro pluralismo seria receptivo em relação às características valorizadas por aqueles que as suportam,

Assim, a ideia de igualdade, sobretudo por se amparar na noção de identidade, corre o risco de promover particularismos e fragmentação social, além de medidas buscando a inclusão que tenham como efeito colateral o reforço de estruturas de poder e desigualdade. Como se verá no próximo capítulo, a ideia de liberdade tem o potencial universalista de articular diferentes demandas contribuindo para uma transformação social mais profunda.

2.4 Considerações finais

A ideia de igualdade tem um enorme potencial para lidar com inúmeros desdobramentos dos direitos sexuais, desde as mais ostensivas violações, visíveis em regimes jurídicos que excluem ou superincluem grupos de sexualidade marcada, até manifestações mais sutis de discriminação, como as que buscam a conversão, a invisibilidade, a patologização e a privatização de demandas sexuais e de identidade de gênero não conformes. Além disso, sua dimensão distributiva traz a exigência da garantia de condições materiais para o exercício da sexualidade plena que se projetam em direitos sociais como saúde e educação.

A igualdade, entretanto, apresenta alguns limites relacionados à inclusão formal pela via da criminalização e à política de identidades, que levam a exclusões e particularismos e a medidas que podem ser consideradas, sob o ponto de vista sistêmico, como assimilacionistas e conservadoras. Nesse ponto, a ideia de liberdade, como será explorada no próximo capítulo, poderá oferecer instrumentos para complexificar a análise dos direitos sexuais, levando em conta a transitoriedade e a complexidade das identidades e significados sociais e a necessidade de promover medidas universais de caráter transformador.

independentemente de seu apelo ao público padrão (“*mainstream appeal*”). YOSHINO, Kenji. op. cit., p. 85.

3 LIBERDADE E DIREITOS SEXUAIS

Em contraste e complementação ao capítulo anterior, o presente capítulo pretende chamar atenção para a importância da ideia de liberdade para os direitos sexuais. Para isso, em primeiro lugar, pretenderá abordar as dimensões tradicionais da liberdade, apontando para suas contribuições para o debate acerca das repercussões jurídicas da sexualidade. Em seguida, será abordado, à luz da Constituição de 1988, o tratamento da liberdade e, mais especificamente, sua aplicação no tema da sexualidade. Serão analisados alguns casos concretos apresentados perante o STF que iluminam a sistemática de sua aplicação, suas potencialidades e limites. Por fim, serão apontados os desafios que o emprego da liberdade apresenta para a proteção e promoção dos direitos sexuais.

3.1 Dimensões da liberdade na Constituição de 1988

3.1.1 Liberdade e suas dimensões

David Miller aponta que existem três grandes tradições de ideias sobre o significado da liberdade e como podem ser atingidas⁴¹⁶. A primeira seria a tradição *republicana*, que entende a liberdade de maneira política. De acordo com essa linhagem de pensamento, ser uma pessoa livre é ser “*um cidadão de um comunidade política livre*”⁴¹⁷. De um lado, tal noção relaciona-se com uma ideia de engajamento cívico e participação, de outro, rejeita o despotismo e a tirania. Na conhecida classificação de Benjamin Constant, seria a liberdade dos antigos, por

⁴¹⁶ MILLER, David. Introduction. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 1-20.

⁴¹⁷ *Ibidem*. p. 2.

meio da qual a soberania era exercida coletiva e diretamente⁴¹⁸. Trata-se de uma dimensão da liberdade que se volta para as questões públicas e, embora tenha raízes na antiguidade, há autores que sustentam sua importância na contemporaneidade.

Hannah Arendt, por exemplo, chama atenção para o fato de que a liberdade praticada no encontro com o outro precede a liberdade interior ou negativa, de caráter liberal, na medida em que “*percebemos a liberdade ou seu oposto primeiro em nosso intercuro com o outro, não no intercuro com nós mesmos*”⁴¹⁹. Entretanto, salienta que nem todo intercuro ou comunidade tem como característica a liberdade. Para isso é preciso um “*âmbito público politicamente garantido*”⁴²⁰, onde possa haver iniciativa e espontaneidade para que o indivíduo possa agir em liberdade, isto é, para que possa atuar politicamente pautado pela virtuosidade de forma a promover o inesperado. Nesse sentido, a liberdade se opõe ao automatismo presente tanto no totalitarismo quanto na sociedade de massa que fecha as portas para o imprevisto, o qual, por sua vez, é sempre possível na arena política. A ênfase atribuída por Arendt à liberdade como sendo exercida politicamente aponta para a conexão entre esse conceito e a ideia de igualdade como participação, que pressupõe uma abertura do sistema político para todos.

Neorepublicanistas também reivindicam a tradição da autodeterminação coletiva como um desdobramento da liberdade. Phillip Pettit, por exemplo, chama atenção para a ideia de liberdade como não-dominação que visa a repelir a interferência externa arbitrária⁴²¹. O foco na não arbitrariedade autoriza que haja intervenções desde que não sejam baseadas na mera vontade de quem as pratica, em desconsideração aos interesses e às ideias dos que sofrem seus efeitos. Nesse sentido, o direito passa a ser visto não como uma violação da liberdade *a priori*, mas como potencial garantidor dela, na medida em que impede a dominação de um

⁴¹⁸ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Laura Silveira. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019. Para uma crítica da descrição de Constant como uma caricatura da tradição republicana, cf. PETTIT, Philip. The republican ideal of freedom. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 223-242.

⁴¹⁹ ARENDT, Hannah. Freedom and politics. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 60.

⁴²⁰ Ibidem. p. 60.

⁴²¹ PETTIT, Philip. loc. cit.

indivíduo por outros. Assim, a interferência que o direito promove não pode ser considerada arbitrária se “sua produção, interpretação e implementação (...) [for] obrigada a levar em conta os interesses e ideias daqueles que são afetados [pela coerção jurídica]”⁴²². Nesse ponto, essa visão da liberdade também se aproxima da ideia de igualdade, na medida em que a ausência de certa equanimidade na distribuição de bens simbólicos e materiais poderia levar à dominação de uns sobre outros. A esse respeito, Pettit explicitamente reconhece a compatibilidade da liberdade com medidas estatais redistributivas de bem-estar social.

Além disso, o neorrepublicanismo chama atenção para o fato de que a mera ameaça de arbitrariedade será suficiente para violar a liberdade. Ainda que aqueles em situação de maior vantagem não pratiquem a arbitrariedade, existirá a dominação sempre que haja a possibilidade de que uns exerçam controle sobre outros (seja o marido sobre sua esposa, o empregador sobre seu empregado, ou uma maioria sobre uma minoria)⁴²³. Dessa forma, a ideia de liberdade rejeita a hipótese de que uma pessoa viva dependendo da boa-vontade do outro, mesmo que esse outro, por benevolência, se abstenha de praticar qualquer arbitrariedade. Como consequência, a evidência da violação da liberdade dispensa prova estatística que a comprove, sendo suficiente para tal a mera capacidade de que alguém venha a praticar uma intervenção arbitrária sobre terceiros⁴²⁴.

Ainda sobre a ideia de liberdade como não dominação, Quentin Skinner chama atenção para o fato de que viver em um contexto de tirania tem impactos psíquicos individuais. Interessante notar, portanto, que, ao falar de liberdade no sentido político, o autor chama atenção para aspectos que poderiam ser lidos sob a ótica da igualdade material:

Se você está sujeito a um poder que não presta contas (*unaccountable*) você perceberá, em primeiro lugar que há uma série de coisas que você não é livre para dizer ou fazer. Acima de tudo, você deve se assegurar que você deve evitar dizer ou fazer qualquer coisa que possa ser construída por aqueles que tem poder de mando como um ato de desafio, emulação ou reprovação. Do mesmo modo, você vai perceber que você não tem liberdade para deixar de dizer ou fazer certas coisas. Quando chamado a aconselhar seus governantes ou a comentar sobre seu comportamento,

⁴²² Ibidem. p. 227.

⁴²³ Ibidem. passim.

⁴²⁴ SKINNER, Quentin. A third concept of liberty. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 243-254. p. 250.

você se sentirá constrangido a endossar quaisquer políticas que eles já queiram implementar. Ainda mais sério é o dano psicológico de longo prazo infligidos por esse tipo de autocensura. Como Tácito enfatiza amargamente, a servidão inevitavelmente leva ao servilismo⁴²⁵.

Uma segunda corrente teórica que trata do conteúdo da liberdade é *liberal*, cuja origem é tradicionalmente atribuída ao renascimento e às obras dos contratualistas⁴²⁶. Diferentemente da matriz republicana – que pugna uma liberdade exercida coletivamente –, a visão liberal prega uma “independência privada”⁴²⁷ calcada na noção de não interferência de terceiros, a qual, por sua vez, pode variar desde a coerção até a escravidão⁴²⁸. Na referida tipologia de Benjamin Constant, seria a liberdade dos modernos, a única que poderia ser desfrutada na contemporaneidade, porque “*direitos políticos somente nos proporcionam pequena parte das satisfações que os antigos neles encontravam e, ao mesmo tempo, os progressos da civilização, a tendência comercial da época, a comunicação entre os povos multiplicaram e variaram ao infinito as formas de felicidade particular*”⁴²⁹.

Em seu conhecido ensaio em que defende a prevalência dessa dimensão da liberdade, Isaiah Berlin afirma que, embora haja divergências acerca de onde traçar a linha entre “*a área da vida privada e a da autoridade pública*”, há um consenso entre os liberais de que “*deve existir uma certa área mínima de liberdade pessoal que não deve ser violada em nenhuma hipótese*”⁴³⁰, uma “*porção da existência humana [que] deve permanecer independente da esfera de controle social*”⁴³¹. Berlin esclarece que, segundo essa visão, a liberdade não é afetada pela mera inabilidade

⁴²⁵ Ibidem. p. 253.

⁴²⁶ Nesse sentido, cf. MILLER, David. op. cit. Hannah Arendt afirma de maneira crítica que a liberdade no sentido liberal tem origem na ideia de livre-arbítrio cristã e em uma filosofia anti-política. ARENDT, Hannah. op. cit. passim.

⁴²⁷ CONSTANT, Benjamin. op. cit., p. 14.

⁴²⁸ BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 391-417.

⁴²⁹ Isso porque, afirma o autor “A participação que, na antiguidade, cada um tinha na soberania nacional não era, como em nossos dias, uma suposição abstrata. A vontade de cada um tinha uma influência real; o exercício dessa vontade era um prazer forte e repetido. Em conseqüência, os antigos estavam dispostos a fazer muitos sacrifícios pela conservação de seus direitos políticos e de sua parte na administração do Estado. Cada um, sentindo com orgulho o que valia seu voto, experimentava uma enorme compensação na consciência de sua importância social”. CONSTANT, Benjamin. op. cit., p. 6-7.

⁴³⁰ BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 394.

⁴³¹ Ibidem. p. 395.

do próprio indivíduo de agir, mas tão somente por um impedimento que advenha de uma conduta deliberada de outro ser humano. Porém, admite ele próprio que, a depender da teoria econômica e social que se adote, empecilhos como a pobreza podem ser ou não considerados como resultado de arranjos em que uns indivíduos, e não outros, são impedidos de ter dinheiro o suficiente para praticar determinado ato.⁴³² Essa dimensão da liberdade também é chamada liberdade negativa, liberdade como ausência de impedimento ou de constringimento.⁴³³

Uma terceira e última visão da liberdade seria a chamada versão *idealista*, que adota uma concepção positiva da liberdade voltada para a autorrealização e para o controle que o indivíduo exerce sobre sua própria vida. Segundo Charles Taylor, “*uma pessoa só é livre na medida em que efetivamente se autodetermina e determina a forma de sua vida*”⁴³⁴. Nesse sentido, defende que para que exista liberdade não é suficiente haver a oportunidade de exercê-la. Ao revés, é necessário que seja efetivamente exercitada, por meio da superação inclusive de obstáculos internos, como “*padrões internalizados de maneira inautêntica ou falsa consciência*”.⁴³⁵

A ideia de autocontrole e autodirecionamento via exercício da autonomia consiste em ser capaz de racionalmente eleger, perseguir e justificar seus próprios objetivos, ideias e propósitos, sendo por eles considerado responsável.⁴³⁶ Nessa toada, relaciona-se com a ideia de livre desenvolvimento da personalidade, entendida como a necessidade de cada pessoa de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se das demais nas relações sociais.⁴³⁷ Em certa medida, conecta-se

⁴³² David Miller, por sua vez, aponta que “*pobreza ou doença serão vistas como restrições à liberdade por aqueles que delas sofrem se acreditarmos que alguma outra pessoa – digamos, o governo – tem uma obrigação de remover esses males*”, aduzindo que a diferença entre capitalistas e socialistas se dá na divergência sobre os limites da obrigação social. MILLER, David. op. cit., p. 17. Sobre o assunto cf. MILLER, David. *Constraints on freedom*. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 183-199.

⁴³³ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Tradução de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ed. Paídos, I.C.E./U.A.B. 1993. p. 98.

⁴³⁴ TAYLOR, Charles. What’s wrong with negative liberty? In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 418-428. p. 419.

⁴³⁵ *Ibidem*. p. 421.

⁴³⁶ BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 397.

⁴³⁷ “*O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por*

também com a própria noção de igualdade como reconhecimento, que visa a combater inclusive estigmas internalizados.

Essa visão é por vezes criticada porque, supostamente, poderia justificar medidas autoritárias e totalitárias. Isso porque o objetivo de desenvolver a melhor versão de si mesmo poderia impor restrições a desejos imediatos em prol de uma “vontade verdadeira” de matriz kantiana, podendo descambar para a ideia de ser liberado por uma entidade que “conhece meus desejos melhor do que eu mesma”, um verdadeiro eu “*inflado em uma entidade supra-pessoal – o estado, a classe, a nação, própria marcha de história, vista como um sujeito de atributos mais ‘real’ que o self empírico*”.⁴³⁸

Entretanto, uma versão dessa liberdade que se oponha ao paternalismo⁴³⁹ e ao perfeccionismo moral⁴⁴⁰ não admitiria que uma vontade externa substituísse a do agente sob o pretexto de que este não teria condições de decidir por si, ou que “seria para seu próprio bem”. Pelo contrário, uma versão positiva da liberdade deve ser lida justamente de forma a evitar que ideias externas sejam impostas ao indivíduo, sem desconsiderar que seres humanos vivem em sociedade e que não há ideias que surjam a partir do indivíduo espontânea e isoladamente. Com efeito, poderia se dizer que adotar essa versão da liberdade positiva implicaria aproximá-la de um certo ideário liberal, ao qual se associam o antiperfeccionismo e antipaternalismo, e que é tradicionalmente conectado à ideia de liberdade negativa. Em verdade, é a própria oposição rígida desses conceitos que deve ser questionada⁴⁴¹.

quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.” CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Campinas: Romana, 2004. p. 195.

⁴³⁸ BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 398.

⁴³⁹ “O paternalismo jurídico é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida”. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, p. 235-274, 2010. p. 260

⁴⁴⁰ “(...) o perfeccionismo: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados)”. *Ibidem*, p. 260.

⁴⁴¹ Mesmo Berlin já assinalava pontos de contato entre ambas no sentido de que abarcariam a ideia “de afastar algo ou alguém – outros que atravessam o meu campo ou afirmam suas autoridades

Os dois elementos tradicionalmente apontados para justificar essa clivagem são “(a) as (*‘verdadeiras’*) *identidades dos agentes cuja liberdade está em jogo; (b) o que conta como um ‘obstáculo’ ou ‘barreira’ para ‘restrição’ ou ‘interferência’ sobre a liberdade de tais agentes*”⁴⁴². Com relação à identidade do agente (empírico vs. idealizado), é possível pensar não em um sujeito estático e imodificável, mas em transição, que se autorrealiza por meio do exercício da liberdade (que é também seu pressuposto); um sujeito concreto cuja liberdade permite o desenvolvimento de uma versão melhor de si mesmo, em diálogo e, eventualmente, oposição com o ambiente que o circunda.

Com relação à barreira (presença de um fator limitador vs. a ausência de viabilizador), a fluidez das fronteiras é expressada pela forma como a pergunta pode ser formulada perante situações concretas, como a de uma pessoa acorrentada: “*El[a] não é livre por conta da presença das correntes ou ele não é livre por causa da falta das chaves?*”⁴⁴³. A esse respeito, autores chamam atenção para o fato de que o argumento pró-abstenção em que se baseou o liberalismo, na verdade, oculta intervenções para promover liberdades em detrimento de outras. Nesse sentido, Cohen pergunta por que libertarianos e liberais

vêm a falta de liberdade na interferência estatal no uso da propriedade de alguém por uma [outra] pessoa, mas falham em notar a falta de liberdade na intervenção permanente contra o uso da propriedade por todas as pessoas acarretado pelo fato de que aquela é a propriedade privada de alguém?⁴⁴⁴

Buscando conciliar esses dois aspectos, autores filiados ao liberalismo igualitário chamam atenção para a necessidade de assegurar uma liberdade de

sobre mim, ou obsessões, medos, neuroses, forças irracionais – invasores e déspotas de um tipo ou de outro”. BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 409. Razões para manter a divisão, ainda que criticamente, são apontadas por HIRSCHMANN: (i) a tipologia tem dominado os debates teóricos sobre liberdade e mesmo os que dela discordam não parecem conseguir dela escapar; (ii) a tipologia tem um caráter político geralmente desconsiderado e associa as liberdades a diferentes concepções de pessoa (individualista vs. comunitário); e (iii) a tipologia informa o entendimento popular do que é liberdade. HIRSCHMANN, Nancy J. *Toward a Feminist Theory of Freedom. Political Theory*, v. 24, n. 1, p. 46-67, Feb. 1996. p. 50.

⁴⁴² MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 100-122. p. 110. Para outros elementos distintivos veja-se BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 102-117.

⁴⁴³ Ibidem. p. 108.

⁴⁴⁴ COHEN, G. A. Capitalism, freedom, and the proletariat. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 163-182.

oportunidades equitativa.⁴⁴⁵ Para isso, é necessário assegurar não apenas que as escolhas sejam livres de obstrução, mas igualmente garantir a existência dos pressupostos sociais e econômicos para que possam ser exercidas autonomamente⁴⁴⁶. Um desses elementos é o mínimo existencial, entendido como “o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”.⁴⁴⁷

Finalmente, com relação à oposição a elementos de limitação da liberdade internos e externos, é importante considerar que o direito (e a própria formulação da igualdade, como visto) vem reconhecendo que obstáculos internos para o exercício da liberdade (como medos, por exemplo) muitas vezes têm origem em ações externas relacionadas a desigualdades estruturais, como ameaças de retaliação e estereótipos internalizados pelos indivíduos. Nancy Hirschmann, tratando da questão da mulher, salienta:

Ao sugerir que os desejos e preferências que as mulheres têm e as escolhas que fazem são determinadas em grande parte por um contexto no qual a subjugação da mulher é central, essa visão sugere que podemos adaptar o modelo de liberdade negativa a propósitos feministas ao expandir a noção do que conta como uma “barreira” à liberdade. Dessa perspectiva, o contexto patriarcal existente – não apenas seus costumes e práticas desiguais em termos de gênero, mas também sua linguagem, sua estrutura

⁴⁴⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice: Revised Edition*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1999, p. 171-227.

⁴⁴⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism: Expanded Edition*. 2nd ed. New York: Columbia University Press, 2005. “A distinção entre os princípios que cobrem as liberdades básicas e aqueles que cobrem as desigualdades sociais e econômicas não é que os primeiros expressam valores políticos, enquanto os segundos não. Ambos expressam valores políticos. Em vez disso, a estrutura básica da sociedade tem dois papéis coordenados, os princípios que abrangem as liberdades básicas especificam o primeiro papel, os princípios que abrangem as desigualdades sociais e econômicas especificam o segundo. No primeiro papel, essa estrutura especifica e protege os direitos e liberdades básicos iguais dos cidadãos e institui apenas procedimentos políticos. No segundo, estabelece as instituições de fundo de justiça social e econômica apropriadas aos cidadãos como livres e iguais.” 421-422.

⁴⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. p. 41. Sobre o conteúdo do mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres, afirma que “Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável”. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. Ana Paula de Barcellos, por sua vez, propõe como conteúdo do mínimo existencial os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, todos exigíveis judicialmente. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

conceitual e epistemologia – poderia ser visto como uma barreira externa socialmente construída à liberdade da mulher. (...) ⁴⁴⁸

Nesse sentido, as ideias de liberdade, tanto negativa quanto positiva, podem ser observadas em consonância com a igualdade, ambas buscando superar barreiras que advêm de desigualdades estruturais e discriminações.

A constatação de que grupos subordinados incorporam internamente o estigma externo e que isso afeta o exercício de sua liberdade, contudo, gera um dilema que coloca em conflito liberdade e igualdade. Isso porque, ao se ressaltar o impacto das desigualdades estruturais na limitação da liberdade de escolha dos indivíduos – inclusive no próprio horizonte de escolhas possíveis e no processo cognitivo de concebê-las e persegui-las – , corre-se o risco de desconsiderar qualquer espaço de agência do sujeito em questão ⁴⁴⁹. Em outras palavras, ao dizer que tudo em uma sociedade marcada por desigualdades estruturais é uma barreira para a liberdade do indivíduo subordinado, “*as possibilidades de ação livre dentro desses parâmetros desaparecem*” ⁴⁵⁰. Isso porque o mesmo mundo que é moldado a partir dessas hierarquias e pode ser considerado, em si, uma barreira para a liberdade é “*o que faz a agência possível, o que provê a linguagem e o vocabulário conceitual que faz o desejo e a intenção serem possíveis*” ⁴⁵¹. Ao tratar todos os indivíduos como produtos idênticos de seu meio, desconsidera “*a enorme diversidade de formas de lidar e estratégias de sobrevivência desenvolvidas*” por pessoas nessas circunstâncias ⁴⁵² e, finalmente, implica negar a participação que possam vir a ter nas estruturas de poder e opressão, inclusive ao se adaptarem a essas estruturas ⁴⁵³.

⁴⁴⁸ HIRSCHMANN, Nancy J. op. cit., p. 53.

⁴⁴⁹ Agência entendida aqui como a capacidade de agir de uma pessoa, bem como o exercício dessa capacidade. Sobre esse conceito veja-se SCHLOSSER, Markus. Agency. In: ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2015. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/agency/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁴⁵⁰ A frase original da autora limita-se à questão da mulher: “Ao dizer que tudo na ordem patriarcal é uma barreira para a liberdade da mulher, as possibilidades de ação livre dentro desses parâmetros desaparecem”. Ibidem. p. 55.

⁴⁵¹ Ibidem. p. 55.

⁴⁵² Ibidem. p. 55.

⁴⁵³ Ibidem. p. 55.

Nessa toada, Hirschmann chama atenção para a existência de grupos mais (ou menos) livres do que outros nas estruturas de hierarquia e opressão que existem, o que não significa que mesmo aqueles em situação de maior desvantagem são desprovidos de qualquer liberdade (*unfree*). Assim, a agência dos sujeitos não deve ser vista de maneira abstrata e individualista, mas de forma situada e relacional.

Em sentido semelhante, Flávia Biroli aponta que existem diferentes graus de autonomia e que a agência é sempre, em qualquer circunstância, imperfeita⁴⁵⁴. Aceitar essa realidade, implica desestigmatizar a posição de grupos subalternizados como um desvio e desvinculá-la de estereótipos. Exemplificando a partir da posição da mulher nas relações de gênero, afirma:

Na análise da posição da mulher nas relações de gênero, a compreensão da agência imperfeita como expressão regular, e não como desvio, permite desvinculá-la de estereótipos de gênero – sejam eles estereótipos “do mal” (a mulher é incapaz de agir autonomamente porque falta a ela o desenvolvimento moral necessário) ou “do bem” (a mulher não corresponde às expectativas em relação à agência autônoma porque tem uma preocupação maior com os que a cercam, com aqueles com quem tem laços afetivos, do que consigo mesma), isto é, afinados ou não com a valorização de uma perspectiva supostamente feminina. (...) ⁴⁵⁵.

Porém, ao reconhecer que a agência é sempre imperfeita, é necessário igualmente perceber que é, na verdade, “diferencialmente imperfeita”, isto é, ainda que a agência seja imperfeita para todos, o grau de limitação da liberdade de cada indivíduo varia de acordo com a sua posição social. Duas são as razões para tanto. A primeira consiste no fato de que “os indivíduos não são efetivamente iguais” em razão do impacto da “*dominação, exploração e opressão (...) na definição do horizonte de possibilidades e das ambições, assim como das escolhas efetivamente disponíveis para os indivíduo*”. A segunda deriva da circunstância de os indivíduos “*não s[erem] definidos como agentes igualmente competentes*” em razão de

⁴⁵⁴ BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 9. p. 7-38, set./dez. 2012. p. 27.

⁴⁵⁵ “A agência é sempre imperfeita em relação ao ideal normativo da autodireção e autodeterminação pelos indivíduos de suas preferências. Essa imperfeição é o modo mesmo de expressão da agência individual, consideradas a socialização, o caráter social e intersubjetivo dos valores que são mais caros aos indivíduos e as relações de poder que atravessam, ainda que diversamente, os contextos em que as preferências individuais se definem e a agência toma forma”. *Ibidem*. p. 27.

“preconceitos, estereótipos, tradições culturais e religiosas”, o que impacta em um autoreconhecimento imperfeito da própria pessoa de, por um lado, perceber a si mesma como pessoa livre “ou, por outro lado, do entendimento de que são livres mesmo quando tomam parte em relações injustas e opressivas”.⁴⁵⁶

À luz desse conflito entre autonomia e restrições socialmente impostas e incorporadas, a autora destaca a necessidade de que sejam desenvolvidos parâmetros para “distinguir entre preferências, práticas e formas de vida mais e menos autônomas”.⁴⁵⁷ Assim, Biroli oferece três parâmetros que podem ser utilizados para avaliar o grau de autonomia de uma determinada escolha.

O primeiro é o impacto de longo prazo de uma escolha na autodeterminação futura da própria pessoa. Uma escolha que eu realize no atual contexto me levará a uma situação futura em que estarei privada de escolhas me colocando em um “ciclo de vulnerabilidade”?⁴⁵⁸ Conforme esse parâmetro, a autonomia atual deve ser lida de maneira a não limitar a autonomia futura. O segundo é o impacto da escolha na autonomia de outros indivíduos. Minha conduta supostamente autônoma limitará a autonomia de terceiros que comigo sejam identificados? De acordo com esse critério, a autonomia de alguém não pode ser utilizada para reforçar desigualdades, inclusive aquelas derivadas de estereótipos socialmente compartilhados. Um terceiro aspecto a ser considerado é uma “avaliação normativa do grau de justiça que está na base dessas preferências, isto é, que atravessa o contexto”⁴⁵⁹ de forma a evitar considerar adaptações a injustiças como exercícios autônomos de escolha⁴⁶⁰. Esse parâmetro seria o que permitiria, nas palavras da autora,

⁴⁵⁶ Ibidem. p. 28.

⁴⁵⁷ Ibidem. p. 20.

⁴⁵⁸ Exemplifica a autora: “(...) [uma mulher que opta por adequar-se ao papel doméstico] não exercendo trabalho remunerado, torna-se dependente financeiramente do cônjuge ou de outros familiares, tem suas redes e aptidões não-domésticas e/ou profissionais diminuídas, torna-se vulnerável no caso de uma separação ou sente-se vulnerável demais para escapar a uma relação violenta ou que simplesmente não deseja mais manter. – Sua decisão, ainda que ‘localmente’ autônoma e não coagida, a insere potencialmente em ‘ciclos de vulnerabilidade socialmente causada e distintamente assimétrica’ (Okin, 1989a, p. 138)”. Ibidem. p. 24.

⁴⁵⁹ Ibidem. p. 24.

⁴⁶⁰ “A acomodação a relações assimétricas, baseadas na dependência ou fundadas no medo de represálias – da violência ou do isolamento – não é uma alternativa entre outras, mas uma alternativa que implica a adaptação a injustiças e que, como tal, contribui para bloquear possibilidades individuais e coletivas de reorganização das relações em direção a arranjos que não sejam moldados pela dominação e pela opressão (Nussbaum, 2008 [2000]; Okin, 1999)”. Ibidem. p. 25.

sustentar que se uma mulher opta por abortar essa opção é legítima, com base em outros critérios – como o direito a decidir sobre seu corpo e sobre a forma de vida que pretende levar –, e argumentar que há formas indefensáveis de opressão e de injustiça em sociedades (ou comunidades de cultura) nas quais a mulher é levada a abortar porque a aceitação futura de seu filho e de si depende do sexo do feto.⁴⁶¹

De acordo com esse terceiro elemento, deve ser feita uma leitura conjugada de liberdade e igualdade que busque equilibrar esses dois princípios. A possibilidade de integrá-los será melhor desenvolvida no próximo capítulo.

Em suma, os argumentos desenvolvidos nesse tópico permitem pensar na liberdade como uma ideia complexa cujas dimensões devem ser lidas de maneira complementar para que uma pessoa seja genuinamente livre. Para isso, “*deve viver sob arranjos políticos e sociais para os quais tenha contribuído, deve fruir de uma esfera de atividade ampla dentro da qual não é sujeita a constrangimentos e deve decidir por ela mesma como ela vai viver*”⁴⁶². Além disso, para que se viabilize um exercício efetivo da autonomia, a liberdade deverá levar em conta certos aspectos da igualdade. Nesse sentido, as condições sociais, econômicas e políticas da liberdade devem ser proporcionadas para que possa ser efetivamente exercida. Nesse ponto, liberdade e igualdade se reforçam. Contudo, ao se considerarem as barreiras externas que são internalizadas pelos indivíduos como limitadores da liberdade real, surge um dilema que opõe liberdade e igualdade. Por um lado, desconsiderar o impacto das relações de poder sociais na limitação das escolhas individuais é não dar a devida atenção para como a liberdade é constrangida e limitada na prática. Por outro, tratar o indivíduo como mero produto de seu meio, mera vítima das circunstâncias, desconsidera sua autonomia com sujeito moral e pode implicar um paternalismo que acarrete uma “imposição de liberdade”.

Nesse sentido, é preciso que seja estabelecido um arcabouço normativo que inclua parâmetros para avaliar os diferentes graus de restrição à autonomia, que conjuguem a percepção das desigualdades estruturais com o reconhecimento da agência dos indivíduos, o que será melhor desenvolvido no próximo capítulo.

⁴⁶¹ Ibidem. p. 27.

⁴⁶² MILLER, David. Introduction. *The liberty reader*. op. cit., p. 19. Na frase original em seguida lê-se “sem tomar emprestadas ideias dos outros”. Com efeito, pelas razões explicitadas acima a frase deveria ser reformulada para incluir “sem que ideias de outros lhe sejam impostas”.

3.1.2 Liberdade na Constituição Federal de 1988

A liberdade está em diversos trechos da Constituição, a começar pelo preâmbulo e pelos objetivos fundamentais da república, onde se lê mandado relativo à construção de “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). A liberdade também está expressa no *caput* do art. 5º⁴⁶³ e em diversos outros trechos de maneira especificada, na forma de outros direitos fundamentais: livre-iniciativa (art. 3º, IV e art. 170, *caput* e IX), liberdade de manifestação e expressão (art. 5º, IV e IX), liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI), liberdade de associação (art. 5º, XVII), liberdade profissional (art. 5º, XIII), livre locomoção (art. 5º, XV), livre associação profissional e sindical (art. 8º, *caput*), liberdade política (art. 17, *caput*), livre-concorrência (art. 170, IV), liberdade pedagógica, de cátedra e de pesquisa (art. 206, II), liberdade reprodutiva (art. 226, §7º), liberdade de comunicação e imprensa (art. 220, *caput* e §1º) e liberdade da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).

A Constituição traz em seu texto tanto aspectos políticos da liberdade quanto de não interferência e autorrealização. Além disso, prevê que as condições para o exercício da liberdade devem ser asseguradas pelo Estado. Representativo das múltiplas dimensões da liberdade no texto constitucional é o artigo voltado para a liberdade reprodutiva; nele, lê-se que “*o planejamento familiar é livre decisão do casal*”. Desse trecho depreende-se claramente a ideia de que os indivíduos são livres para elegerem e perseguirem seus ideais de vida boa. Mais adiante, o mesmo dispositivo aduz: “*competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*”. Nesse ponto, são ressaltados os dois pressupostos para que isso ocorra. De um lado, é vedada a interferência de terceiros, sejam eles o Estado ou particulares. De outro, nota-se uma dimensão

⁴⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

promocional da liberdade, a exigir a disponibilização dos meios para que seja efetivamente fruída.

O STF tem diversos julgados que tratam do tema da liberdade. Grande parte deles volta-se para temas relacionados à liberdade comunicativa e de expressão, ocasiões em que tem sido ressaltada a importância de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶⁴. No caso já referido, relativo à possibilidade de participação em concurso público de pessoas com tatuagens, a ementa consagrou uma “presunção de liberdade do cidadão”, veja-se:

10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública⁴⁶⁵.

No caso em que se declarou inexigível autorização de pessoa biografada para a produção e divulgação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, o Ministro Roberto Barroso foi além e alçou a liberdade de expressão a um *status* de “direito ou liberdade preferencial”⁴⁶⁶.

Com relação às diferentes dimensões da liberdade, foram reconhecidas em diversas ocasiões, embora não necessariamente de maneira sistematizada. A dimensão política, por exemplo, já foi utilizada para refrear qualquer interferência estatal e assegurar manifestação e expressão no debate público, no caso em que o STF banuiu qualquer exegese que pudesse ensejar a criminalização de manifestações a favor da legalização das drogas ou de outras substâncias

⁴⁶⁴ O catálogo dos casos a seguir não é um tratamento exaustivo da liberdade na jurisprudência do STF. Foram selecionados casos relevantes envolvendo direitos fundamentais como forma de ilustrar as dimensões da igualdade apresentadas sob o ponto de vista teórico no item anterior.

⁴⁶⁵ RE nº 898.450. Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/08/2016, DJe 31/05/2017.

⁴⁶⁶ ADI nº 4.815. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carmén Lúcia, julg. 10/06/2015, DJe 01/02/2016. Colha-se do voto do Min. Barroso proferido na ocasião: “E, aqui, diga-se que afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial não significará hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais, porque, como disse, não há hierarquia entre eles. Porém, dizer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer”.

entorpecentes⁴⁶⁷. Por outro lado, o STF também já reconheceu que a interferência estatal pode ser necessária para assegurar o próprio exercício das liberdades democráticas, em caso que reputou legítimas as limitações impostas à liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos, por estarem em consonância com os ditames constitucionais e, principalmente, com o fortalecimento do regime democrático⁴⁶⁸. Nesse aspecto, está em consonância com um entendimento republicano que não veda, *a priori*, a interferência na liberdade, mas busca avaliá-la substantivamente, autorizando-a quando visar a impedir dominação. Como explicitado no voto do Ministro Edson Fachin proferido naquela ocasião:

Também entendo que o estabelecimento (sic) de regras que se coadunam com as finalidades, liberdade de criação e fusão, e com autonomia, fortalecem o sistema democrático e pluripartidário, e não o contrário. E isto porque, diversamente do que pode parecer à primeira vista, a liberdade total, se houvesse, de criação e fusão não garantiria por si só a participação de interesse minoritário nas agremiações, fosse assim, cada minoria deveria estar representada por um partido político (grifou-se).

Com relação às dimensões positiva e negativa da liberdade, o já mencionado caso sobre tatuagens em candidatos a concurso público tratou esparsamente tanto do viés de não interferência quanto do livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.⁴⁶⁹ Sobre este último desdobramento da liberdade, no julgamento do

⁴⁶⁷ ADPF nº 187. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julg. 15/06/2011, DJe 29/05/2014. MÉRITO: “MARCHA DA MACONHA” – MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) – A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO.

⁴⁶⁸ Já na ementa dispunha que “A Constituição da República assegura a livre criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Liberdade não é absoluta, condicionando-se aos princípios do sistema democrático-representativo e do pluripartidarismo”. STF. ADI-MC nº 5.311. Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia, julg. 30/09/2015, DJe 04/02/2016.

⁴⁶⁹ Cf. do voto do Ministro Fux: Todavia, no momento em que uma exigência estatal específica interfere incisivamente na liberdade de expressão, bem como no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo a impedir um cidadão de trabalhar para o Estado, torna-se possível e, até recomendável, a intervenção judicial para verificar a compatibilidade da referida restrição com o texto constitucional (...) A liberdade implica, no dizer de José Adércio Leite Sampaio, a não

Recurso Extraordinário nº 635.659, em que se discutiu a constitucionalidade da criminalização do consumo de drogas, o Ministro Roberto Barroso sintetizou o conceito ao afirmar que *“a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira”*⁴⁷⁰.

Finalmente, aspectos relacionados à garantia dos pressupostos para exercício das liberdades também já foram reconhecidos pelo STF. São exemplos dessa tendência os julgados que reconhecem a exigência constitucional relativa ao mínimo existencial como pressuposto para a liberdade, como o que determinou a obrigatoriedade do Município de São Paulo em proceder à matrícula de crianças de até cinco anos de idade em creches próximas a sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais⁴⁷¹. A propósito, em caso recente no qual o tribunal analisou a competência da Justiça Federal para o julgamento de causas envolvendo condutas irregulares de manter em cativeiro e exportar animais silvestres da fauna brasileira, o STF ampliou esse conceito, reconhecendo sua dimensão ambiental.⁴⁷²

intromissão e o direito de escolha. Em relação à não intromissão, há um espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que representa um sentido afirmativo da personalidade. Nesse contexto, cada indivíduo tem o direito de preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo, o que ocorreria, caso fosse admitida como fator impeditivo à assunção de funções públicas”. STF. RE nº 898.450. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/08/2016, DJe 31/05/2017.

⁴⁷⁰ RE nº 635.659. Relator Min. Gilmar Mendes. Voto proferido em 10/09/2015. Julgamento suspenso em razão de pedido de vistas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 22 fev. 2019.

⁴⁷¹ EMENTA: (...) - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). STF. ARE nº 639.337. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011, DJe 15/09/2011.

⁴⁷² EMENTA: “(...) 5. As violações ambientais mais graves recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil, repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana *“é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”*

Na ação em que se reconheceu a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa nas escolas públicas de ensino fundamental, por exemplo, o voto do Ministro Dias Toffoli ressaltou, por um lado, a rejeição à imposição de obstáculos da livre expressão e manifestação religiosa, e, por outro, a necessidade de o poder público adotar condutas no sentido de possibilitar o exercício dessa liberdade.⁴⁷³ Nesses casos, o STF reconheceu a sinergia entre liberdade e igualdade e o reforço mútuo que podem promover⁴⁷⁴. Assim, nota-se que o STF em diversas oportunidades esposou um entendimento que reforça o valor da liberdade em suas múltiplas dimensões (positiva, negativa e política; protetiva e promocional) e reconhece a necessidade de se garantir os pressupostos para seu exercício. No próximo item, analisar-se-ão os limites e potencialidades dessa abordagem em relação, especificamente, aos direitos sexuais.

(grifos originais). Colha-se, ainda, do voto do Min. Fux proferido na ocasião: “(...) No magistério especializado de Édis Milaré, o mínimo existencial ecológico seria essencial à preservação da integridade física, moral e intelectual das pessoas, razão pela qual constituiria direito fundamental personalíssimo, uma vez que está interligado com a própria dignidade da pessoa humana”. STF. RE nº 835.558/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 09/02/2017, DJe 08/08/2017.

⁴⁷³ Veja-se: “O modelo de laicidade adotado no Brasil, portanto, compreende uma abstenção por parte do Estado, pois obsta que o Poder Público favoreça corporações religiosas, prejudique indivíduos em decorrência de suas convicções e impeça a liberdade de expressão religiosa. Mas abrange também, por expressa previsão constitucional, condutas positivas que o Poder Público deve tomar para assegurar a liberdade religiosa. Assim, a imunidade de impostos em relação aos templos pode ser vista como uma conduta omissiva de não tributar, mas também como um fomento à expressão da religiosidade.[...] O direito à liberdade de crença, portanto, guarda íntima relação com o direito à manifestação do pensamento, seja do pensamento religioso, seja das ideias agnósticas, sendo um contrassenso que a exteriorização do pensamento de uns seja tolhido em nome da proteção da liberdade de crença de outrem. A proteção constitucional, portanto, é ampla e não contrapõe a crença à descrença, mas antes as iguala, de modo que há o direito de questionar as crenças, de modificá-las, de substituí-las, mas também há o direito de crer e de se conduzir de acordo com essa crença. E esse direito, associado ao direito à livre manifestação do pensamento, traduz a impossibilidade de o Estado proibir a vivência, na esfera pública, de uma cosmovisão pelos indivíduos que assim o desejem. A proteção à liberdade individual de crenças e ao direito de exercê-las, portanto, desautoriza a criação de sobreposição jurídica de um credo em detrimento de outro, como desautoriza, ainda, a sobreposição do credo à descrença e vice-versa, de forma que são livres todos os cidadãos para crer e exercer seu credo (e a isso protege o Estado), mas são igualmente livres os cidadãos (e a isso também assegura o Estado proteção) para não exercerem credo algum.” (grifou-se). STF. ADI nº 4.439. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, Relator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julg. 27/09/2017, DJe 21/06/2018.

⁴⁷⁴ É possível apontar casos em que o STF decidiu em sentido contrário a esse entendimento. Na ação em declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que estabelece multa e suspensão de programação às emissoras de rádio e TV que exibirem programas em horário diverso do autorizado pela classificação indicativa, por exemplo, o tribunal teria enfatizado uma dimensão de não interferência em desconsideração às assimetrias entre partes presentes na discussão. (STF. ADI nº 2404. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 21/08/2016)

3.2 Liberdade e direitos sexuais

Tradicionalmente, a relação entre liberdade e sexualidade sob o ponto de vista jurídico é estabelecida pelo conceito de liberdade sexual, que tem sido vista sob a lente da não interferência⁴⁷⁵. Essa perspectiva está alinhada com o tratamento histórico conferido pelo direito à sexualidade, voltado para a proteção sobretudo de mulheres e crianças contra o abuso e violência sexual, como visto no capítulo 1. Mais recentemente, tendo a sexualidade ganhado novos contornos jurídicos, igualmente se expandiu a aplicação da liberdade para salvaguardá-la.

Como se verá nesse item, a liberdade tem um enorme potencial para o tratamento dos direitos sexuais de maneira universal e transformadora. Diferentemente da igualdade, cuja discussão acerca do “dilema da diferença” chama atenção para seu potencial de gerar particularidades e exclusão, a liberdade é uma ideia que possui um destinatário universal e, nesse sentido, não se baseia em identidades estanques. Além disso, a liberdade tem um grande potencial transformador, na medida em que pode ser capaz de desestabilizar as estruturas sociais e jurídicas das hierarquias ao invés de voltar-se para mera a busca de inclusão e assimilação. Entretanto, de maneira semelhante à ideia de igualdade, a liberdade também apresenta seus limites quando aplicada isoladamente. Como anteriormente apontado, as dimensões positivas e negativas da liberdade são indissociáveis. No presente item, contudo, serão apresentadas de maneira separada, em razão da popularidade da clivagem, sem desconsiderar que virtualmente todos os casos envolvem ambos os aspectos, em maior ou menor grau.

⁴⁷⁵ A esse respeito, cf., por exemplo, “LIBERDADE SEXUAL. Direito penal. Direito de disposição do próprio corpo ou de não ser forçado a praticar ato sexual. Constituirão crimes contra liberdade sexual: o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; o atentado violento ao pudor, forçando alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal; a conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude, a praticar ato libidinoso.” DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010.

3.2.1 Não interferência

3.2.1.1 Uniões homoafetivas e universalização dos destinatários da decisão

Como visto no capítulo anterior, a sexualidade tem sido historicamente objeto de regulação médica, social e jurídica, inclusive pela via penal. Nesse contexto, a ideia de não interferência ganha relevo e projeção, e serve de fundamento para uma série de direitos sexuais, que vão desde as uniões homoafetivas à liberdade de expressão sobre temas afetos à sexualidade.

No STF, a importância dessa dimensão da liberdade para a sexualidade foi pioneiramente reconhecida no caso em que se declarou a constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas. Por ocasião da decisão do STF, foi utilizado o direito de liberdade (*lato sensu*) e o direito de liberdade sexual para fundamentar os argumentos que conduziram à tese vencedora, que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais⁴⁷⁶. Note-se que, já nesse momento, a liberdade é retratada como algo positivo e não sob a perspectiva da violência e do abuso, o que fica explícito na ementa do caso:

LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE.

(...) Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (grifou-se)

Esse posicionamento alinha-se com a evolução histórica dos documentos internacionais que ampliaram a concepção dos direitos sexuais ao longo dos anos para abarcar sexualidades não limitadas ao padrão heterossexual reprodutivo. Esse processo não se deu, contudo, exclusivamente por meio da ênfase na liberdade como autodeterminação, mas, para além disso, por meio da dimensão da liberdade mais tradicionalmente arraigada no ideário liberal: a da não interferência.

⁴⁷⁶ STF. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

Embora ausente uma categorização explícita, a dimensão de liberdade mais utilizada no bojo de todos os votos foi aquela que se refere à não intervenção do Estado, no sentido de garantir que a expressão da liberdade sexual dos indivíduos se manifestasse de forma autônoma e sem discriminações. Tal fenômeno talvez se explique pelo pioneirismo desse caso: o fato de ter sido a primeira ação a explicitamente tratar de orientação sexual pode ter ensejado uma argumentação mais tradicional. O relator, Ministro Ayres Britto, por exemplo, quando discorre acerca das formas de concretização do direito à liberdade, enfatiza aquelas referentes ao direito à intimidade e à privacidade, veja-se:

35. (...) Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

(...)

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. (...) (grifou-se)

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

A prevalência do uso da liberdade negativa nesse caso é digna de nota⁴⁷⁷. Como se trata do reconhecimento público de uma união conjugal, derivada

⁴⁷⁷ A despeito da visibilidade atribuída à liberdade negativa, incluída na ementa do caso, a liberdade como autorrealização foi mencionada em certas passagens de votos específicos. Cf., a título de exemplo: “6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. (...) Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda. Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito”. (Min. Cármen Lúcia, grifou-se); “A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da

de uma escolha personalíssima, poder-se-ia argumentar que estaria mais claramente ligado a uma dimensão positiva da liberdade, voltada para a autorrealização existencial. O recurso à ideia de não interferência talvez pudesse ser melhor compreendido em um caso em que se discutisse, por exemplo, a criminalização da “sodomia”, como ocorreu nos Estados Unidos quando do julgamento de *Lawrence v. Texas*, decidido com base no direito à privacidade, embora até mesmo naquele contexto tenha havido críticas a essa fundamentação⁴⁷⁸. Isso porque o destaque para a liberdade negativa encerra o risco de atribuir à homossexualidade um caráter meramente privado, o que poderia ensejar consequências negativas, como a não proteção de manifestações públicas a ela relacionadas, a “despolitização” do tema e uma “domesticação” da homossexualidade que, para ser protegida, exigiria uma adesão aos padrões vigentes de “respeitabilidade”⁴⁷⁹.

O emprego da liberdade no caso das uniões homoafetivas – para além da igualdade, enfatizada durante todo o julgamento – é relevante porque universaliza os potenciais destinatários do julgado. Nesse sentido, a ideia de que a contração da união estável ou do matrimônio ocupa um lugar na esfera de escolha do indivíduo que não pode ser invadida nem tutelada pelo Estado tem a capacidade de servir de fundamento para combater outras restrições à conjugalidade que recaem sobre outros indivíduos e grupos que não os homossexuais, como, por exemplo, os militares em formação, a quem o casamento é vedado⁴⁸⁰, e os militares da ativa, dos

afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”; “A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”. (Min. Gilmar Mendes, grifou-se)

⁴⁷⁸ Cf. FRANKE, Katherine M. The domesticated liberty of *Lawrence v. Texas*. *Columbia Law Review*. v. 104, n. 5, p. 1399-1426, 2004.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ Estatuto dos Militares, Decreto-lei n. 3.864, de 24 de novembro de 1941: Art. 114 Não podem casar os Aspirantes do Exército e da Aeronáutica, os Guardas marinha e os alunos das Escolas de Formação de Oficiais das Forças Armadas ativas.

quais se exige autorização de seus superiores para casar⁴⁸¹, além de uma série de outros requisitos⁴⁸².

Em caso posterior em que o STF julgou procedente ação na qual foi requerida a equiparação de *status* do companheiro homoafetivo ao do cônjuge para fins sucessórios, esse ponto parece ser ampliado em voto do Ministro Edson Fachin. A argumentação utilizada, ao reforçar a pluralidade de famílias conjugais com base na liberdade positiva, poderia abrir brechas para novos tipos de arranjos, inclusive aqueles poliafetivos, que não se limitam exclusivamente a duas pessoas.⁴⁸³

3.2.1.2 Liberdade de ensino de gênero e orientação sexual

⁴⁸¹ Art. 110 O militar da ativa ou da reserva, convocado, só pode contrair casamento mediante licença da autoridade superior.

⁴⁸² Art. 111. Só podem contrair matrimônio os militares do Exército e da Armada em serviço ativo que preencham os seguintes requisitos

- a) Oficiais - ter no mínimo 25 anos de idade, completos ou pôsto de 1º Tenente;
- b) Sub-Oficiais, Sub-Tenentes ou Sargentos - ter no mínimo 25 anos de idade completos e mais de 9 de serviço;
- c) Outras Praças da Armada - ter a graduação mínima de cabo, com três anos completos de pôsto e mais de 10 anos de serviço, excetuando-se os taifeiros, cuja única exigência é o limite mínimo de 25 anos de idade

Parágrafo 1º Os militares da Aeronáutica - que não preencham os requisitos previstos nas alíneas a e b sòmente poderão contrair matrimônio com autorização do Presidente da República

⁴⁸³ Cf. o referido voto:“(...) A quarta premissa é de que distinguir os direitos a serem atribuídos aos casados e aos conviventes seria fazer um juízo moral prévio sobre os modelos de família e as formas de convivência familiar, o que a Constituição não permite. Não há família de primeira e segunda classes, porque não há cidadãos de primeira e segunda classes. A pluralidade familiar apreendida pelo texto constitucional é expressão da pluralidade moral que a Constituição de uma República livre, justa e solidária tem como princípio vetor. Eleger como dotado de primazia um ou outro modelo de família conjugal seria eleger morais particulares de alguns cidadãos como dotadas de superioridade sobre as morais particulares de outros. Aqui, pode-se citar Ronald Dworkin, que, em síntese, reconhece a essencialidade de uma liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política ‘verdadeira’, assim entendida como aquela que i) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, seu membro moral, bem como ii) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e iii) “seja feita de agentes morais independentes”, não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes. (DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 32-40)”. RE nº 646.721. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 10/05/2017, DJe 11/09/2017.

Mais recentemente, o debate sobre a dimensão de não intervenção tem estado presente nas discussões acerca das leis aprovadas por diversos municípios restringindo o ensino de temáticas de gênero e sexualidade nas escolas, algumas das quais foram questionadas no STF sem que tenha havido, até o presente momento, decisão do plenário a esse respeito.⁴⁸⁴ Nos dois casos em que houve medidas cautelares concedidas pela via de decisão monocrática, os dispositivos impugnados são semelhantes. Na ADPF 526, de relatoria do Ministro Toffoli, e a na ADPF 461, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, as normas editadas, respectivamente, pelos municípios de Foz do Iguaçu e Paranaguá preveem:

[a proibição d]a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo “gênero” ou “orientação sexual”.

promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental, sendo vedada entretanto a adoção de políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo “gênero” ou “orientação sexual”.

A despeito da semelhança dos dispositivos impugnados, as decisões nas respectivas ações revelam contrastes importantes na sua fundamentação. A liminar relativa à primeira limitou-se ao fundamento da incompetência do município para editar o referido ato. Isso porque caberia à União a edição de normas gerais sobre educação, que não podem ser contrariadas por legislação suplementar de estados e municípios. Em nenhum momento a decisão se refere à liberdade, seja ela de expressão, manifestação ou ensino, mesmo este sendo um dos argumentos do Requerente. A decisão opta por adotar um argumento formal, registrando brevemente em seus últimos parágrafos “*consequências evidentemente danosas [da medida impugnada], ante a submissão em tenra idade a proibições que suprimem parte indispensável de seu direito ao saber*”. Concentrou-se, portanto, no direito do receptor, mas nada fala sobre o direito dos professores de se manifestarem⁴⁸⁵.

Na ADPF 461, por sua vez, a questão é amplamente enfrentada. Notadamente, a decisão dispõe que normas como essas violam a liberdade de ensino e aprendizado tanto do professor quanto do aluno, comprometem o papel

⁴⁸⁴ Sobre o tema, aguardam julgamento as ADPFs 460, 462, 465, 466 e 467.

⁴⁸⁵ STF. ADPF-MC nº 526. Decisão Monocrática. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 28/06/2018, DJe 01/08/2018.

transformador da educação, perpetuam estigmas e podem contribuir para a discriminação e opressão de crianças e adolescentes que venham a “*desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado*”⁴⁸⁶. Como se vê, a ideia de não interferência estatal, embora não seja suficiente para contemplar a multiplicidade de aspectos dos direitos sexuais, tem fundamental importância na promoção desses direitos. Em ambas as hipóteses elencadas acima está intimamente relacionada à dimensão de autorrealização da liberdade: nas uniões homoafetivas, a proteção de uma esfera privada e íntima conecta-se com a decisão pessoal fundamental acerca do estabelecimento de vínculo conjugal formal; no caso da liberdade de ensino, a vedação à restrição estatal ao ensino realizado por escolas e professores relaciona-se com a possibilidade, da parte dos alunos, de florescerem como pessoas autônomas por meio da educação. Finalmente, nas duas situações nota-se um reforço mútuo que ocorre entre liberdade e igualdade. A universalização da liberdade de unir-se estavelmente com quem se queira iguala homossexuais a heterossexuais, a liberdade de ensinar e expressar temas relativos a gênero e orientação sexual contribui para desestigmatização de identidades de gênero e orientações sexuais que não correspondam ao padrão social dominante.

3.2.2 Autorrealização

3.2.2.1 Aborto, esterilização e condições para o exercício da autonomia

⁴⁸⁶ “2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227)”. STF. ADPF-MC nº 461. Decisão Monocrática. Relator Min. Roberto Barroso, julg. 16/06/2017, DJe 21/06/2017.

A ideia de liberdade como autorrealização expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de perseguir seus planos de vida, desde que não viole direitos alheios.

Essa dimensão está presente na discussão sobre o direito ao aborto e foi expressamente reconhecida pelo STF. No caso em que decidiu pela constitucionalidade do aborto no caso de fetos anencefálicos, expandindo as exceções para realização de aborto legal previstas no Código Penal⁴⁸⁷, a dimensão da autodeterminação e da liberdade (especialmente reprodutiva e sexual) foi enfatizada para fundamentar a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez na hipótese em questão. Já na ementa, lê-se:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁴⁸⁸

Além disso, em diversos trechos de votos, a importância do livre exercício da escolha por parte da mulher, com base exclusivamente em suas concepções morais e religiosas pessoais, foi amplamente destacada⁴⁸⁹. No HC 124.306, que envolvia a

⁴⁸⁷ As exceções previstas em lei restringiam-se a gravidez decorrente de estupro ou aquelas que colocassem em risco a vida da mãe, de acordo com o Código Penal: Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁴⁸⁸ STF. ADPF nº 54. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/04/2012, DJe 30/04/2012.

⁴⁸⁹ “(...) ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. (...) Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher. Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora espostados”

liberdade de cinco médicos e enfermeiros presos em flagrante por terem realizado quatro abortos consentidos em Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, três dos cinco ministros da primeira turma do STF determinaram que a criminalização do aborto realizado no primeiro trimestre de gravidez viola direitos fundamentais da mulher. O relator original do caso, Ministro Marco Aurélio, propunha a resolução da questão pela ausência dos requisitos para a concessão da cautelar, em termos meramente processuais. Entretanto, a maioria se formou em torno do voto do Ministro Roberto Barroso, que enfrentava a questão substantiva, enfatizando a autonomia da mulher:

24. A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

25. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele

(Min. Joaquim Barbosa, grifou-se); “Por outro lado, obrigar a mulher a prosseguir na gravidez fere, como bem pontuado da tribuna, seu direito à liberdade reprodutiva, à falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo e seus conseqüências não podem ser minimizados, e são mesmo insuscetíveis de compartilhamento pela mulher”; “Enfatize-se que a compreensão que se está a esposar em absoluto implica prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha. A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas *escolhas* morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gerar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988”. (Min. Rosa Weber, grifou-se); “O Estado democrático de Direito é construído a partir do respeito pleno à liberdade, que, no caso, expressa-se pela garantia de acatamento à escolha da gestante ou do casal de pais quanto à continuidade da gestação de feto sem condições de vida extra-uterina. Esse o exercício constitucional dos direitos humanos”. (Min. Carmén Lúcia, grifou-se); “O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação”. (Min. Celso de Mello, grifou-se).

relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (...)

No caso da interrupção voluntária da gravidez, a indissociabilidade entre as dimensões da liberdade da autorrealização e da não-intervenção, mais uma vez, fica explícita. A decisão da mulher de interromper sua gravidez e seguir seus planos relativos à sua vida sexual e reprodutiva está intimamente conectada à exigência de que o Estado se abstenha de interferir nesse processo (impondo que ela mantenha a gravidez). A liberdade também tem o condão de expandir as discussões sobre interrupção da gestação para grupos que tendem a não ser incluídos nesse debate, mas que, todavia, sofrem seus efeitos, como homens trans⁴⁹⁰.

Esse exercício da liberdade (composto tanto pela escolha em realizar o aborto quanto pela não intervenção estatal que a possibilite) não pode ser lido de maneira dissociada de uma dimensão igualitária que assegure a garantia de seus pressupostos. Nesse sentido, não basta que a possibilidade de interrupção da gravidez não seja obstada, mas é necessário que seja viabilizada de forma que optar ou não por sua adoção seja uma possibilidade real. Em outras palavras, sob a perspectiva da justiça reprodutiva, não basta a liberdade de se autodeterminar, é preciso assegurar os pressupostos para que possa se concretizar, incluindo acesso à informação e educação sobre direitos sexuais saúde sexual e reprodutiva⁴⁹¹. À luz do ordenamento jurídico brasileiro, Miriam Ventura e Thaís Medina de Camargo, assinalam que

Os direitos reprodutivos e a autonomia privada no âmbito reprodutivo e sexual estão garantidos nas legislações internacionais de direitos humanos, constitucional brasileira (1988) e regulamentada na Lei de Planejamento Familiar (Lei 9263/96), sem discriminação de qualquer espécie e como um aspecto fundamental da personalidade humana. Igualmente garantidos direitos sociais como a saúde, assistência e previdência social, com especial proteção à maternidade, e à constituição e manutenção das famílias. O direito humano à saúde reprodutiva exige garantir informação,

⁴⁹⁰ A esse respeito, veja-se: KARAIAN, Lara. Pregnant Men: Repronormativity, Critical Trans Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy in Law. *Social & Legal Studies*, n. 22, v. 2, p.211-230, 2013.

⁴⁹¹ COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. From reproductive choice to reproductive justice. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, v. 106, n. 2, p. 106-109, 2009.

suporte e serviços que possibilitem o exercício de direitos relacionados à autodeterminação reprodutiva e à livre escolha da maternidade, que incluem a disponibilidade de insumos, como aos contraceptivos (inclusive de emergência), e serviços médicos de abortamento seguro e voluntário⁴⁹².

Ainda hoje no Brasil são inúmeros os obstáculos para realização do aborto, mesmo nas hipóteses autorizadas pela legislação. Em primeiro lugar, poucos são os hospitais autorizados a realizá-lo⁴⁹³ e, dentre esses, nem todos de fato prestam o serviço⁴⁹⁴. Além disso, inúmeros médicos vêm se recusando a realizar os procedimentos em razão de convicções morais ou religiosas ou por medo de serem processados judicialmente ou socialmente estigmatizados⁴⁹⁵.

Embora negligenciada quando do julgamento do caso de aborto de fetos anencefálicos⁴⁹⁶, a necessidade de viabilizar a real fruição ao direito ao aborto foi abordada no HC 124.306. O voto do relator do acórdão, Ministro Roberto Barroso, menciona o direito “*de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva*” e o da Ministra Rosa Weber expressamente dispõe que “*a ingerência estatal no*

⁴⁹² VENTURA, Miriam; CAMARGO, Thais Medina C. R. de. Direitos Reprodutivos e o Aborto: As mulheres na epidemia de Zika. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 15, p. 622-651, 2016. p. 641.

⁴⁹³ MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora Diniz, Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 2, p. 563-571, 2016.

⁴⁹⁴ ABRANTES, Talita. Hospitais barram aborto até em casos previstos por lei. *Exame*, São Paulo, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/hospitais-barram-aborto-ate-em-casos-previstos-por-lei>>. Acesso em 22 fev. 2019. ANJOS, Anna Beatriz; PESSOA, Gabriela Sá; CORTÊZ, Natacha. Dor em Dobro. *Publica*, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁴⁹⁵ Cf. GALLI, Beatriz; DREZETT, Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 32-35, jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 fev. 2019. ZORDO, Silvia de. Representações e experiências sobre aborto legal e ilegal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 17, n. 7, p. 1745-1754, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csc/2012.v17n7/1745-1754/pt>>. Acesso em 22 fev. 2019. LOUREIRO, David Câmara; Vieira, Elisabeth Meloni. Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 20, n. 3, p. 679-688, 2004. CAVALCANTI, Ludmilla Fontenele; FARIAS, Rejane Santos. Atuação diante das situações de aborto legal na perspectiva dos profissionais de saúde do Hospital Municipal Fernando Magalhães. p. 1755-1763, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.org/toc/csc/2012.v17n7/>>. Acesso em 22 fev. 2019.

⁴⁹⁶ Com exceção de passagem no voto do Min. Gilmar Mendes em que sugeriu: “A Corte, portanto, a meu ver deve recomendar fortemente que o Ministério da Saúde edite, além das já existentes, norma específica sobre o aborto de fetos anencefálicos, que cuide, em especial, da presteza do diagnóstico. Isso porque é esta providência que trará a segurança mínima exigida para que a gestante tome a difícil decisão de interromper ou continuar a gravidez do feto diagnosticado com anencefalia”. ADPF nº 54. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/04/2012, DJe 30/04/2013.

primeiro trimestre da gestação deve militar em favor da proteção da mulher em ter condições seguras de realizar a interrupção voluntária da gestação". Mais recentemente, na ação pendente de julgamento em que se discute a possibilidade de descriminalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gravidez, a questão foi expressamente tratada tanto na petição inicial quanto em sede de audiência pública⁴⁹⁷.

A análise do contexto revela um outro ponto em que a igualdade deve atravessar o debate sobre liberdade no caso do direito ao aborto: as desigualdades que trespasam as condições em meio às quais esse direito é mobilizado podem fazer com que passe de um exercício de autonomia para uma imposição. Isso envolve considerar tanto questões econômicas quanto hierarquias, como de gênero, raça e classe presentes na sociedade, de forma a viabilizar uma análise crítica do aborto em um contexto, por exemplo, que a mulher seja levada a abortar em razão de circunstâncias sociais desfavoráveis.

Com efeito, em qualquer hipótese no Brasil, a dimensão econômica (refletida, por exemplo, na insuficiência de políticas públicas de assistência à parentalidade, como creches, licença parental etc.) e de gênero (evidente no fato de a responsabilidade pela contracepção e pelos filhos recair, em regra, sobre as mulheres) perpassam a decisão de levar a termo uma gravidez e limitam o exercício reprodutivo e sexual das mulheres. Nesse sentido, é fundamental que a liberdade de realizar um procedimento abortivo seja acompanhada da efetivação de direitos sociais que aumentem o grau de autonomia dessa escolha.⁴⁹⁸ A necessidade de robustecer as condições para o exercício da autonomia pela mulher é enfrentada nos votos dos Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber no HC 124.306⁴⁹⁹, ao considerarem, respectivamente, que:

⁴⁹⁷ ADPF nº 442, Relatora Min. Rosa Weber. Cf., a esse respeito, os Memoriais apresentados pela associação Criola na referida ação. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=724453895&prclD=5144865>>. Acesso em: 18 fev. 2019. Petição inicial disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2019.

⁴⁹⁸ WEST, Robin. From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights. *Yale Law Journal*, v. 118, n. 7, p. 1394-1432, 2009.

⁴⁹⁹ STF. HC nº 124.306, 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 09/08/2016, DJe 17/03/2017.

42. Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade. (Min. Roberto Barroso)

Ou seja, como experimentado nos países que descriminalizaram o aborto, deve ocorrer no espaço de formatação de políticas públicas de educação sexual, como meio de desestimular e prevenir a ocorrência destes. (Min. Rosa Weber)

Especialmente sensível a esse respeito é a ação em que se discute a possibilidade de aborto no caso em que a mãe tenha contraído Zika⁵⁰⁰. Isso porque, nessa hipótese, as dificuldades financeiras e as hierarquias de gênero, raça, classe e capacidade física e mental se impõem de maneira ainda mais severa, sobretudo diante da falta de assistência adequada por parte do Estado e da possibilidade de que a criança originária dessa gravidez possa ter seu desenvolvimento comprometido por toda a vida.⁵⁰¹ Buscando enfrentar essa questão, a referida ação prevê uma série de outras medidas para assegurar que a mulher que decida por manter a gravidez tenha condições de fazê-lo. Entre os pedidos da ação proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) destacam-se (i) o afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício de prestação continuada e a sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika; (ii) a garantia o salário maternidade de 180 dias, no caso das mães dessas crianças; e (iii) a garantia de disponibilização de serviços

⁵⁰⁰ ADPF nº 5.582, Relatora Min. Cármen Lúcia.

⁵⁰¹ A esse respeito cf. o relatório: CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS; WOMEN AND HEALTH INITIATIVE; GLOBAL HEALTH JUSTICE PARTNERSHIP. *Vozes silenciadas: A experiência da mulher com o Zika vírus – Brasil*. New York: Center for Reproductive Rights, 2018. “Ao discutir o impacto da epidemia de zika nos direitos reprodutivos das mulheres, é preciso considerá-las como sujeitos situados em meio a diferentes formas de desigualdades, que se combinam de modo a delimitar oportunidades e trajetórias. Mulheres são socialmente encarregadas da responsabilidade sobre filhos e sobre a reprodução, mas as condições de exercício da autonomia reprodutiva dependem da ordem legal, de acesso a recursos materiais e simbólicos e das relações interpessoais que, por sua vez, são impactados por estruturas mais amplas de gênero, raça, classe, entre outras.” VENTURA, Miriam; CAMARGO, Thais Medina C. R. de. op. cit., p. 632.

de saúde e tratamento para essas crianças em 50 km da residência do grupo familiar, além do pagamento de auxílio para os deslocamentos iguais ou superiores a 50 km, dentre outros.

Nesse ponto, o debate sobre o aborto tangencia a discussão histórica sobre esterilização. Diferentemente de outras partes do mundo em que predomina a esterilização forçada, utilizada com fins de controle populacional, no Brasil, “a correlação entre esterilização, liberdade e coerção tem sido incomparavelmente mais complexa”⁵⁰². Isso porque os altos percentuais desse procedimento resultam do fato de que “a demanda das mulheres por métodos contraceptivos foi respondida por uma combinação perversa entre falhas de políticas públicas e distorções de mercado”⁵⁰³.

Como sintetiza Elizabeth Meloni Vieira, a partir da década de 1970, o aumento do trabalho feminino nos centros urbanos combinado com a manutenção, no âmbito doméstico, dos padrões tradicionais de divisão do trabalho teria contribuído para o aumento do custo em ter filhos⁵⁰⁴. Paralelamente, houve um fortalecimento do discurso a favor do planejamento familiar, incentivado, por um lado, por neomalthusianos favoráveis ao controle demográfico, e, por outro, por grupos de mulheres defensoras dos direitos reprodutivos⁵⁰⁵. Em um contexto de indisponibilidade de outros métodos contraceptivos e de informações sobre reprodução humana e contracepção⁵⁰⁶, a partir de 1980, há um aumento expressivo da contracepção cirúrgica no país, sobretudo entre mulheres mais jovens e de áreas mais pobres, rurais e entre mulheres com menor escolaridade⁵⁰⁷.

Nesse cenário, a esterilização pode ser vista como um exercício legítimo da autonomia da mulher, desobrigando-a dos custos econômicos e pessoais de ter

⁵⁰² CÔRREA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (org.) *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003. p. 44.

⁵⁰³ *Ibidem*. p. 44.

⁵⁰⁴ VIEIRA, Elizabeth Meloni. Políticas Públicas e contracepção no Brasil. In: BERQUÓ, Elza (org.) *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003. p. 151-189.

⁵⁰⁵ *Ibidem*. *passim*.

⁵⁰⁶ Lembre-se que até 1979 vigorava a proibição de anúncio de contracepção.

⁵⁰⁷ VIEIRA, Elizabeth Meloni. *op cit.*, *passim*.

filhos indesejados e permitindo que possa exercer mais livremente sua liberdade sexual. Contudo, não se pode ignorar que essas motivações têm origem em hierarquias econômicas e de gênero e que as consequências da esterilização são severas. Além de ser irreversível (comprometendo a autonomia reprodutiva futura), envolve riscos relacionados a procedimentos cirúrgicos e reforça a ideia de que o ônus do planejamento familiar deve recair sobre a mulher. Nesse sentido, cabe perguntar em que medida a escolha pela esterilização não decorre, majoritariamente, da indisponibilidade de outros métodos contraceptivos e da ausência de estruturas governamentais adequadas que permitam exercer a opção por ter filhos.

Assim, o aborto e a esterilização podem tanto representar o exercício da autonomia sexual e reprodutiva, quanto podem ter dimensões paternalistas e autoritárias, quando impostos como uma obrigação jurídica ou social. À luz dessas complexidades, o exercício do direito ao aborto e à esterilização voluntária como formas de manifestação da liberdade sexual e reprodutiva não podem ser vistos de maneira dissociada da igualdade, seja para garantir que essa opção possa ser efetivamente levada a cabo na prática, seja para possibilitar uma análise de contexto. O fato de que a agência é imperfeita nesses casos (como na verdade sempre é) não deve servir para desconsiderar ou impossibilitar a liberdade de escolha por parte dessas mulheres, mas para possibilitar uma análise integrada entre liberdade e igualdade, conforme se desenvolverá no próximo capítulo.

3.2.2.2 Identidade de gênero de pessoas trans e a possibilidade de transformação dos sistemas normativos vigentes

A discussão sobre liberdade como autorrealização é fundamental no debate sobre o reconhecimento de identidade de gênero de pessoas trans. Transgêneros, travestis e transexuais compõem grupos de indivíduos que rompem com a identificação tradicional entre o que seria o sexo biológico, atribuído no nascimento, e o gênero expressado socialmente. Há, em todas essas hipóteses, identificação

subjetiva quanto ao gênero diversa daquela esperada socialmente a partir da atribuição de sexo, realizada quando do nascimento.⁵⁰⁸

Atualmente, pessoas trans compõem uma das minorias mais estigmatizadas da sociedade brasileira. Os poucos dados que retratam a experiência de vida dessa parcela da população evidenciam sua invisibilidade e as brutais violações de direitos a que são submetidos, deixando patente sua condição de vulnerabilidade e marginalização social. Frequentemente, essa marginalização se inicia desde cedo, ainda no âmbito familiar. Continua e se intensifica na escola, no mercado de trabalho e perante órgãos públicos, como hospitais e delegacias, onde as pessoas trans são discriminadas e repelidas, o que faz com que tais indivíduos, não raro, deixem de recorrer a esses espaços. Isso sem falar na violência física à qual estão sujeitas todos os dias⁵⁰⁹.

Além disso, as cirurgias de transgenitalização eram consideradas crime de lesão corporal grave no Brasil até 1997, quando foi editada resolução do Conselho Federal de Medicina⁵¹⁰ regulamentando-as, tendo sido instituídas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) somente a partir de 2008.⁵¹¹ No entanto, registra-se ainda enorme dificuldade para se obter acesso a esta prestação de saúde, cujo procedimento é alvo, até hoje, de diversas críticas.⁵¹² Uma delas relaciona-se à patologização da condição trans, como visto no capítulo 2. Atualmente, documentos de referência da área médica, como a própria Classificação Internacional de

⁵⁰⁸ As diferenças de significados entre as distintas denominações, embora relevantes, não são consensuais. Para uma crítica à uma noção unívoca e universal da transexualidade cf. ALMEIDA, Guilherme. "Homens Trans": Novos matizes na aquarela das masculinidades? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 513-523, maio/ago. 2012. Para uma discussão dessas diferenças à luz dos movimentos de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo, cf. CARVALHO, Mario Felipe de Lima. *Que mulher é essa? Identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Saúde) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

⁵⁰⁹ Cf., a esse respeito, o item 2.1.1.2, no capítulo 2.

⁵¹⁰ Resolução CFM nº 1.482 /97.

⁵¹¹ Portaria MS nº 1707/2008.

⁵¹² Cf., a título de exemplo, BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do Gênero: a politização das identidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, maio 2012; ALMEIDA, Guilherme; MURTA, Daniela. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad Revista Latinoamericana*, n. 14, p. 380-407, ago. 2013.

Doenças (CID 10), publicada pela Organização Mundial de Saúde, e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), da Associação de Psiquiatria Americana, a preveem sob o rótulo de “transtornos” e “disforias” de gênero.

Em novembro de 2015, o STF iniciou o julgamento de caso, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, que tratava do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans. O RE 845.779 buscava definir, de maneira ampla, “*se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente*” à luz da Constituição de 1988. Na época, o julgamento foi interrompido por pedido de vistas do Ministro Luiz Fux. Dois votos já haviam sido proferidos: na ocasião, os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin se manifestaram favoravelmente ao reconhecimento de direitos de pessoas trans, com base nas ideias de dignidade e autonomia.

Antes que o julgamento tivesse continuidade, o STF iniciou o julgamento de duas ações menos amplas tratando de alteração de registro civil sem a necessidade de cirurgia, o RE 670.422⁵¹³, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, e a ADI 4.275⁵¹⁴, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. As ações foram propostas num contexto em que a jurisprudência muitas vezes exigia para a alteração do nome a realização de cirurgia de transgenitalização. Ao condicionar a alteração do registro a uma intervenção cirúrgica no corpo, o Estado atravessava as fronteiras do público e do privado; ignorava tanto desejos pessoais de não intervenção quanto a precariedade das filas para cirurgia pelo SUS, que duram mais de dez anos. E, ainda, que a possibilidade de alteração de nome já existia e era correntemente realizada no país⁵¹⁵.

Na primeira parte do julgamento, o relator do RE, Ministro Dias Toffoli, julgou procedente o pedido, determinando não ser necessária a realização de cirurgia de transgenitalização para alteração do nome e do gênero no registro civil por pessoa trans. Porém, estabeleceu uma série de exigências para tanto: (i) a necessidade de

⁵¹³ STF. RE nº 670.422. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 15/08/2018, DJe 17/08/2018.

⁵¹⁴ STF. ADI nº 4.275. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 01/03/2018, DJe 05/03/2018.

⁵¹⁵ A esse respeito cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim; FABRIS CAMPOS, Ligia. Direitos de Pessoas Trans e o labirinto do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 292-295.

de haver decisão judicial para que a modificação do gênero no registro fosse realizada; (ii) a anotação nas certidões de que teria havido alteração “por força de decisão judicial”, sendo vedada a inclusão do termo transexual; (iii) a averbação sobre a origem do ato no inteiro teor, que ficaria em segredo de justiça, sendo vedada sua expedição, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; (iv) que determinação judicial a cargo do magistrado competente por determinar alteração poderia levantar o sigilo do inteiro teor do registro, levando-se em conta interesse de terceiro e o princípio da segurança jurídica; (v) a mesma autoridade judicial, de ofício ou a requerimento, enviaria ofícios determinando a alteração dos registros perante diferentes órgãos públicos, como por exemplo a justiça eleitoral.

Embora o voto tenha representado avanço ao considerar inconstitucional a exigência de cirurgia de transgenitalização às pessoas trans que quisessem alterar seu assento de nascimento para adequar seu registro civil, sua sistemática, supostamente buscando resguardar interesses de terceiros, comprometia direitos de pessoas trans⁵¹⁶. Por um lado, promovia desnecessária, custosa e excludente judicialização do procedimento, o que provoca gasto de tempo e dinheiro não apenas do interessado, mas também do poder público. Por outro, e o principal, submetia o exercício de um direito fundamental (reconhecido naquele momento pelo próprio STF) à discricionariedade da autoridade judiciária. Nesse sentido, limitava o exercício da autonomia da pessoa trans de modo diverso ao tratamento conferido a pessoas cisgênero, que, em regra, não se submetiam e não se submetem a qualquer procedimento judicial para ter suas identidades de gênero respeitadas em seus registros.

À época, a solução desenhada pelo Ministro relator deixava sem respostas uma série de perguntas fundamentais para a realização dos direitos de pessoas trans. Primeiro, quais seriam as condições para que o pedido de mudança de nome e gênero fosse deferido pela/o magistrada/o? Por outro lado, mesmo superada a exigência de cirurgia de transgenitalização, seriam exigidos outros tipos de provas? E, ainda, qual seria a liberdade de atuação da/o magistrada/o diante do caso

⁵¹⁶ GOMES, Juliana Cesario Alvim; FABRIS CAMPOS, Ligia; AVILA, Juliana Carreiro. Direito de pessoas trans no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 321-325.

concreto?⁵¹⁷ A depender das respostas que fossem conferidas a essas perguntas, a liberdade de pessoas trans poderia se ver, na prática, profundamente comprometida.

Posteriormente, o julgamento foi retomado e o próprio ponto de partida da discussão mudou⁵¹⁸. A inexigibilidade de intervenção corporal foi a base comum sobre a qual se fundamentou a decisão, unânime nesse ponto. A divergência, por sua vez, se concentrou em determinar qual seria a natureza do procedimento exigido: seria necessária intervenção do judiciário, ou bastaria a mera alteração cartorária para garantir o direito de adequação dos registros? Essa última posição prevaleceu, tendo o STF consignado que pessoas trans têm direito a alterar nome e gênero no registro de nascimento de acordo com sua identidade de gênero. E que, para isso, não há necessidade de cirurgia ou intervenção judicial⁵¹⁹.

A decisão do Supremo foi extremamente relevante, um marco no reconhecimento e na promoção dos direitos de pessoas trans no Brasil, sobretudo em razão do respeito à autonomia da pessoa trans em optar pela retificação do registro a despeito de qualquer intervenção judicial. Entretanto, não esgota as discussões sobre identidade de gênero de pessoas trans no direito brasileiro. Em primeiro lugar, porque não trata do reconhecimento social do gênero de maneira mais ampla, inclusive de pessoas que eventualmente não tenham alterado seus documentos. Nesse sentido, o julgado não esclarece como fica o uso de banheiros e de outros espaços em que prevalece a ideia de segregação sexual, como nos esportes.

Em segundo lugar, a decisão não rompe com a divisão binária entre os sexos, pelo contrário, a reforça. Ao estabelecer a possibilidade de modificação do sexo no documento de registro (de homem para mulher ou de mulher para homem) ao invés de, por exemplo, rejeitar a inclusão desse marcador nos documentos, baseia-se na noção de que haveria dois sexos apenas, excluindo aqueles que não correspondem

⁵¹⁷ Para críticas adicionais àquela decisão, *Ibidem*.

⁵¹⁸ GOMES, Juliana Cesario Alvim; FABRIS CAMPOS, Ligia. Pessoas trans: o mundo mudou e o Supremo também. *JOTA*, Brasília/São Paulo, 01 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/pessoas-trans-o-mundo-mudou-e-o-supremo-tambem-01032018>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

⁵¹⁹ Para uma análise da exigência cirúrgica como uma interferência indevida do Estado no corpo e na liberdade das pessoas trans confira-se tese de doutorado em direito em desenvolvimento: FABRIS CAMPOS, Ligia. *Staatliche Eingriffe in der Privatsphäre: Ein Vergleich von Transrechte in Brasilien und Deutschland.*, Universidade Humboldt de Berlim.

a nem um nem outro sexo, ou que não performem o gênero da maneira socialmente esperada, sejam estas pessoas trans ou não. Nesse sentido, em vez de romper com os estereótipos de gênero e de desestabilizar o pressuposto de que haveria dois sexos “verdadeiros”, pode contribuir para o fortalecimento dessas duas ideias. Como consequência, poderia ser criticada como uma medida assimilacionista e excludente.

Essa abordagem vem sendo questionada a partir de diversos flancos. Por parte da própria medicina, reconhece-se a dificuldade de definir o sexo biológico diante da pluralidade de elementos a serem considerados e que nem sempre levam a resultados coincidentes, como o sexo genital, gonadal, cromossômico ou hormonal⁵²⁰. Nessa toada, é importante notar⁵²¹ que o gênero se manifesta, na maior parte das vezes, por códigos comuns compreendidos como pertencentes a um ou outro dos gêneros (feminino ou masculino) que gozam tradicionalmente de reconhecimento social. Ao conhecer uma pessoa, não se identifica como homem ou mulher em razão, por exemplo, de seus órgãos genitais, mas por meio de signos pelos quais ela se manifesta, como seu nome, roupa, aparência física, modo de falar e andar.⁵²¹

⁵²⁰ VENTURA Míriam. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. p. 20. Veja-se, na literatura médica: “(...) de todos os critérios que entram na identificação do sexo, os mais importantes não são os morfológicos, mas os psíquicos. O indivíduo não é homem ou mulher porque tem um pênis ou uma vagina, secreta testosterona ou estradiol, tem um hipotálamo macho ou fêmea. O que importa é ele sentir-se homem ou sentir-se mulher.”. MACHADO, Lucas V. *Endocrinologia Ginecológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2006. p. 299. E, ainda: “Nossos corpos são complexos demais para fornecer respostas claras sobre diferença sexual. Quanto mais procuramos por uma base física simples para ‘sexo’, mais se torna evidente que ‘sexo’ não é uma categoria física pura”. FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books, 2000. p. 10

⁵²¹ Nesse sentido, KESSLER, Suzanne J.; MCKENNA, Wendy. *Gender: An ethnomethodological approach*. New York: Wiley, 1978. A esse respeito, mas tratando de práticas sexuais, cf. “Em um determinado momento, pareceu-me que a ênfase na prática sexual era algo a ser superado, o que eu considero uma herança da preocupação com a AIDS. Porque de fato, num certo plano, pouco importa o que as pessoas fazem na cama – importa muito mais como elas se apresentam socialmente e o que as pessoas acham que elas fazem. Quer dizer, o que se pratica é muito importante se pensarmos a partir de uma epidemiológica, mas não de uma sociológica: se alguém faz algo de muito extravagante na cama e ninguém fica sabendo, isso tem muito pouca consequência para a vida social. Então a discussão sobre sexualidade não passa necessariamente pela cama, passa mais pelo que as pessoas imaginam que seja a cama”. CARRARA, Sergio Luis. *Trajetórias intelectuais: Entrevista com Sergio Luis Carrara. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)*, Rio de Janeiro. Entrevista concedida a Mario Pechenyp. p. 12. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Entrevista%20com%20Sergio%20Carrara\(1\).pdf](http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Entrevista%20com%20Sergio%20Carrara(1).pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Além disso, teóricos e ativistas contemporâneos identificados sob o rótulo *queer*⁵²² questionam o próprio conceito de “sexo” como dado natural, afirmando, ao revés, tratar-se de construção cultural erigida socialmente.⁵²³ Sob essa perspectiva, as identidades são vistas como o resultado de um processo interativo de identificação pessoal e social, e categorias como a de “homossexual” ou “transgênero” são enxergadas como sendo historicamente construídas a partir de um ponto de vista heterossexual/cisgênero.⁵²⁴

Um tratamento da questão da identidade de gênero sob o ponto de vista da liberdade é compatível com essa abordagem, na medida em que, além de ser inclusiva por não traçar linhas identitárias, pode permitir demandas transformativas que visem a desestabilizar sistemas normativos que gerem desigualdade e diferenciação entre grupos, ao invés de meramente buscar assimilar certos grupos, traçando uma linha entre aqueles indivíduos que se encaixam e os que não. Nesse encaixo, serviria também para legitimar juridicamente a proteção de outras práticas e identidades sexuais tidas como desviantes, como o BDSM (bondage, disciplina, dominação, submissão, sadismo e masoquismo), que em certos contextos podem ser patologizadas e criminalizadas⁵²⁵. Nos termos apresentados por Nancy Fraser,

⁵²² Sobre essa categoria, cf., por exemplo, BLASIUS, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001. p. 12.

⁵²³ Cf. a título de exemplo, BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. Oxon/New York: Routledge, 1990. Segundo a autora “Eu considero central à teoria *queer* seu desafio ao que tem sido o conceito fundacional tanto da teoria homofóbica quanto homossexual afirmativa: o pressuposto de uma identidade homossexual unificada. Eu interpreto a teoria *queer* como uma contestação a esse fundamento e, portanto, ao próprio *telos* da política homossexual ocidental”, (Ibidem. p. 92). Para abordagens pioneiras nesse sentido no âmbito da antropologia da sexualidade brasileira entre os anos 1970 e 1980 cf. CARRARA, Sérgio; SIMÕES, Júlio Assis. O campo de estudos socioantropológicos sobre diversidade sexual e de gênero no Brasil: ensaio sobre sujeitos, temas e abordagens. *Cadernos Pagu*. n. 42, p. 75-98, jan./jun. 2014.

⁵²⁴ MCINTOSH, Mary. The Homosexual Role. *Social Problems*, v. 16, n. 2, p. 182-192, Autumn 1968. p. 186; GAYLE, Rubin. Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. In VANCE, Carole S. (ed.). *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984. p. 276-277.

⁵²⁵ Sobre o tema no contexto brasileiro, cf. FACCHINI, Reginal MACHADO, Sarah Rossetti. “Praticamos SM, repudiamos agressão”: classificações, redes e organização comunitária em torno do BDSM no contexto brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. n.14, p.195-228, ago. 2013. “No Brasil, o BDSM não está também inserido na agenda política dos “direitos sexuais”, nem conta com legislação ou jurisprudência formada, a partir de casos que tenham ganhado maior visibilidade social. Não está, também, no campo de interesses do movimento feminista. O diálogo se dá entre comunidades organizadas fora do Brasil e pessoas que desejam maximizar prazer e reduzir riscos e que têm se constituído em comunidade, aqui, desde pelo menos meados dos anos 1980. O principal elo entre elas parece ser a (des)identificação com o discurso psiquiátrico sobre perversões e parafilias e o desejo de criar alternativas que permitam a prática do BDSM”. Ibidem.

O objetivo transformativo não é solidificar uma identidade gay, mas desconstruir a dicotomia homo-hetero de forma a desestabilizar todas as identidades sexuais fixas. O ponto não é dissolver todas as diferenças sexuais em uma identidade humana singular e universal, mas sustentar um campo sexual de diferenças múltiplas, desbinarizadas, fluidas e em constante mudança.⁵²⁶

Note-se que o fato de as identidades serem socialmente construídas e modificáveis no tempo não significa necessariamente que no âmbito individual sejam livremente “escolhidas” ou que constituam elementos maleáveis ou supérfluos para a constituição do sujeito. Isso porque as práticas e identidades se constroem dentro de uma moldura possível, “*um formato que não lhes é propriamente oferecido, porque para tal supor-se-ia que seres sociais pudessem existir previamente à inserção na vida coletiva*”⁵²⁷. Nesse sentido, essa moldura é formativa da própria cognição e linguagem dos indivíduos e se materializa em coerções externas e consequências concretas, como as desenvolvidas no capítulo 2: violência, marginalização, patologização, estereotipificação. A visão construcionista se opõe a uma visão essencialista, o que, contudo, não se confunde com uma divisão entre determinismo e voluntarismo. A esse respeito veja-se:

O construcionismo social não sugere que as pessoas são livres para escolher entre homossexualidade e heterossexualidade. Sugere sim, entretanto, que o arcabouço conceitual, ou *paradigma*, dentro do qual a heterossexualidade e a homossexualidade ocorrem é um desenvolvimento histórico⁵²⁸.

Independentemente da discussão sobre até que ponto tais elementos são inatos ou adquiridos, escolhidos ou determinados, um tratamento possível para a sexualidade e a identidade de gênero à luz da liberdade consiste em aplicar-lhes a moldura jurídica que historicamente vem sendo desenvolvida para a liberdade religiosa⁵²⁹. Isso porque tanto religião quanto sexualidade e identidade de gênero

p. 208.

⁵²⁶ FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age. *New Left Review*, n. 212, July/Aug. 1995. p. 82-83.

⁵²⁷ HEILBORN, Maria Luiza. Ser ou Estar Homossexual: dilemas de construção da identidade social. In: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina. *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 136-145. p. 137.

⁵²⁸ MARINUCCI, Mimi. *Feminism is queer*. London/New York: Zed Books, 2010. p. 7.

⁵²⁹ Entre os autores que levantam esse argumento estão NUSSBAUM, Martha. *From disgust to humanity: sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2010 e

têm um profundo significado para as pessoas, que as vêem como elementos constitutivos de suas individualidade (pessoas LGBTI afirmam com frequência que “nasceram assim”, pessoas profundamente religiosas, muitas vezes, se sentem escolhidas, mais do que escolhem professar determinada fé)⁵³⁰. Do mesmo modo, ensejam reações sociais concretas como discriminação e violência.

Assim como a liberdade religiosa – que requer não só medidas protetivas de abstenção para sua fruição, mas medidas promocionais, de forma que possam ser praticadas e professadas, inclusive em locais públicos – , a identidade de gênero e sexualidade não se realizam plenamente em privado e precisam de medidas afirmativas que garantam seu reconhecimento social, como inclusive já reconheceu o STF, tanto nos casos de uniões homoafetivas quanto de retificação de registro por pessoas trans. Finalmente, como quaisquer liberdades, embora possuam proteção reforçada, possuem limites. Nesse sentido, “*nem o abuso sexual nem o sacrifício humano em nome da religião podem ser permitidos*”⁵³¹.

À luz dessa comparação, importante notar a importância de se desenvolver como ideal normativo um estado neutro em termos de orientação sexual e identidade de gênero, à semelhança da ideia de estado laico, que não privilegie nem estabeleça uma concepção oficial sobre sexualidade e identidade de gênero. Embora essa demanda tenha origens nos pleitos de indivíduos e grupos *outsiders*, apresenta questões e perspectivas mais amplas, e tem potencial de promover consequências benéficas não apenas para as sexualidades e identidades de gênero tidas como desviantes, mas para todas as pessoas⁵³². Nesse sentido, Jeffrey Weeks afirma que

GILL, Emily R. *An Argument for Same-Sex Marriage: Religious Freedom, Sexual Freedom, and Public Expressions of Civic Equality*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2012.

⁵³⁰ “Mesmo se o sexo é, de muitas maneiras, diferente de religião, ambos se parecem ao serem intimamente pessoais, conectados com um sentido de significado máximo de vida e absolutamente não triviais. Como a religião, parece ser algo em que autenticidade, ou o envolvimento da consciência, é central. Entendemos que vai ao coração da autodefinição das pessoas, sua busca por identidade e autoexpressão”. NUSSBAUM, Martha. op. cit., p. 100.

⁵³¹ GILL, Emily R. op. cit., p. 22.

⁵³² Defendendo que “(...) todos nós deveríamos livres de imposições estatais sobre nossas escolhas sexuais que nos limitem a todos em vários aspectos de nossas vidas. A aplicação jurídica de uma identidade de gênero rígida pode ser incrivelmente cruel, considerando que muitos de nós somos diferentes das normas de gênero impostas”, veja-se: CORNELL, Drucilla. *At the heart of freedom: feminism, sex, and equality*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. p. 11.

Afirmar os direitos sexuais significa que ‘quando lutamos por direitos não estamos simplesmente lutando por direitos ligados à minha pessoa, mas lutamos para sermos concebidos como pessoas. Sexualidade é mais que um simples atributo do indivíduo. Acaba por definir uma relação entre o eu (*self*) e os outros, a própria humanidade de alguém. (...)’

Afirmar o valor de identidades e formas de vida LGBTs, em todas as suas modalidades inventadas é pressionar esse senso de ultraje em desenvolvimento, desafiar as realidades existentes, e mostrar que há muitas maneiras de ser sexual – e humano. A luta em torno dos direitos sexuais é, no fim, uma luta sobre ser humano. Assim como discriminação, preconceito, opressão e exploração são negações à humanidade plena, um pleito positivo é a afirmação das ricas possibilidades de diversidade humana⁵³³

Como evidencia a discussão sobre os direitos de pessoas trans, a multiplicidade das manifestações de sexualidade e identidade de gênero, portanto, não comporta uma definição identitária rígida e que busque elementos essenciais. Nesse sentido, a liberdade – e mais especificamente a liberdade de religião – pode fornecer um arcabouço normativo que permita não apenas abranger manifestações de gênero fluidas e articular demandas interseccionais, mas igualmente concretizar um pleito universal de autorrealização, além de contribuir, nesse processo, para desestabilizar o próprio sistema de sexualidade e gênero e as hierarquias que os permeiam.

3.3 Limites e desafios da liberdade para o tratamento dos direitos sexuais

Como visto, a ideia de liberdade possui enorme potencial para lidar com os direitos sexuais: além de possibilitar uma abordagem universal, pode contribuir para a desestabilização dos padrões normativos vigentes. Apresenta, contudo, limites que devem ser ressaltados. Primeiro, a liberdade “*pode ser tratada de uma maneira atomística, como propriedade: que promova o abuso de poder econômico*”⁵³⁴ e de outros tipo de poder, alocando a responsabilidade de consequências indesejadas em escolhas individuais. Nas palavras de Angela Harris: “*Na república das escolhas,*

⁵³³ WEEKS, Jeffrey. Making the Human Gesture: History, Sexuality and Social Justice. *History Workshop Journal*. v. 70, n. 1, p. 5-20, autumn 2010. p. 17.

⁵³⁴ BAER, Susanne. Dignity, Liberty, Equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism. *U. Toronto. LJ*, v. 50, n. 4, p. 417-468, fall 2009. p. 419.

somos todos responsáveis por nós mesmos"⁵³⁵. Nesse cenário, relações de poder e de subordinação estrutural são obscurecidas pelo discurso da decisão individual autônoma.

Uma abordagem como essa desconsideraria, por um lado, a necessidade de se assegurar condições materiais e simbólicas para que a escolha de fato exista ou, em outras palavras, para que, em razão das condições econômicas políticas e sociais, determinada opção não seja a única alternativa possível. Ignora também a necessidade de que não só alternativas não sejam obstadas, mas que a opção objeto da escolha seja efetivamente viabilizada. Ambas as dimensões estão presentes nas discussões acerca do direito ao aborto e da esterilização. Trata-se de pensar em assegurar um contexto em que as condições econômicas, de gênero, raça etc. não obriguem a realização de um ou outro procedimento. Ao mesmo tempo, cuida-se de assegurar que, uma vez escolhida adoção de qualquer um deles, possa ser realizado de maneira acessível, legal e segura.

Além desse aspecto, o emprego da liberdade para os direitos sexuais pode levar a um entendimento segundo o qual características relativas à sexualidade e à identidade de gênero são maleáveis, transitórias e/ou superficiais por serem fruto de escolhas (em oposição a condições inatas). Como consequência, poder-se-ia considerar possível operar procedimentos de "conversão" dos indivíduos desviantes ao padrão, como, por exemplo, a chamada cura-gay. Em verdade, embora as identidades sejam fruto de um determinado momento histórico, sejam construídas na sociedade de maneira relacional, se modifiquem ao longo do tempo, isso não significa que individualmente não sejam constitutivas da personalidade do indivíduo e aspecto central para seu entendimento como pessoa. Além disso, não quer dizer que essas identidades não sejam reconhecidas socialmente e gerem consequências reais que ensejem remédios e correções.

Trata-se, ao revés, de aprofundar a compreensão dessas identidades a partir da percepção de que não são universais em todos os seus aspectos e de que as vivências individuais variam em razão das circunstâncias e das escolhas específicas de cada um. Assim, a ideia de liberdade permite ampliar a proteção da igualdade ao mudar o foco da pergunta sobre "quais são os elementos essenciais de uma

⁵³⁵ HARRIS, Angela. Beyond Equality: Power and the Possibility of Freedom in the Republic of Choice. *Cornell Law Review*, v. 85, issue 5, article 1, p. 1181-1193, July 2000. p. 1191.

determinada categoria” (mulher, gay, lésbica, travesti etc) para o questionamento acerca de “qual é o resultado de uma exigência da igual liberdade de todos para o tratamento dessas pessoas à luz de suas experiências e vivência histórica enquanto grupo”. Além de evitar a exclusão que a construção de identidades rígida fatalmente acarreta e de abranger condutas sexuais que não são necessariamente vistas sob o prisma de uma identidade, a liberdade permite questionar os próprios sistemas que servem de pano de fundo para as exclusões vigentes, como o que divide as pessoas entre dois sexos e entre homossexuais e heterossexuais⁵³⁶.

Dois desafios adicionais se apresentam no uso da liberdade para o tratamento dos direitos sexuais. O primeiro relaciona-se aos limites de uma categoria amplamente utilizada no direito, mas que ganha contornos específicos quando relacionada à sexualidade: a de consentimento. A categoria de consentimento sexual é questionada a partir de dois diferentes viéses. Em primeiro lugar, é visto de uma maneira individualizada e fora de contexto e, nesse sentido, é incapaz de apreender as circunstâncias de coerção não explícitas, incluindo ascendências de poder, hierarquias de gênero e econômica, e a falta de alternativas – que podem levar alguém a consentir a um ato sexual indesejado.⁵³⁷ Além desses motivos, o consentimento pode ser comprometido por uma vasta gama de fatores, como, por exemplo, “o medo ou a antecipação de violência, desejo de evitar consequências desagradáveis ainda que não violentas, a falta de desejo, ou o desejo de agradar produzido em um contexto cultural mais amplo”⁵³⁸. Os sistemas jurídicos, contudo, tendem a considerar o que conta como consentimento e o que pode ser entendido como uma crença razoável que justifique um erro na percepção

⁵³⁶ A título de exemplo, Anne Fausto-Sterling se refere a um modelo multidimensional de homossexualidade desenvolvido por Fritz Klein que envolve sete variáveis superpostas por uma escala de tempo (passado, presente, futuro): atração sexual, comportamento sexual, fantasias sexuais, preferência emocional, preferência social, autoidentificação, estilo de vida homo/hetero. FAUSTO-STERLING, Anne. op. cit., p. 10.

⁵³⁷ Tratando de maneira panorâmica dessas críticas cf. COWAN, Sharon. ‘Freedom and capacity do make a choice’- a feminist analysis of consent in the criminal law of rape. In: MUNRO, Vanessa; STYCHIN, Carl (eds). *Sexuality and the Law: feminist engagements*. Oxon/New York: Routledge-Cavendish, 2007. p. 51-72.

⁵³⁸ HAAG, Pamela. *Consent: sexual rights and the transformation of American liberalism*. Ithaca/London: Conbell University Press, 1999. p. 16.

do consentimento alheio, a partir da perspectiva masculina – na pergunta de Catherine MacKinnon: razoável para quem e por que?⁵³⁹

Além de ser insuficiente para dar conta das situações acima referidas, a categoria de consentimento, ao ser frequentemente idealizada e baseada em ficções acerca de condições homogêneas de exercício, podem ser negadas peremptoriamente a categorias generalizáveis como “a criança incompetente, o agressor sexual reincidente e o homossexual desmoralizado”⁵⁴⁰. Nessa senda, pode excluir certas formas de exercício legítimo de autonomia. Finalmente, o foco na categoria do consentimento ao tratar do que é ou não aceitável sexualmente desvia o debate das vulnerabilidades estruturais e relações de dependência (como, por exemplo, em casos de abuso sexual e estupros no interior das famílias)⁵⁴¹. Para críticos como Joseph Fischel, é necessária a construção de um arcabouço que se baseie na distribuição diferencial de autonomia e vulnerabilidade, tendo em vista que

o consentimento não pode fazer o que nós queremos que ele faça, não pode separar sexo bom de sexo ruim, dano de liberdade, ou responder aos tipos de injustiças e desigualdades sexuais/sexualizadas que permeiam a vida da modernidade tardia (...)⁵⁴²

Um segundo desafio relaciona-se ao fato de que a regulação da sexualidade, ainda que por meio da liberdade, não deixa de ser um tipo de controle e disciplinamento. Nesse sentido, seria contraditório pugnar pela liberdade sexual pela via do direito?

Vasta literatura tem apontado para o fato de que a sexualidade vem sendo amplamente regulada, ao longo do tempo, por diversos códigos: canônico, médico, psicológico.⁵⁴³ Esses múltiplos regimes disciplinares têm servido para definir o que é

⁵³⁹ MACKINNON, Catharine A. *Towards a feminist theory of the State*. Cambridge, MA/London: Harvard University Press, 1989. p. 183.

⁵⁴⁰ FISCHEL, Joseph J. *Sex and harm in the age of consent*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2016. p. 11.

⁵⁴¹ *Ibidem*. passim.

⁵⁴² *Ibidem*. p. 7.

⁵⁴³ “Os agentes da regulação sexual sejam estados, igrejas ou outras instituições como aquelas da medicina ou da psicologia, estão envolvidos em um esforço que é interminável, e a razão disso é simplesmente porque identidades sexuais, incluindo e talvez especialmente as heterossexuais, são profundamente instáveis”. WEEKS, Jeffrey. *History, Desire, and Identities*. In: PARKER, Richard; GAGNON, John H. *Conceiving sexuality: approaches to sex research in a postmodern world*. New York: Routledge, 1995, p 33-50. p. 41.

normal em oposição ao que é anormal, além de normalizar a própria divisão binária entre essas categorias. Com relação à medicina, a título de exemplo, “*envolve desde a definição em termos médicos de um comportamento como desviante até as descobertas científicas que o legitimam, os tratamentos propostos e a densa rede de interesses sociais, políticos e econômicos em jogo*”⁵⁴⁴. A medicalização da sexualidade, em complemento e substituição à religião e à lei, foi crucial para definir as normas de uma sexualidade aceitável, incluindo o que é ou não permitido ou desejável, como, onde e quando.

Para Michal Foucault o processo de medicalização envolve dois elementos⁵⁴⁵. De um lado, a sexualidade, que tem como fundamento o dispositivo religioso da confissão e os saberes médicos e jurídicos, e como componente fundamental a vigilância e o controle disciplinar que exerce sobre indivíduos, inclusive e sobretudo no âmbito familiar. De outro, a biopolítica que organiza “*a gestão das populações e sua relação com a vida e a morte*” e que não está dissociada, ela própria, da sexualidade⁵⁴⁶. Nas palavras do autor:

[a] sexualidade se insere e adquire efeito, por seus efeitos procriadores, em processos biológicos amplos que concernem não mais ao corpo do indivíduo mas esse elemento, a essa unidade múltipla constituída pela população. A sexualidade está exatamente na encruzilhada do corpo e da população. Portanto, ela depende da disciplina, mas também depende da regulamentação.⁵⁴⁷

A esse respeito, Sergio Carrara, por exemplo, identifica como o tratamento da sífilis e, posteriormente, da AIDS foi e é parte de uma política sexual que “*não envolve o combate apenas a uma doença, é uma política muito mais ampla em relação à regulação da sexualidade.*”⁵⁴⁸ Especificamente com relação à sífilis, afirma que esse processo dividiu as vítimas da doença entre inocentes (esposas, as mulheres honestas e as crianças) e algozes (prostitutas e os homens casados).

⁵⁴⁴ ROHDEN, Fabíola. Diferenças de gênero e medicalização da sexualidade na criação do diagnóstico das disfunções sexuais. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 89-109, jan. 2009. p. 90.

⁵⁴⁵ GIAMI, Alain. A Medicalização da Sexualidade. Foucault e Lantéri-Laura: História da Medicina ou História da Sexualidade?. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*. v. 15, n.2, p. 259-284, 2005.

⁵⁴⁶ *Ibidem*. p.262.

⁵⁴⁷ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France, 1973- 1974*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. apud GIAMI, Alain. p. 268-269.

⁵⁴⁸ CARRARA, Sergio Luis. op. cit., p. 4.

Esse processo de hipermedicalização de alguns aspectos das sexualidades tidas como desviantes se associa com a negligência e o desconhecimento que recai sobre outros. É o caso do desconhecimento médico histórico acerca do corpo feminino e suas funções sexuais. Notadamente no que tange à reprodução, Fabíola Rohden aponta como a desvalorização, até o século XIX, das atividades pré-natais e de dar à luz pelos médicos se reverteu, a partir de então, em uma valorização dos temas ginecológicos e obstétricos. Esse movimento, segundo a autora, teve como condição “*uma distinção cada vez mais nítida entre a prática do sexo [tema imoral que não deveria merecer a atenção de um médico honesto] e os eventos relacionados à reprodução [nascimento e maternidade, eventos sempre apresentados como ‘sagrados’]*”.⁵⁴⁹

Assim, em um primeiro momento, a abordagem médica da sexualidade focava-se nas chamadas “perversões”, identificadas como aquelas que perseguiam “prazer sem o ônus da reprodução”⁵⁵⁰, e, posteriormente, com o surgimento e a intensa expansão da chamada “psiquiatria biológica”, nos anos 1980, houve um declínio da visão psicológica/psicanalítica, passando-se a buscar, desde então, os fundamentos biológicos do comportamento humano⁵⁵¹.

Como a medicina, o direito também tem funcionado como um regulador da sexualidade que contribui para a consolidação de uma sexualidade “normal”. Para além disso, o direito faz parte dos discursos que constituem identidades sexuais em geral, processo que é sempre acompanhado de exclusão e normalização.⁵⁵² Tratando do contexto do Reino Unido, Nicola Lacey assinala, por exemplo, que “o direito criminal produz, implícita e explicitamente, uma norma de heterossexualidade

⁵⁴⁹ ROHDEN, Fabíola. Histórias e tensões em torno da medicalização da reprodução. *Revista Gênero*, v. 6, n. 1, p. 313-224, 2005. p. 221.

⁵⁵⁰ RUSSO, Jane A. A terceira onda sexológica: Medicina Sexual e farmacologização da sexualidade. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, n.14, p.172-194, ago. 2013. p. 176.

⁵⁵¹ *Ibidem*. p. 179.

⁵⁵² “A sexualidade é socialmente construída e o direito participa deste processo. Isto é, a subjetividade sexual passa a ser naturalizada através de práticas discursivas, a consolidação de uma sexualidade “normal” demanda um outro “excluído”, a significar que nunca, em nenhum sentido, ela existe fora do discurso real. Assim, a operação do poder através do direito não é simplesmente proibitiva em relação à sexualidade (ou qualquer outra coisa). O direito, como outros discursos, também constitui identidades e práticas sexuais como desviantes ou normais e depois busca regular o que é definido para além da normalidade.” STYCHIN, Carl F. *Law's desire: sexuality and the limits of justice*. London/New York: Routledge, 1995. p. 7.

adulta e de intercurso sexual heterossexual penetrativo como o paradigma do comportamento sexual normal".⁵⁵³ Janet Halley, por sua vez, assinala como a regulação do assédio sexual no ambiente de trabalho pode ter como efeito uma "dessexualização" das mulheres ao recolocá-las em um pedestal vitoriano em um reforço mais amplo da ideia de que a sexualidade admitida é apenas aquela com fins procriativos.⁵⁵⁴

Na linha do que afirma Foucault⁵⁵⁵, as práticas discursivas em torno da sexualidade, incluindo o direito e a medicina, por meio de seus regimes de regulação, exercem controle sobre os comportamentos sexuais, proibindo e forjando certas formas de expressão sexual⁵⁵⁶. Nesse sentido, o próprio direito "*produz o desviante, o delinquente, o criminoso e o sodomita*"⁵⁵⁷ do mesmo modo em que produz a normalização, isto é, o processo de organização das diferenças sociais em torno de uma média que é, implicitamente, considerada boa e desejável⁵⁵⁸. Igualmente, afirma Judith Butler, que o gênero como aparato discursivo produz a ideia de sexo como elemento pré-discursivo, ou natural:

O gênero não pode ser concebido meramente como uma inscrição cultural de significado em um sexo pré-dado (uma concepção jurídica); gênero também deve designar o aparato de produção em si onde os sexos são, eles próprios, estabelecidos. Como resultado, gênero não está para a cultura como o sexo está para a natureza; gênero é também os meios discursivos/culturais por meio dos quais a "natureza sexuada" ou o "sexo natural" é produzido e estabelecido como "pré-discursivos", anteriores à cultura, um superfície politicamente neutra *na qual* a cultura atua.⁵⁵⁹

⁵⁵³ LACEY, Nicola. *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory*. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 103-104.

⁵⁵⁴ HALLEY, Janet. *Sexuality Harassment*. In: MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *Directions in Sexual Harassment Law*. New Haven/London: Yale University Press, 2004. p. 182-200.

⁵⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

⁵⁵⁶ EDWARDS, Susan S. M. *Female sexuality & the Law*. Oxford: Martins Robertson, 1981. p. 13-14.

⁵⁵⁷ HUFFES, Lynne. *Are the lips a grave? A queer feminist on the ethics of sex*. New York: Columbia University Press, 2013. p. 107

⁵⁵⁸ HALLEY, Janet. *Split decisions: how and why to take a break from feminism*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 121.

⁵⁵⁹ BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. Oxon/New York: Routledge, 2006. p. 10.

À luz dessas considerações, o tratamento jurídico da sexualidade, mesmo que baseado na ideia de liberdade, encerraria o risco de reforçar os mesmos mecanismos que promovem hierarquias sociais que pretende combater.

3.4 Considerações finais

Como visto ao longo deste capítulo, a ideia de liberdade pode oferecer contribuições decisivas para o tratamento dos direitos sexuais, notadamente em razão da possibilidade de universalização de seus destinatários e de desestabilização dos sistemas normativos vigentes que promovem a subordinação de certos grupos. Não obstante, seu uso isolado pode levar à ilusão de que as escolhas são ilimitadas, não requerem pressupostos simbólicos e materiais para se concretizarem, nem são constrangidas pela falta desses elementos. Essas limitações abrangem igualmente categorias que têm sido chave para o exercício da liberdade sexual, como a ideia de consentimento. Finalmente, deve-se ter em mente que a regulação da sexualidade pela via do direito, ainda que por meio da liberdade, corre o risco de contribuir, ela própria, para a criação e manutenção de hierarquias e desigualdades.

4 UMA ABORDAGEM DEMOCRÁTICA E INTEGRADA DE LIBERDADE E IGUALDADE

4.1 Introdução

Como visto, tanto liberdade quanto igualdade são princípios fundamentais para a realização dos direitos sexuais. Sem embargo, trata-se de princípios fundacionais do constitucionalismo contemporâneo, sendo aplicados no mundo inteiro para a adjudicação de direitos constitucionais. Atualmente, cento e noventa e uma constituições escritas contêm a palavra “liberdade”⁵⁶⁰; cento e sessenta e sete também mencionam o princípio da “igualdade”, enquanto outras referem-se à mesma ideia por meio de dispositivos como o da “igual proteção” (*equal protection*)⁵⁶¹. Como visto, a Constituição brasileira de 1988 faz inúmeras referências aos dois princípios. Liberdade e igualdade também são dispositivos poderosos em documentos internacionais de direitos humanos. Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo primeiro, estabelece que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*” e apresenta diversos dispositivos que fazem referência aos os dois termos. O mesmo se aplica para o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, e para muitos outros tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário.

Como evidenciado nas discussões enfrentadas nos capítulos anteriores, liberdade e igualdade têm o potencial de se reforçarem mutuamente. No caso das uniões homoafetivas, por exemplo, a igualdade promove a inclusão no regime geral de um grupo estigmatizado reforçando a possibilidade do exercício da liberdade como autorrealização por parte daqueles indivíduos. Do mesmo modo, um tratamento mais igualitário do ponto de vista formal que impeça a superinclusão de

⁵⁶⁰ Pesquisa realizada na base de dados *The Constitute Project* em 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>>. A imensa maioria refere-se à “freedom”, algumas também mencionam “liberty”.

⁵⁶¹ As constituições da República Democrática do Congo, de 2005, da Armênia, de 1995, das Ilhas Marshall, de 1979, e dos Estados Unidos da América, de 1789, contêm cláusulas de igual proteção (*equal protection*) ao invés de “igualdade”. Outras constituições, como a de Antígua e Barbuda, não mencionam expressamente nenhuma das duas expressões, mas contêm dispositivos que determinam, por exemplo, “o *direitos de todas as pessoas aos direitos fundamentais e liberdades do indivíduo*”.

grupos estigmatizados como travestis e prostitutas no âmbito da repressão estatal penal está intrinsecamente conectado com a fruição da liberdade por essas pessoas. Com efeito, a igualdade plena pressupõe liberdade e também o contrário⁵⁶². Como ressaltou o Ministro Roberto Barroso ao derrubar a vedação do ensino de gênero e orientação sexual nas escolas, a liberdade de expressão pode ser decisiva para o avanço da igualdade⁵⁶³. Não obstante, liberdade e igualdade podem entrar em conflito, o que, a seu turno, pode ocorrer de três maneiras diferentes.

Em alguns casos, a colisão surgirá da incompatibilidade entre os dois princípios, cada um reclamado por uma *parte diferente*. É o caso, na discussão sobre discurso de ódio, da colisão entre a liberdade de expressão do emissor, de um lado, e o direito do receptor de não sofrer discriminação e ameaças de cunho discriminatório, do outro. A esse respeito, no recente julgamento iniciado no STF acerca da criminalização da LGBTfobia diversos votos indagaram se a vedação de proferir manifestações homofóbicas implicaria um cerceamento da liberdade religiosa⁵⁶⁴.

Em outras ocasiões, *diferentes partes* reclamarão o *mesmo direito* (liberdade ou igualdade) para defender soluções incompatíveis. Em casos relativos a ações afirmativas, por exemplo, ambos os lados pugnam diferentes versões da igualdade. Do mesmo modo, não é difícil imaginar situações em que ambas as partes mobilizarão seu direito à liberdade (uma em oposição à liberdade da outra) de maneira irreconciliável, como nos casos de violência sexual em que a vontade uma pessoa busca se impor sobre a de outra. Ou, ainda, quando a liberdade de interromper voluntariamente a gestação colide com a liberdade de consciência do profissional que supostamente iria realizá-la.

⁵⁶² “De fato, para os pensadores liberais, como Berlin e Friedman, a igualdade e a liberdade se reforçam mutuamente, na medida em que são elementos do estabelecimento de uma ordem constitucional liberal. A igualdade perante a lei, para ambos os pensadores, é um garante essencial da liberdade pessoal. Da mesma forma, a liberdade pessoal como bem político deve ser distribuída a todos em partes iguais”. SELIGSOHN, Andrew. Choosing Liberty over Equality and Sacrificing Both: Equal Protection And Due Process In Lawrence V. Texas. *Cardozo Women’s Law Journal*, v. 10, p. 411-422, 2003-2004. p. 411.

⁵⁶³ No mesmo sentido, cf. ZICK, Timothy. The Dynamic Relationship between Freedom of Speech and Equality. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. v. 12, p.13-75, 2016.p. 51.

⁵⁶⁴ A esse respeito, cf. o item 2.3.1, no capítulo 2.

Há, ainda, uma terceira variedade de conflito, que aparecerá quando argumentos baseados na liberdade entrarem em colisão com argumentos relativos à igualdade para defender direitos incompatíveis dos *mesmos indivíduos*. Todas essas modalidades de conflitos estão presentes nas discussões sobre direitos sexuais. Contudo, o terceiro tipo está no centro da própria definição de direitos sexuais: em que medida os direitos sexuais devem ser definidos com base na autonomia do indivíduo de fazer escolhas sobre sua própria vida e sexualidade? Em que medida as estruturas de poder limitam e constroem essas escolhas?

As tensões e disputas presentes na origem dos direitos sexuais e também no seu emprego atual se refletem nas diversas respostas possíveis que podem advir de sua aplicação a casos concretos. Isso se dá especialmente porque, embora haja uma dimensão de autonomia nas escolhas realizadas pelas pessoas com relação à sua sexualidade e seus desdobramentos, estas são condicionadas, em maior ou menor grau, pelas circunstâncias do contexto. Usando a paráfrase de Marx feita por Parker e Gagnon, “*seres humanos fazem sua sexualidade, mas não como querem*”⁵⁶⁵.

Nesse sentido, perspectivas que busquem tratar dos direitos sexuais exclusivamente pelo prisma da igualdade – ou da liberdade – tendem a perder uma visão mais ampla e complexa do todo. Em certos casos, como o da esterilização e do aborto, podem desconsiderar, de um lado, a capacidade de optar por tais procedimentos, ou, de outro, a necessidade de que sejam assegurados os meios para realizá-los, assim como a garantia de um ambiente de não coerção para que uma escolha mais autônoma se realize⁵⁶⁶.

Do mesmo modo, na abordagem de direitos como o casamento homoafetivo e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans, pode-se, sob o viés da liberdade, desprezar a dimensão pública e social dessas questões e, sob o viés da igualdade, cristalizar identidades e desconsiderar aqueles que não se adequam – assim como as normas vigentes, que se estruturam, elas próprias, segundo as perspectivas dominantes, que tendem a ser naturalizadas. Além disso, uma

⁵⁶⁵ GAGNON, John H; PARKER, Richard. *Conceiving sexuality*. In: PARKER, Richard; GAGNON, John H. *Conceiving sexuality: approaches to sex research in a postmodern world*. New York: Routledge, 1995. p. 15.

⁵⁶⁶ Utiliza-se o advérbio “mais” em razão do pressuposto de que nenhuma escolha jamais será completamente autônoma, nos termos do item 3.1.1. do capítulo 3.

abordagem superficial dos direitos sexuais pode deixar de lado o papel que o próprio direito tem de forjar e normalizar (anormalizando) identidades e práticas sexuais.

Por tais razões, se faz necessária uma abordagem capaz de perceber que as escolhas serão progressivamente mais autônomas na medida em que as circunstâncias de igual acesso a bens materiais, simbólicos e políticos possa ser alcançada. Um arcabouço teórico apto a lidar com os diferentes aportes que cada um dos conceitos – liberdade e igualdade – traz para o debate dos direitos sexuais, sobretudo em circunstâncias nas quais o emprego exclusivo de cada um deles leva a soluções opostas. Apenas um enfoque como este poderá lidar, de maneira apropriada, com situações como as acima mencionadas e com outras discussões difíceis que podem surgir em torno dos direitos sexuais, como, por exemplo, as relativas a prostituição, pornografia, comportamento sexual de incapazes e barriga de aluguel. Enquanto um argumento puramente pró-liberdade enfatizaria a autonomia dos indivíduos de se engajarem nas referidas práticas (rejeitando qualquer obstáculo ou condicionante para tanto), um argumento meramente igualitário negaria essas possibilidades apontando as estruturas de dependência e poder às quais os indivíduos envolvidos se sujeitam.

À luz dessas reflexões, o presente capítulo busca apresentar algumas possíveis soluções para lidar com a relação contraditória e sinérgica entre liberdade e igualdade no tratamento dos direitos sexuais.⁵⁶⁷ Nesta toada, será defendido que, tanto liberdade quanto igualdade, vistas de maneira isolada e exclusiva, são insuficientes para lidar com as complexidades dos direitos sexuais, sendo necessária uma abordagem integrada entre os dois conceitos que incorpore uma dimensão político-democrática.

4.2 Ausência de conflito: hierarquização, categorização e absorção de uma pela outra

A primeira via para lidar com as tensões entre liberdade e igualdade nos casos acima referidos seria tratar os dois princípios como irreconciliáveis e basear

⁵⁶⁷ Para algumas das possibilidades que serão abordadas a seguir na tradição da *common law*, cf. NICE, Julie A. Equality Constitutes Liberty: The Alignment of CLS v. Martinez. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 38, p. 631-672, 2011. p. 632

uma solução em apenas um deles. Os critérios para decidir qual dos dois aplicar poderia variar. Uma primeira possibilidade seria estabelecer uma hierarquia “prévia e rígida” entre liberdade e igualdade⁵⁶⁸. Como indica Jane Reis Gonçalves Pereira,

Quando se recorre a essa noção, as colisões entre direitos, ou entre estes e bens coletivos, são resolvidas de acordo com pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia⁵⁶⁹.

É como faz a Suprema Corte dos Estados Unidos ao estabelecer uma posição de preferência a certas liberdades no ordenamento jurídico daquele país. Durante a chamada Era de Lochner, a autonomia dos contratantes justificou a declaração de inconstitucionalidade de diversas leis que buscavam intervir na economia, por exemplo, regulamentando as relações trabalhistas⁵⁷⁰. Embora esse entendimento tenha sido superado, à liberdade de expressão ainda é atribuído um status superior, autorizando discursos odiosos e provocativos que expressem até mesmo ideias fascistas ou racistas⁵⁷¹.

Recentemente, contudo, aquela Corte evitou se posicionar mais amplamente sobre o conflito entre as leis antidiscriminação e a liberdade de expressão e religião. No caso em questão, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights*, discutia-se se o dono de uma padaria teria o direito de, em razão de suas crenças, recusar a prestação de serviços como a produção de um bolo para o casamento de um casal gay⁵⁷². Com base em sua liberdade religiosa e de expressão, o proprietário

⁵⁶⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 285-286.

⁵⁶⁹ Ibidem. p. 286.

⁵⁷⁰ Para uma síntese da chamada era de Lochner em língua portuguesa cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim científico ESMPU*, a. 4, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005.

⁵⁷¹ Para um caso recente, veja-se 582 U.S. ____ (2017). *Matal v. Tam*, de 17 de junho de 2017 (anteriormente conhecido por *Lee v. Tam*), em que a Suprema Corte determinou que: “Discursos que depreciam com base em raça, etnia, gênero, religião, idade, deficiência ou qualquer outro motivo similar são odiosos; mas o orgulho de nossa jurisprudência de liberdade de expressão é que protegemos a liberdade de expressar ‘o pensamento que odiamos’.” Para casos mais antigos apontados como paradigmáticos nesse sentido veja-se: 343 U.S. 250 (1952). *Beauharnais v. Illinois*, de 27 de abril de 1952; 337 U.S. 1. *Terminiello v. City of Chicago*, de 15 de março de 1949; e 432 U.S. 43 (1977). *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, de 13 de junho de 1977.

⁵⁷² 584 U.S. ____ (2018). *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, de 03 de junho de 2018.

pretendia uma exceção para leis antidiscriminação existentes. Na ocasião, a Suprema Corte daquele país reverteu a decisão da instância inferior, que vedava a discriminação, afirmando que, a comissão encarregada de arbitrar a questão teria demonstrado hostilidade em relação às visões religiosas do dono da padaria durante seu processo decisório. Ao fim, o voto da maioria afirmou que

o resultado de casos como este em outras circunstâncias deve aguardar uma maior elaboração nos tribunais, tudo no contexto de reconhecer que essas disputas devem ser resolvidas com tolerância, sem desrespeito indevido a crenças religiosas sinceras, e sem sujeitar pessoas gays a indignidades quando elas procuram bens e serviços em um mercado aberto⁵⁷³.

Uma segunda possibilidade para evitar o choque entre liberdade e igualdade seria pressupor que, em cada situação, incidiria exclusivamente um ou outro princípio, não havendo, portanto, colisão. Nessa hipótese, para cada caso haveria uma resposta certa *a priori*, baseada nos contornos pré-definidos para um ou outro princípio. Por essa perspectiva, liberdade e igualdade teriam – cada uma – uma extensão predeterminada à qual cada hipótese concreta seria subsumida. Trata-se de um esforço de *categorização*⁵⁷⁴ fundamentado na teoria interna dos direitos fundamentais, segundo a qual “*é inadmissível a ideia de restrições ou limitações externas aos direitos fundamentais*”.⁵⁷⁵

Uma terceira opção seria subsumir igualdade à liberdade, ou vice-versa. Há quem afirme que Owen Fiss, por exemplo, “*transforma igualdade em um aspecto da liberdade*” ao afirmar que “*o conflito entre liberdade e igualdade pode ser transformado em um conflito entre liberdade e liberdade*”⁵⁷⁶. De acordo com Fiss, ao longo do século XX, a importância da igualdade no cenário estadunidense teria se consolidado com a ampliação da proteção do direito antidiscriminação a cada vez mais grupos desvantajados e com o compromisso, por parte dos liberais, com um

⁵⁷³ Ibidem. p. 18 do voto da maioria. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵⁷⁴ “*Categorizar, no sentido que aqui se adota, significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente*”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 277.

⁵⁷⁵ Ibidem. p. 180.

⁵⁷⁶ DAWOOD, Yasmin. Democracy and the Freedom of Speech: Rethinking the Conflict between Liberty and Equality. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 26, issue 2, p. 293-311, 2013.

estado de bem-estar social capaz de satisfazer o mínimo das necessidades básicas dos indivíduos. Nesse contexto, aqueles comprometidos com a liberdade de expressão, como ele próprio, ver-se-iam na difícil posição de defendê-la perante pleitos de igualdade em casos controversos envolvendo pornografia, financiamento de campanhas e discurso de ódio.⁵⁷⁷

Fiss rejeita a posição daqueles que, nesse cenário, solucionam o conflito por meio da hierarquização. Para ele, ainda que se considere que um *“debate livre e aberto é pré-condição para atingir uma igualdade verdadeira e substantiva”*, a recíproca também é verdadeira: *“uma política verdadeiramente democrática não será atingida até que as condições de igualdade sejam plenamente satisfeitas”*.⁵⁷⁸ Dessa forma, não se poderia alegar uma preponderância pré-determinada da liberdade sobre a igualdade.

Assim, buscando contribuir para o deslinde da controvérsia, o autor sugere tratar o conflito dentro de uma “matriz comum”, como sendo uma colisão entre liberdade e liberdade⁵⁷⁹. Fiss reconhece que *“essa formulação não faria todas as discordâncias irem embora, nem [seria capaz de] remover a necessidade de escolhas difíceis”*⁵⁸⁰. Contudo, como forma de evitar uma batalha de valores (entre igualdade liberdade), defende a questão seja tratada por meio da perspectiva de autogoverno coletivo. Em outras palavras, a intervenção estatal que poderia ser justificada como uma exigência da igualdade passa a ser defendida como uma promoção da participação de grupos desvantajados no debate público e, logo, como um desdobramento da liberdade de expressão⁵⁸¹. Assim afirma o autor:

O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses auto-expressivos dos vários grupos, mas sim tentando estabelecer pré-condições essenciais para o autogoverno coletivo, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser conseguido simplesmente capacitando os grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e afins nos ensinou que o assunto não é tão simples. Às vezes precisamos diminuir as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros.

⁵⁷⁷ FISS, Owen. M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 10.

⁵⁷⁸ Ibidem. p. 12.

⁵⁷⁹ Ibidem. p. 15.

⁵⁸⁰ Ibidem. p. 15.

⁵⁸¹ Ibidem. p. 16.

A preocupação não é simplesmente com a posição social dos grupos que podem ser prejudicados pelo discurso cuja regulação é examinada. Em vez disso, a preocupação é com as reivindicações desses grupos com relação a uma oportunidade plena e igualitária de participar do debate público – as reivindicações desses grupos em relação ao seu direito à liberdade de expressão, em oposição ao seu direito à proteção igualitária. O Estado, além disso, está honrando essas reivindicações não por causa de seu valor intrínseco ou por promover seus interesses auto-expressivos, mas apenas como um meio de promover o processo democrático.⁵⁸²

A contribuição de Fiss pode ser enxergada para além da “tradução” dos pleitos de igualdade para a gramática da liberdade de expressão. Seu principal mérito é, na realidade, inserir uma dimensão político-democrática na discussão e utilizá-la como métrica para o conflito entre liberdade e igualdade. Como se verá adiante, essa é uma ideia crucial para lidar com as divergências entre estes princípios nas hipóteses aqui tratadas: quando a mobilização de cada um dos princípios levar a soluções antagônicas para os mesmos indivíduos.

Em sentido oposto ao de Fiss, Ronald Dworkin subsumiria a liberdade à igualdade com base na ideia de que a “*liberdade é apenas um outro recurso que deve ser igualmente distribuído*”⁵⁸³. Dworkin desenvolve um argumento segundo o qual a liberdade se torna um aspecto da igualdade quanto esta última é entendida como uma “igualdade de recursos”.⁵⁸⁴ Isso porque a igualdade de recursos é especialmente sensível à liberdade na medida em que não é mensurada a partir da satisfação de preferências, mas a partir de um processo de discussão e escolha adequado para o qual um grau substancial de liberdade é pressuposto. Em suas palavras, trata-se de

um processo coordenado de decisões em que pessoas que assumem responsabilidade por suas ambições e projetos e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, são aptas para identificar os verdadeiros custos de seus próprios planos para outras pessoas, e assim desenhar e redesenhar esses planos de forma a usar apenas a justa medida dos recursos a princípio disponíveis para todos.⁵⁸⁵

⁵⁸² Ibidem. p. 18.

⁵⁸³ DAWOOD, Yasmin. op. cit., p. 294.

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 121.

⁵⁸⁵ Ibidem. p. 122.

Defende Dworkin que, valorizar que as pessoas possam viver sob a égide da liberdade requer que essas vidas sejam tratadas com igual consideração o que, em regra, anularia a possibilidade de conflito entre liberdade e igualdade. Para Dworkin, a reconciliação entre liberdade e igualdade é um imperativo decorrente da máxima de que o principal objetivo do governo deve ser *“agir para fazer a vida dos governados melhor, e deve mostrar igual consideração pela vida de cada um”*⁵⁸⁶.

As três propostas apresentadas (hierarquização, categorização e subsunção de liberdade à igualdade ou vice-versa) têm em comum o fato de omitirem o conflito entre liberdade e igualdade, o que não faz com que ele desapareça. Por isso, não se apresentam como soluções para os casos difíceis de direitos sexuais em que cada um dos princípios leva a soluções incompatíveis para os mesmos indivíduos.

Especificamente, a adoção da técnica da hierarquização não se justifica em contextos dinâmicos e complexos como aqueles envolvendo os direitos sexuais, em que a realidade concreta ora pode demandar um maior peso à igualdade, ora à liberdade. Além disso, no caso brasileiro, a Constituição não reconhece hierarquia entre as normas constitucionais e muito menos entre os direitos fundamentais, o que já foi, inclusive, afirmado pelo STF⁵⁸⁷. Por outro lado, estabelecer limites imanentes para igualdade ou liberdade apenas transfere a discussão para uma etapa anterior: o momento de definir o limite de cada princípio, sem que sejam garantidas maior objetividade, controlabilidade ou correção constitucional a esse processo⁵⁸⁸.

Finalmente, a modificação da terminologia não muda a oposição básica existente entre intervenção e autonomia, ao mesmo tempo em que desconsidera a contribuição específica de cada uma das ideias. Ambos, Fiss e Dworkin, buscam reconciliar liberdade e igualdade ao transformar uma na outra. Para Fiss, igualdade poderia ser lida como uma faceta da liberdade, para Dworkin, liberdade é um

⁵⁸⁶ Ibidem. p. 128.

⁵⁸⁷ Por exemplo, STF. ADI 815. Tribunal Pleno. Relator Min. Moreira Alves, julg. 28/03/1996, DJ 09/04/1994. EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. (...)

⁵⁸⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 198-201; 207-222; 283-286.

aspecto da igualdade. Essa perspectiva acaba por requerer um conceito de liberdade ou igualdade excessivamente amplo, que, em geral, não corresponde ao entendimento disseminado acerca do significado da palavra.⁵⁸⁹ Além disso, pode ocultar as divergências existentes entre eles, dificultando que os interesses conflitantes em jogo e seus beneficiários possam ser observados de maneira mais clara.

4.3. Sopesamento e interpenetração

As propostas acima apresentadas (hierarquização, categorização e subsunção de liberdade à igualdade ou vice-versa) são insuficientes para lidar com as complexidades da relação entre liberdade e igualdade e, especificamente, com casos em que tais princípios conduzem a respostas antagônicas com relação a direitos sexuais dos mesmos indivíduos.

Em razão disso, é necessário buscar uma solução que reconheça as peculiaridades de cada um dos princípios, de modo a verificar, em cada caso concreto, qual é o ponto de equilíbrio entre eles. Uma abordagem como essa tem a vantagem de olhar a realidade para constatar, na prática, os efeitos de se priorizar um ou outro princípio.

Tradicionalmente, para tanto, vem-se empregando a técnica da ponderação, que, como indica Jane Reis Gonçalves Pereira, começou a ganhar espaço no Brasil como método hermenêutico a partir da década de 1990⁵⁹⁰. O método consiste no contrabalanceamento de interesses ou bens constitucionais opostos “*que se apresentem em conflito em situações concretas a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer*”⁵⁹¹. Num primeiro momento, é buscado um

⁵⁸⁹ Para ilustrar esse ponto, note-se que a luta contra a segregação racial nos Estados Unidos, que é, em geral, pensada como uma questão de igualdade, foi formatada por alguns ativistas, como o próprio Martin Luther King, como uma questão de liberdade. GOULLET, Harlan M. Political versus Civil Rights? Equality and Liberty Under the First and Fourteenth Amendments. *Temple Political & Civil Rights Law Review*. v. 1, p. 45-59, 1992.

⁵⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 295-296.

⁵⁹¹ Ibidem. p. 304.

equilíbrio ou uma reconciliação entre os polos em questão e, caso não seja possível, é indicado qual deverá predominar na circunstância específica.

Essa solução não oferece maiores dificuldades quando aplicada para as duas primeiras modalidades de conflitos apresentadas acima: colisão oriunda da incompatibilidade entre liberdade e igualdade quando uma parte reivindica um princípio e a outra parte o outro princípio para promoverem resultados incompatíveis, e colisão oriunda da incompatibilidade entre a reivindicação do mesmo princípio de maneira incompatível por duas partes diferentes (liberdade contra liberdade, ou igualdade contra igualdade).

Essa solução, entretanto, será insuficiente para lidar com situações em que igualdade e liberdade levam a soluções diversas com relação a direitos dos *mesmos indivíduos*. Isso porque, em se tratando dos direitos sexuais do mesmo grupo de pessoas, liberdade e igualdade poderão ao mesmo tempo se reforçar e se contrapor, levando a diferentes resultados. Por isso, é necessário buscar um arrouço teórico que acrescente um elemento de fluidez à análise: ao invés de uma contraposição entre dois bens ou interesses constitucionais monolíticos, polos opostos capazes de se infiltrarem mutuamente, enriquecendo-se e limitando-se de maneira recíproca.

Isso implicaria, para o que vem sendo discutido no presente trabalho, enxergar liberdade e igualdade não como desvinculadas e conflitantes, mas uma à luz da outra, entendendo onde se reforçam e onde se restringem. Igualdade lida à luz da liberdade buscaria contemplar a diferença sem reificação de identidades de grupo, evitando a ameaça do assimilacionismo e de uma estereotipização e cristalização de identidades. Liberdade lida à luz da igualdade requereria iguais condições para o exercício da liberdade de inventar e eleger a forma de viver a própria vida, evitando o abuso do poder econômico e a idealização da decisão individual como sendo completamente autônoma.

A esse respeito, Susanne Baer propõe uma abordagem triangular de liberdade, igualdade e dignidade, para que possam “*coexistir pacificamente se propriamente entendidas*”⁵⁹². Segundo a autora, ao invés de “*juntá-las como blocos*

⁵⁹² BAER, Susanne. Dignity, Liberty, Equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism. *University of Toronto Law Journal*, v. 59, n. 4, p. 417-468, fall 2009. p. 421.

de construção, seja de uma maneira hierárquica ou como uma rota de colisão”, o triângulo permitiria

atingir aquilo de que os direitos humanos e fundamentais parecem se tratar – notadamente, iguais condições de liberdade baseadas no reconhecimento de diversas maneiras pelas quais alguém pode escolher viver sua própria vida⁵⁹³

De acordo com Baer, essa abordagem holística, ou interpretação sistemática, faria “*justiça às três preocupações envolvidas*” e à contribuição individual de cada princípio: “*dignidade assegura o respeito por todos os indivíduos, igualdade serve para enfrentar a injustiça sistêmica e liberdade para salvaguardar a liberdade de escolha sob iguais condições*”⁵⁹⁴. Além disso, permitiria que cada um desses princípios se refreie um ao outro:

por causa da igualdade e da liberdade, dignidade não é um status como *dignitas* ou uma visão moralista de comportamento dignificado. Por causa da dignidade, igualdade não é simetria, mas o direito de ser diferente, livre da subordinação; e por causa da liberdade, igualdade é o pleito de fazer diferentes usos da liberdade e de não sofrer por isso. Logo, igualdade, liberdade e dignidade formam um triângulo fundacional do constitucionalismo.⁵⁹⁵

A proposta de Baer oferece uma importante contribuição para a análise que vem sendo desenvolvida no presente trabalho: a ideia de interpenetração entre liberdade e igualdade. Esse aporte nos permite pensar em uma abordagem integrada dos direitos sexuais que leve a sério ambos os princípios ao fazer avançar seu conteúdo. Nesse sentido, está alinhado com as noções de indivisibilidade dos direitos humanos e de unidade da Constituição.

A indivisibilidade dos direitos humanos, reconhecida na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, afirma a inter-relação entre os direitos humanos, sejam eles direitos civis e políticos, ou direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Ibidem. p. 430.

⁵⁹⁴ Ibidem. p. 420, 448.

⁵⁹⁵ Ibidem. p. 467-468.

⁵⁹⁶ “Os direitos humanos são indivisíveis como indivisível é a dignidade humana. Desmembramentos ou hierarquias entre os direitos humanos não são permitidos, de modo que não se pode afirmar que algum seja não substancial ou de menor importância. (...) Eles são, pelo contrário, interdependentes, porque a violação de uma geralmente leva à violação de outros, como ocorre, por exemplo, com o direito à participação política se a liberdade de expressão ou associação for

Além de determinar que não há hierarquia entre eles, implica sua dependência recíproca. Especificamente sobre a projeção da indivisibilidade na relação entre liberdade e igualdade, Flávia Piovesan afirma que

Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade, mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade.⁵⁹⁷

Em sentido semelhante, a ideia de unidade da Constituição é um princípio interpretativo de origem germânica segundo o qual as normas constitucionais são parte de uma unidade coerente.⁵⁹⁸ Por tal razão, a leitura e interpretação de cada uma delas não pode ser realizada de maneira isolada ou exclusivamente a partir de si mesma, mas, ao revés, devem ser sempre “*situada[s] em conjunto*” e de maneira coordenada⁵⁹⁹. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “[p]ara que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente”⁶⁰⁰. A noção de unidade da Constituição

violada; ou com o direito à vida se o direito à saúde ou à comida não for satisfeito. Nesse sentido, a separação entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro, é uma desorientação que só pode ser explicada por razões políticas e circunstâncias históricas presentes quando os pactos foram discutidos nas Nações Unidas (ver acima), mas que, como será visto mais adiante, não tem base conceitual. Da mesma forma, a distinção feita entre ‘três gerações de direitos humanos’ só é admissível didaticamente, mas não como uma questão de conceito”. NIKKEN, Pedro. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, v. 52, p. 55-140, jul./dec. 2010. p. 70. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

⁵⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. p. 108. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5>. Acesso em: 26 fev. 2019.

⁵⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. O Princípio da Unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, jan./mar. 2000.

⁵⁹⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45.

⁶⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 125.

está intimamente relacionada com a de concordância prática, a qual consiste, por sua vez, em buscar a otimização dos bens constitucionais em jogo no caso de uma colisão, para que cada um deles realize, ao máximo, sua efetividade.⁶⁰¹

A proposta de Baer, portanto, em consonância com as ideias de indivisibilidade dos direitos humanos e de unidade da Constituição, propõe uma abordagem interrelacional de liberdade, igualdade e dignidade. Apesar da enorme contribuição que esse projeto tem a oferecer, sua abordagem triangular sujeita-se a algumas críticas.

A primeira objeção se dirige ao autoproclamado objetivo de demonstrar que liberdade, dignidade e igualdade podem “*coexistir pacificamente*”, ou que podem ser vistos como “*interesses paralelos e harmoniosos de sujeitos humanos*”⁶⁰². Sem embargo, a ideia de pacificar o conflito ameaça a vitalidade e a força de seu arcabouço teórico. Com efeito, seu esquema triangular é útil justamente pela forma como lida com o conflito: sendo capaz de extrair seus benefícios e permitindo que um princípio enriqueça e limite o outro justamente em razão de sua divergência.

Em segundo lugar, a inclusão da dignidade como um vértice do triângulo pode ser questionada. Por um lado, não é evidente qual é o conteúdo autônomo agregado pela dignidade que não pode ser subsumido à igualdade e à liberdade. Para Baer, sua utilidade estaria em “*garantir o respeito por todos os indivíduos*”, elemento que parece ser o próprio pressuposto dos direitos humanos e fundamentais e que está na base das ideias de liberdade e igualdade⁶⁰³. Por outro lado, a própria autora reconhece os riscos inerentes a essa ideia, quais sejam: reforçar um “*status como dignitas ou uma visão moralista de comportamento dignificado*” e “*esconder o*

⁶⁰¹ HESSE, Konrad. op. cit. p. 46.

⁶⁰² Ibidem. p. 467-468, 448.

⁶⁰³ Mesmo em abordagens mais amplas acerca do conteúdo da dignidade, como a que inclui valor intrínseco da pessoa, pela autonomia, mínimo existencial e reconhecimento (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte, Fórum, 2016), não agregam elementos que já não estejam presentes nas noções de igualdade e liberdade. Na visão aqui defendida, a autonomia poderia ser subsumida à liberdade, enquanto o mínimo existencial e o reconhecimento à igualdade. O valor intrínseco estaria presente em ambos os princípios. Nesse sentido, alinha-se com a ideia de que a dignidade humana não é um direito autônomo, mas “*o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais.*” (BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012, p. 157)

preconceito e permitir a estereotipização cultural".⁶⁰⁴ Além disso, comparada à igualdade e à liberdade, o conteúdo da dignidade é mais polissêmico e muito menos consensual⁶⁰⁵ e, a depender do que venha a ser a ele atribuído, o equilíbrio do triângulo poderia ser prejudicado por conta da ausência de uma virtude que o contrabalançasse.

Isso não quer dizer que a noção de dignidade humana não tenha relevância em nenhuma circunstância. Pelo contrário, além da importância histórica e da ubiquidade no discurso jurídico brasileiro, tem papel de destaque entre os fundamentos da República constantes da Constituição de 1988 e importantes funções, como a de servir de fundamento para direitos fundamentais como a igualdade e a liberdade⁶⁰⁶. O que se busca defender, apenas, é que, em razão de sua maleabilidade, sua inclusão na abordagem integrada dos direitos sexuais seria de pouca utilidade. Ademais, em virtude dos preconceitos morais historicamente envolvidos no tratamento da sexualidade e do sentido antigo (porém não plenamente superado) da dignidade como hierarquia e honra pessoal, seu emprego no esquema de interpenetração recíproca encerra mais riscos do que potencialidades.

Por razões semelhantes, afasta-se a inclusão no vértice do triângulo de princípios como a privacidade e a felicidade. Especificamente, a ideia de privacidade corresponde em boa medida à noção de liberdade, tanto em seu aspecto de não-intervenção quanto de autorrealização. Por outro lado, encerra o risco de "privatização" das demandas sexuais, relegando-as, como visto, à esfera do pessoal (em oposição ao do público e ao do político)⁶⁰⁷. A noção de felicidade, por sua vez, além de não ir além dos referidos desdobramentos da liberdade, é um conceito extramente incerto e indefinido que, adicionalmente, tem, ao longo da história, se aproximado de maneira perigosa de visões utilitaristas⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ BAER, Susanne. op. cit. p. 448

⁶⁰⁵ MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

⁶⁰⁶ A esse respeito veja-se BARROSO, Luís Roberto. op cit. e DANIEL, Sarmiento. op. cit.

⁶⁰⁷ A esse respeito, cf. o item 1.2.2.2, no capítulo 1.

⁶⁰⁸ Tratando do "direito à felicidade" e sua relação com o utilitarismo, porém concluindo pela sua compatibilidade com os direitos fundamentais cf. LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

Finalmente, o modelo proposto por Baer simplifica o conteúdo tanto da liberdade quanto da igualdade. Em suas palavras, *“igualdade é sobre quem desfruta da liberdade, enquanto a liberdade é sobre o que você desfruta – inerentemente uma empreitada limitada uma vez que você deve acomodar a liberdade de outros”*.⁶⁰⁹ Com efeito, desconsidera-se que ambas, a liberdade e a igualdade, também envolvem o “como” uma certa liberdade é desfrutada, o que, na prática, configurará a forma por meio da qual determinado direito sexual é exercido.

4.4 Dimensão política: democracia e participação

Dos modelos acima analisados, o esquema proposto por Baer traz um novo aporte para leitura de liberdade e igualdade, que vai além de seu mero sopesamento: uma leitura segundo a qual os dois conceitos se interpenetram, se enriquecendo e limitando mutuamente. Esse aspecto é extremamente relevante porque complexifica a abordagem dos direitos sexuais ao utilizar as contradições entre liberdade e igualdade (constitutivas da categoria dos direitos sexuais) para qualificar a pergunta que se coloca em cada caso.

A proposta de Baer deixa, contudo, uma questão em aberto: a dificuldade de estabelecer o “como” uma liberdade será igualmente desfrutada por todos, o que, na prática, configurará a forma por meio da qual determinado direito sexual é exercido. Em algumas circunstâncias, esse “como” poderá envolver a ampliação de um regime já existente. Em outras, implicará a desestabilização do sistema vigente para abranger novas formas de ver e viver as estruturas sociais postas. Em algumas hipóteses, a vedação do exercício de determinada prática. Em outras, sua promoção.

A essa altura, parece oportuno retomar um desdobramento tanto de liberdade quanto de igualdade que é um ponto de contato entre os dois conceitos: a dimensão política de ambas. Este é um elemento adicional que permitirá aprofundar mais ainda as questões colocadas em um determinado caso de adjudicação de direitos

⁶⁰⁹ BAER, Susanne. op. cit. p. 449.

sexuais e apontar caminhos para que uma resposta satisfatória (tanto em termos substantivos quanto procedimentais) seja alcançada.

Do ponto de vista da liberdade, a ideia de participação se fundamenta, como visto, na noção de não arbitrariedade que veda intervenções baseadas na mera vontade de quem as pratica, em desconsideração aos interesses e às ideias dos que sofrem seus efeitos. Sem embargo, segundo essa visão, a mera ameaça de arbitrariedade será suficiente para violar a liberdade tendo em vista que um indivíduo não pode viver sujeito à boa-vontade do outro. Daí decorre a necessidade de haver garantias institucionais objetivas que impeçam a mera possibilidade de arbitrariedade. Da igualdade, por sua vez, deriva uma exigência de paridade participativa que se expandirá para abranger inclusive os processos decisórios sobre quem deve participar, incluindo o desenho de fronteiras entre os estados que define quem são os membros de uma dada comunidade política.

A incidência da dimensão político-democrática tanto de liberdade quanto igualdade na proposta abordagem integrada dos dois princípios no que tange aos direitos sexuais tem como consequência a adição de novas camadas de reflexão e exigências a esse processo. Abaixo serão ressaltados três desses aspectos que exemplificam como o elemento político incidirá nesse processo.

O primeiro deles refere-se à exigência de participação nos processos decisórios que tenham impacto na própria sexualidade e em seus desdobramentos. A literatura aponta para uma “*permeabilidade seletiva das democracias contemporâneas*”, que exclui certos indivíduos e grupos das esferas de participação política⁶¹⁰. Diversos fatores são aludidos para tanto, entre eles as desvantagens que esses grupos possuem em razão tanto do ponto de vista material (por exemplo, para financiar campanhas eleitorais ou para promover mobilizações públicas) quanto simbólico: representações de papéis e competências que os retratam como inaptos para ocuparem certos espaços de poder.⁶¹¹ Além disso, historicamente, “*a política é atualizada como um espaço masculino*” do qual grupos subalternizados são excluídos⁶¹². A violência política é também um fator que não deve ser

⁶¹⁰ BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia participativa no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 172.

⁶¹¹ *Ibidem*. p. 171-204.

⁶¹² *Ibidem*. p. 172.

desconsiderado⁶¹³. No Brasil, recentemente essa dimensão ficou patente com o autoexílio do único parlamentar federal assumidamente LGBT, e responsável por diversos projetos de lei ligados à sexualidade, em razão das ameaças que vinha sofrendo⁶¹⁴.

Além disso, como visto, historicamente, a temática da sexualidade foi relegada ao âmbito privado. Mantendo-a sob a esfera do individual e do pessoal e blindando-a da discussão sobre justiça política, foram invisibilizadas violações de direitos ocorridas nesse âmbito. Tal fato contribuiu para um déficit de representatividade argumentativa na esfera pública sobre essas questões. No Brasil, isso se refletiu, por exemplo, na ausência histórica de debates públicos sobre determinados temas, como, por exemplo, direitos de pessoas trans, e num tratamento oficial da sexualidade da mulher tradicionalmente pelo viés do combate à violência, a despeito do longo histórico de lutas de diferentes movimentos sociais em torno da sexualidade no país⁶¹⁵.

Como visto, para que liberdade e igualdade sejam plenamente realizadas é preciso que aqueles sobre as quais as normas recaem tenham oportunidade de participar de seu processo de elaboração, aventando no debate público não apenas respostas, mas também perguntas que os demais membros da sociedade não têm

⁶¹³ Tratando de violência política contra mulheres, Flávia Biroli aponta se manifestar “em atos explícitos de violência, no silenciamento de organizações de mulheres e mulheres e em ações para impedir o debate e a política de gênero, isto é, impedir uma agenda de igualdade de gênero. É uma reação não apenas à presença política e ao ativismo das mulheres, mas também aos padrões de mudança nas relações e valores de gênero na sociedade”. BIROLI, Flávia. Political violence against women in Brazil: expressions and definitions. *Direito e Práxis*. v. 7, n. 15, p. 557-589, 2016. p. 585.

⁶¹⁴ BARROS, Carlos Juliano. Com medo de ameaças, Jean Wyllys, do PSOL, desiste de mandato e deixa o Brasil. *Folha de São Paulo*, 24 jan. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/com-medo-de-ameacas-jean-wyllys-do-psol-desiste-de-mandato-e-deixa-o-brasil.shtml>>. Acesso em 27 fev. 2019. MEGALE, Bela; CAMPOREZ, Patrik; SACONI, João Paulo. As ameaças que levaram Jean Wyllys a sair do Brasil: 'Vou te matar com explosivos', 'quebrar seu pescoço'. *O Globo*, 25 jan. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/as-ameacas-que-levaram-jean-wyllys-sair-do-brasilvou-te-matar-com-explosivos-quebrar-seu-pescoco-23401589>>. Acesso em 27 fev. 2019.

⁶¹⁵ Sobre algumas a luta do movimento de mulheres cf. BIROLI, Flavia. op. cit. p. 171-204. Sobre o movimento de prostitutas no Brasil, veja-se NIETO OLIVAR, José Miguel. Prostituição feminina e direitos sexuais... diálogos possíveis? *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 11, p. 88-121, ago. 2012. Sobre o movimento LGBT, SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008.

condições de, por si próprios, fazerem⁶¹⁶. A esse respeito, Iris Marion Young chama atenção para as diferentes formas que a representação pode assumir:

O que dou a entender quando digo que me sinto representado no processo político? Há muitas respostas possíveis para essa pergunta, mas três delas me parecem se destacar como as mais importantes. Primeiramente, sinto-me representado quando alguém está cuidando de interesses que reconheço como meus e que compartilho com algumas outras pessoas. Em segundo lugar, é importante para mim que os princípios, valores e prioridades que penso deveriam nortear as decisões políticas sejam verbalizados nas discussões que as deliberam. Por fim, sinto-me representado quando pelo menos algumas dessas discussões e deliberações sobre políticas captam e expressam o tipo de experiência social que me diz respeito, em razão da minha posição num grupo social e da história das relações desse grupo social.⁶¹⁷

Nesse sentido, a abordagem integrada entre liberdade e igualdade no que concerne aos direitos sexuais será construída, por força da dimensão política de liberdade e igualdade, por meio da representação dos interesses, princípios, valores e prioridades, e experiências sociais das pessoas afetadas nos processos decisórios que na sua sexualidade entendida de maneira ampla. Disso decorre que as decisões que impactam nos direitos sexuais deverão ser tomadas e avaliadas à luz da Constituição de maneira contextualizada, a partir das contribuições decorrentes das experiências e pontos de vista dos sujeitos afetados, e não abstratamente.

Tal exigência advém, como visto, das ideias de liberdade e igualdade, mas também da noção de democracia. O tratamento dos grupos afetados como pares no processo de construção do direito (sobretudo quando historicamente marginalizados desse process) contribui para o incremento da legitimidade das instituições, para a renovação da tradição constitucional, para o empoderamento das pessoas e grupos envolvidos e para o avanço da compreensão dos direitos e de como eles se realizam na prática.⁶¹⁸

⁶¹⁶ Nos termos propostos por Rios, essa participação de beneficiários e destinatários de decisões acerca de seus direitos sexuais incidirá em diversos momentos: na " *a identificação dos problemas, a eleição de prioridades, a tomada de decisões, o planejamento, a adoção e a avaliação de estratégias*". RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. op. cit, p. 23.

⁶¹⁷ YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006. p. 158.

⁶¹⁸ Para uma elaboração sobre esses fundamentos e propostas específicas para o incremento da inclusão e participação no processo decisório por grupos socialmente subalternizados veja-se GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Esse fator é especialmente relevante nos casos difíceis envolvendo direitos sexuais na medida em que não cuidam de arbitrar o conflito de direitos entre dois grupos antagônicos, mas abordam disputas sobre a melhor forma de concretizar os direitos de um determinado grupo: seja com maior ênfase na liberdade ou na igualdade. Nesse processo de inclusão, participação e representação, igualdade e liberdade também devem incidir de maneira integrada de modo a contemplar a pluralidade existente no interior dos grupos sociais, sem reificar e cristalizar suas identidades.

Uma segunda consequência do atrelamento da dimensão político-democrática à abordagem integrada dos direitos sexuais é a de possibilitar que a dimensão participativa e discursiva sirva como parâmetro para avaliar as diferentes versões da aplicação direitos sexuais em um caso difícil. Nesse sentido, soluções em casos concretos envolvendo direitos sexuais podem ser apreciadas também em razão de sua maior ou menor contribuição a construção de um debate público mais robusto, que inclua a participação de grupos sexualmente marginalizados⁶¹⁹.

A esse respeito, refletindo sobre a regulação do discurso de ódio e da pornografia, Owen Fiss indaga se e em que medida tais práticas silenciam e objetificam indivíduos, subordinando-os e prejudicando a credibilidade de seus discursos.⁶²⁰ Nesse caso, sua regulação e eventual vedação se fariam necessárias para promover a participação política dos grupos por elas afetados. Por outro, com relação aos mesmos temas, Judith Butler sugere que eventual censura poderia ocasionar um congelamento de significados que impediria um trabalho de corrosão de sentidos e de resignificação das referidas práticas, prejudicando os próprios grupos que se pretende proteger⁶²¹.

⁶¹⁹ FISS, Owen M. op. cit. p. 22.

⁶²⁰ Ibidem. p. 16, 25.?

⁶²¹ Veja-se: "O apelo de MacKinnon ao Estado para interpretar a pornografia como discurso performativo e, portanto, como a conduta de representação injuriosa, não resolve a questão teórica da relação entre representação e conduta, mas colapsa a distinção a fim de aumentar o poder da intervenção estatal sobre representação sexual gráfica. De muitas maneiras, essa mesma extensão do poder do Estado, no entanto, vem a representar uma das maiores ameaças à operação discursiva da política lésbica e gay. O centro de tais políticas é um número de 'atos de fala' que podem ser, e foram, interpretados como uma conduta ofensiva e, na verdade, prejudicial: auto-representação gráfica, como na fotografia de Mapplethorpe; autodeclaração explícita, como a que ocorre na prática do *outing*; e educação sexual explícita, como nas campanhas educativas sobre AIDS". BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York/London: Routledge, 1997. p. 22. E, ainda, "A possibilidade política de retrabalhar a força do ato de fala

Na elucidação de um caso concreto envolvendo tais questões, portanto, a deseabilidade de implementação ou manutenção de determinada solução que as proíba, regulamente ou autorize deverá ser avaliada tendo por métrica a sua contribuição, na prática, para o robustecimento do debate público e para inclusão de grupos subalternizados nesse processo em um determinado contexto.

Finalmente, a adição de uma dimensão político-democrática à análise que ora se propõe conduz a uma reflexão acerca da globalização e de seus limites à luz da exigência de plena inclusão de indivíduos sexualmente subalternizados na arena política.⁶²² Esse fenômeno, que atinge de maneira diversa as diferentes parcelas da população global⁶²³, faz com que decisões (governamentais ou não) tenham efeitos sobre direitos sexuais de indivíduos que estão fora da comunidade autorizada a participar do processo decisório.

A esse respeito, além do fluxo global conservador articulado sob a expressão ideologia de gênero⁶²⁴, a globalização impacta o exercício e a regulação da

contra a força do dano consiste em apropriar-se indevidamente da força da fala desses contextos anteriores. A linguagem que se opõe aos danos da fala, no entanto, deve repetir esses danos precisamente sem reencená-los. Tal estratégia afirma que o discurso de ódio não destrói a agência necessária para uma resposta crítica. Aqueles que argumentam que o discurso de ódio produz "classe de vítima" negam a agência crítica e tendem a apoiar uma intervenção na qual a agência é totalmente assumida pelo Estado. No lugar da censura patrocinada pelo Estado, uma luta social e cultural de linguagem ocorre em que agência é derivada de lesão e lesão contida através dessa mesma derivação. Apropriar-se da força da linguagem injuriosa para combater suas operações prejudiciais constitui uma estratégia que resiste à solução da censura patrocinada pelo Estado, por um lado, e ao retorno a uma noção impossível da liberdade soberana do indivíduo, por outro. O sujeito é constituído (interpelado) na linguagem através de um processo seletivo no qual os termos da subjetividade inteligível e inteligível são regulados. O sujeito é chamado de nome, mas "quem" é o sujeito depende tanto dos nomes que ele nunca é chamado: as possibilidades de vida linguística são ambas inauguradas e encerradas através do nome". (Ibidem. p. 41-41)

⁶²² Embora haja autores que discordem tratar-se de um fenômeno inédito, existe um certo consenso que a conexão em termos de comunicação e transporte atingiu patamares nunca antes vistos, que teriam levado a uma "compressão espaço temporal". Sobre esse debates veja-se HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. A expressão "compressão espaço temporal" para caracterizar a globalização é de HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral & Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992.

⁶²³ Enquanto uns transitam com facilidade, outros se movem contra a sua vontade forçados a sucessivos deslocamentos em razão das forças econômicas e políticas globais. Além disso, a fluidez do fluxo de capital em contraste com a rigidez das fronteiras e somada à precarização do trabalho contribui para aumentar a distância entre ricos e pobres no contexto mundial. Sobre os efeitos desiguais da globalização veja-se, por exemplo, BAUMANN, Zygmunt. *La globalización: consecuencias humanas*. FCE, Buenos Aires, 1999, pp. 103-133.

⁶²⁴ Ver introdução e capítulo 1. E, ainda, "A história humana passou por muitos momentos em que o dogmatismo religioso gerou conflitos sociais e contaminou as lógicas do Estado, mas o extremismo religioso não pode mais ser retratado como um fenômeno confinado dentro de certas fronteiras comunitárias, institucionais ou nacionais. Hoje, visões dogmáticas se manifestam em

sexualidade em muitos níveis, que se revelam em múltiplos fluxos a serem levados em conta quando da realização de uma análise democrática e integrada entre liberdade e igualdade. Entre eles destacam-se:

- Fluxos de homens e mulheres deixando seus lares tradicionais buscando trabalho e novas oportunidades, se movendo do campo para cidades e centros, o que perturba padrões familiares estabelecidos e abre caminhos para novas oportunidades e formas de exploração.
- Fluxos de guerra, com soldados cruzando países, causando perturbações, cometendo estupros e abusos sexuais, e possivelmente transmitindo DSTs; pessoas fugindo da guerra e da violência extrema; o rompimento de famílias, economias, culturas; 'a violência íntima' do genocídio e das guerras civis. (...)
- Fluxos de infecções sexualmente transmissíveis, incluído HIV, de organizações de base para combate-las, e de mobilização internacional (...)
- Fluxos de pornografia e materiais sexualmente explícitos em uma indústria global multibilionária.
- Fluxos de drogas com conotações eróticas, lícitas e ilícitas. (...)
- Fluxos de necessidades reprodutivas para prevenir ou promover nascimentos: a pílula, preservativos, esperma, óvulos doados, adoção, barriga de aluguel.
- Fluxos de regulação: sobre exploração de crianças, direitos matrimoniais, trabalho sexual, crimes de tráfico, saúde sexual, remédios, drogas, pornografia, postagens e downloads na internet.
- Fluxos de discursos sobre direitos: direitos humanos sexuais, direitos reprodutivos, direitos relacionais, direitos amorosos (...)
- Fluxos de amizades e relacionamentos internacionais (...)
- E então há fluxos de luto e perda, como com o HIV/AIDS – uma lembrança dos custos assim como dos ganhos da conexão global.⁶²⁵

Relacionando sexualidade e estado, alguns autores vem utilizando a categoria de cidadania sexual para ampliar a conhecida trilogia de T.H. Marshall das cidadanias civil, política e social, objetivando chamar atenção para o fato de que *“batalhas tradicionais por uma igualdade plena em direitos civis, políticos sociais e econômicos ainda estão para ser plenamente vencidas, mas existe agora um reconhecimento difundido de que estes não podem ser separados de questões de*

todas as tradições religiosas dominantes e, praticamente em toda parte, extremistas religiosos politicamente organizados operam para influenciar normas e políticas legais, quando não estão diretamente envolvidos em tomar o poder do Estado por meio de políticas eleitorais. Essas forças estão interconectadas globalmente e utilizam as tecnologias de comunicação mais atualizadas para expandir sua base de apoio e exercer pressão sobre as instituições do Estado (...). Essa tendência, que foi interpretada como uma reação às crescentes incertezas do capitalismo tardio (...), coloca desafios políticos e conceituais imprevisíveis em relação aos fundamentos filosóficos e significados políticos da secularidade. Além disso, em todo lugar, o reavivamento religioso visa sistematicamente novas ordens de 'sexo' e gênero como uma estratégia para recriar a 'tradição' e permitir espaço para que a heteronormatividade dominante e o sexismo reconquistem um senso de controle (...)". CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard. op. cit. p. 19-20.

⁶²⁵ WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. op cit., p. 132-134.

sexualidade”⁶²⁶. Nesse sentido, a noção, entre outras coisas, contribuiria para desmantelar a divisão convencional entre público e privado⁶²⁷, ao mesmo tempo em que promoveria uma ideia de que a plena cidadania sexual apenas se realizaria quando “*todas as pessoas da sociedade tiverem o direito de perseguir uma vida sexual satisfatória, segura e prazerosa*”⁶²⁸.

A ideia de cidadania sexual, contudo, deve ser vista a partir de uma perspectiva crítica. Por um lado, porque sua incorporação pelo Estado pode representar uma assimilação, com conseqüente desmobilização do potencial crítico de formas de vida originalmente marginalizadas⁶²⁹. Por outro, porque a ideia de cidadania, historicamente, sempre implicou a demarcação de fronteiras: “*entre cidadão e outros (estranhos, estrangeiros, bárbaros); entre espaços públicos e privados entre categorias de virtude e categorias de desvio; e entre ‘maiorias’ e ‘minorias’*.”⁶³⁰.

Esse aspecto excludente da cidadania colide frontalmente com o ideal republicano de liberdade como não-dominação e com o desdobramento político da igualdade. Esse ponto é especialmente relevante ao se considerar o enorme contingente de seres humanos que, contemporaneamente, não podem gozar dos benefícios da cidadania: refugiados, requerentes de asilo, apátridas⁶³¹, além das pessoas no interior dos estados-nação que são consideradas “vidas matáveis”, o *homo sacer* na formulação de Giorgio Agamben.⁶³² Nesse sentido, a dimensão

⁶²⁶ Ibidem, p. 125-126.

⁶²⁷ BELL, David; BINNIE, Jon. *The Sexual Citizen: Queer Politics and Beyond*. Cambridge: Polity Press, 2000.

⁶²⁸ CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard. *Sexuality, Health and Human Rights*. Oxon/New York: Routledge, 2008. p. 4-5.

⁶²⁹ STICHYN, Carl, 1998, op. cit. p. 2000.

⁶³⁰ CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard. op. cit., p. 157.

⁶³¹ Como apontam Corrêa, Parker e Petchesky, em 2006, aproximadamente 33 milhões de pessoas estavam vivendo nessa situação, das quais metade eram meninas e mulheres em sua maioria na África, Ásia e Oriente Médio. Ibidem. p. 193.

⁶³² “Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência a qual se encontra exposto. Esta violência - a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele - não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação nem como sacrilégio”. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 92.

político-democrática da abordagem que ora se propõe exige que as exclusões das esferas de participação derivadas dos fluxos globais e das fronteiras estabelecidas entre e no interior dos estados sejam levadas em conta no tratamento dos direitos sexuais.

À luz do exposto nesse item, ficam evidentes três razões pelas quais é necessário incorporar uma dimensão político-democrática à abordagem integrada entre liberdade e igualdade na formulação, análise e implementação dos direitos sexuais. A primeira é para assegurar a participação dos grupos afetados e de suas perspectivas sociais na formulação de perguntas e respostas sobre como uma determinada liberdade sexual será desfrutada de maneira igual por todos. Apenas esse processo permitirá revelar em que medida autodeterminação e desigualdades se relacionam na prática em um determinado contexto. A segunda refere-se ao uso da ideia de aprofundamento de um debate público robusto como métrica para avaliar de que forma um direito sexual deve ser efetivado. Em outras palavras, a maior ou menor contribuição de determinada solução para a participação de grupos marginalizados e para a construção de um debate público mais robusto será determinante para avaliar em que medida e de que maneira essa mesma solução é capaz de promover liberdade e igualdade. Finalmente, essa dimensão política é crucial para analisar o impacto nos direitos sexuais tanto da globalização quanto das exclusões promovidas pelas fronteiras reais existentes entre os Estados e também no seu interior.

4.5. Considerações finais

A discussão em torno da sexualidade humana e de sua regulação nos permite observar os aspectos contraditórios e complementares de liberdade e igualdade, ao mesmo tempo em que revela as múltiplas conexões entre os debates de gênero e sexualidade. Essas tensões não são meramente teóricas, mas derivam de lutas políticas concretas presentes tanto na seara nacional quanto internacional. Essas características fazem o estudo dos direitos sexuais um campo especialmente relevante para analisar os limites e possibilidades do uso da igualdade e da liberdade para construir um arcabouço jurídico que equilibre autodeterminação e não discriminação, agência individual e a luta contra desigualdades estruturais.

Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem integrada na qual liberdade e igualdade enriqueçam-se e limitem-se mutuamente. Essa abordagem deverá conter, necessariamente, uma dimensão político-democrática de forma a incorporar a perspectiva dos grupos afetados nas decisões tomadas, para que as soluções de efetivação dos direitos sexuais possam ser medidas à luz de sua contribuição para o robustecimento do debate público e, finalmente, para que os desafios que a globalização e as fronteiras entre e no interior dos estados apresentam para os direitos sexuais possam ser devidamente considerados nesse processo .

CONCLUSÃO

A presente tese pretendeu contribuir para a empreitada de afirmação dos direitos sexuais no Brasil de maneira crítica, reconhecendo que o referido conceito, não é capaz de – desacompanhado de uma reflexão aprofundada – fornecer, *a priori* e por si só, a resposta para todos os desafios jurídicos que envolvem a sexualidade humana. Isso porque, a própria noção de direitos sexuais apresenta em si contradições e paradoxos que refletem embates não resolvidos entre liberdade e igualdade. A partir da premissa de que as escolhas relativas a esta esfera da personalidade serão progressivamente mais autônomas conforme circunstâncias de igualdade de acesso a bens materiais, simbólicos e políticos possam ser alcançadas, buscou-se utilizar as contribuições específicas trazidas por liberdade e igualdade para esse tema e as tensões entre esses dois princípios (constitutivas da categoria dos direitos sexuais) para qualificar a pergunta que se coloca em cada caso concreto e para propor uma abordagem integrada entre eles acrescida de uma dimensão político-participativa. Em suma:

1. Atualmente, identidades e práticas sexuais são vistas como elementos intimamente conectados com a busca pessoal por um significado de vida. Esse fenômeno tem origem na emergência do sujeito moderno e na configuração de sua subjetividade, na qual ganhou importância e autonomia a esfera da sexualidade. Nesse contexto, a sexualidade é entendida como um fenômeno independente da reprodução e de suas exigências. Nos termos da definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), a sexualidade é tida como “*um aspecto central do ser humano durante toda a vida abrangendo sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução*”.

2. Os aspectos da sexualidade que têm repercussões jurídicas são diversos, e envolvem tanto condutas de cunho sexual singularmente consideradas, como, por exemplo, determinadas práticas sexuais, tal qual o sadomasoquismo, quanto as identidades socialmente reconhecidas, como, por exemplo, a transexualidade. Além disso, nos termos propostos por Raupp Rios, integram essa seara as consequências das relações desenvolvidas dentro das práticas e identidades sexuais, como aquelas

relativas à conjugalidade, à parentalidade, ao acesso ao sistema de saúde, e às *“atividades sócio e economicamente relacionadas com o exercício da sexualidade”*, como a pornografia e a prostituição. Esses variados âmbitos de projeção da sexualidade humana têm múltiplas dimensões, abrangendo aspectos eróticos, afetivos, sociais, políticos e econômicos que tanto estão relacionados com a autorrealização individual quanto afetam o acesso a recursos materiais, culturais, simbólicos e políticos.

3. Desde os anos 2000, documentos internacionais têm buscado definir e sistematizar os chamados direitos sexuais, sem que haja uma definição unívoca ou predominante. Também nas últimas décadas, a relevância dos desdobramentos jurídicos da sexualidade vem sendo reconhecida em diversos ordenamentos ao redor do mundo, que têm se deparado com discussões constitucionais acerca dos diferentes valores e princípios que permeiam cada um desses temas.

4. No Brasil, na presente ordem constitucional, o debate jurídico acerca de temas relativos à sexualidade se inicia já durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988. Como decorrência dos debates então travados a esse respeito, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu a punição à violência sexual contra criança e adolescente e previu o livre planejamento familiar como um direito do casal, sem contudo, incorporar a vedação de discriminação por orientação sexual.

5. Ao longo dos anos, diversas medidas relativas aos direitos sexuais foram tomadas no âmbito do Executivo, Legislativo e Judiciário, no que parecia ser um movimento progressivo de maior concretização desses direitos na realidade brasileira. Recentemente, contudo, tem-se observado uma reação conservadora no Brasil e no mundo sob a retórica da *“ideologia de gênero”*, que ameaça colocar em risco os avanços alcançados. Notadamente, o processo eleitoral de 2018 revelou indícios de um recrudescimento ainda maior no tratamento governamental de questões relativas à sexualidade.

6. Em oposição a esse movimento reacionário, considera-se que os direitos sexuais são relevantes para salvaguardar juridicamente múltiplos aspectos da sexualidade, visando à proteção de identidades, práticas e atividades comumente marginalizadas e estigmatizadas, e está plenamente amparado no regime dos direitos humanos e fundamentais. Por um lado, é capaz de articular essas diversas

demandas, atraindo o regime jurídico geral dos direitos fundamentais e humanos. Por outro, confere proteção e legitimidade a identidades, práticas e comportamentos sexuais que não estão necessariamente ligados nem à saúde, nem à reprodução, alcançando indivíduos e grupos tradicionalmente excluídos como sujeitos de direitos relativos à sexualidade.

7. As definições mais recentes dos direitos sexuais os conceituam de maneira ampla (incluindo múltiplos aspectos da sexualidade e identidade de gênero) e aberta (sujeitos a novos desdobramentos em razão do tempo e do contexto específico), fundamentando-os em princípios tradicionalmente reconhecidos pelos direitos humanos e constitucional e diferenciando-os de direitos reprodutivos, com os quais, por vezes, se sobrepõem. Além disso, consideram que os direitos sexuais se interseccionam e comunicam, mas não se confundem com direitos reprodutivos nem com direitos relacionados a gênero (por vezes chamados direitos das mulheres). Tal formulação, que vem se consolidando sobretudo na esfera internacional, é resultado de uma longa trajetória política e jurídica que, ao longo do tempo, apresentou tensões e contradições.

8. A expressão “direitos sexuais” começou a ganhar notoriedade no âmbito das conferências mundiais ocorridas ao longo da década de 1990 quando houve um progressivo avanço no tratamento da sexualidade, evidenciando-se a cada etapa limites e tensões. Em Viena, abusos e violências de cunho sexual sofridos por mulheres e crianças, incluindo o estupro, passaram a ser vistos como violações de direitos humanos. Entretanto, a sexualidade continuava sendo abordada apenas de maneira negativa, sob a perspectiva da necessidade de proteção contra o abuso e a violência. No Cairo, por sua vez, a sexualidade passou a ser tratada, sob a ótica da saúde sexual, de maneira mais positiva, como fator fundamental para o desenvolvimento do ser humano (e não como mero instrumento a serviço da coletividade, superando-se o paradigma demográfico). Finalmente, em Beijing ocorreu a afirmação mais explícita da liberdade sexual das mulheres.

9. Apesar da evolução verificada nas sucessivas conferências, o tratamento da sexualidade permaneceu vinculado à saúde e/ou atrelada aos direitos reprodutivos de casais heterossexuais e em nenhum dos documentos finais das conferências mencionadas foram mantidas as referências a “orientação sexual”, “direitos sexuais” e “autonomia sexual”. Em outras palavras, a viabilização dos avanços no campo da

saúde sexual e dos direitos reprodutivos ocorreu à custa da domesticação da ideia de sexualidade, em que aspectos considerados mais controversos foram utilizados como moeda de troca durante as barganhas políticas ocorridas nas conferências até serem, finalmente, excluídos.

10. Historicamente, o alcance dos “direitos sexuais” se viu em disputa, sendo utilizados para promover dois diferentes grupos de direitos, que obtiveram, ao longo do tempo, graus de avanço distintos na esfera internacional. De um lado, direitos relativos a acesso a serviços de saúde relacionados à sexualidade e à reprodução, incluindo planejamento familiar, informação e educação. De outro, direitos relativos a orientação sexual e identidade de gênero. Enquanto movimentos de mulheres promoviam o primeiro conjunto de direitos, o segundo foi trazido ao debate público por ativistas no campo do HIV/AIDS, primeiramente preocupados com homens que têm relações sexuais com homens e direitos de pessoas gays. Em diversos momentos tais grupos disputaram não só prioridades e estratégias, mas também financiamento e credibilidade. Nesse contexto, a fusão entre direitos reprodutivos e sexuais teria feito com que os segundos passassem a ser vistos como uma categoria subordinada e condicionada aos primeiros, o que fez com que certas práticas sexuais não procriativas e/ou não heterossexuais estivessem fora do seu âmbito de proteção, sendo relegadas “à *regulação moral, religiosa ou criminal*”.

11. Comparada à discussão presente no direito internacional dos direitos humanos, no âmbito constitucional, o emprego do conceito de “direitos sexuais” é ainda mais incipiente. Diferentemente da Constituição de Bolívia e Equador que possuem cláusulas gerais de proteção de direitos relacionados à sexualidade, as demais constituições incluem apenas menções pontuais a um ou a outro direito desse tipo. No plano nacional, poucas constituições tratam de temas ligados à sexualidade. A falta de estatura constitucional dos direitos sexuais revela que, no âmbito doméstico, ainda é incipiente o reconhecimento de sua importância como categoria autônoma. As constituições que trazem dispositivos relativos à sexualidade, o fazem de maneira parcial, endereçando questões pontuais, sobretudo a vedação de discriminação por orientação sexual e o combate a violência e abuso sexual, particularmente de crianças e adolescentes e mulheres.

12. No Brasil, a literatura feminista é responsável por introduzir a categoria dos “direitos sexuais” a partir do debate internacional realizando uma abordagem crítica

em que são assinalados os riscos de limitar os direitos sexuais ao campo da saúde e da reprodução, apagando, por exemplo, pautas homossexuais.

13. No âmbito governamental, percebe-se a baixa incidência do uso do termo e o predomínio de sua utilização em conjunto com as ideias de direitos reprodutivos e direito das mulheres. A principal e mais relevante exceção é o Ministério da Saúde que, desde 2009, emprega uma definição ampla de direitos sexuais, que articula aspectos protetivos e promocionais e perspectivas tanto negativas quanto positivas da sexualidade, sem, contudo, desvinculá-la do campo da saúde.

14. Por se tratar de um conceito cujo significado não é fechado e está em constante desenvolvimento, a análise dos direitos sexuais permite observar diversas tensões, que derivam de lutas políticas concretas presentes tanto na seara nacional qual internacional, mas que possuem implicações teóricas. Uma dessas tensões se evidencia no conflito entre autodeterminação e não discriminação, agência individual e existência de desigualdades estruturais. Essas características fazem o estudo dos direitos sexuais um campo especialmente relevante para analisar os limites e possibilidades do uso da igualdade e da liberdade para contruir um arcabouço jurídico que identifique seus aspectos contraditórios e complementares e os equilibre.

15. Um tratamento superficial da questão, que não leve em conta suas complexidades, corre o risco de, a pretexto de fazer avançar direitos, provocar consequências indesejadas tanto para os indivíduos cujos direitos se pretende promover, quanto para demais pessoas e grupos em geral igualmente em situação de marginalidade e vulnerabilidade. Por outro lado, o reconhecimento das contradições dos direitos sexuais pode potencializar sua aplicação e capacidade de adaptação em prol dos direitos fundamentais de grupos com sexualidades ou expressões de gênero não-normativas.

16. A igualdade em suas múltiplas dimensões se relaciona com a promoção e a proteção dos direitos sexuais. A igualdade formal é violada em diversas hipóteses de maneira mais ou menos evidente a depender do caso. Em casos como o da vedação de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens a lei confere um tratamento diferenciado para um determinado grupo social. Nesses contextos, a sexualidade tende a ser explicitada como um recurso a um estereótipo

que justifica um tratamento diferenciado – *in casu*, a ideia de que homossexual homem em si seria promíscuo e, logo, mais sujeito a contrair doenças sexualmente transmissíveis. A discriminação na lei também se evidencia no caso da criminalização da pederastia, em que o tipo penal que constava do Código Penal Militar explicitava determinado grupo como destinatário primordial da norma (“pederastas”, “homossexuais”).

17. Mesmo em circunstâncias nas quais a lei não discrimina formalmente, sua aplicação pode ser realizada de forma discriminatória, configurando uma discriminação de fato. Nesse sentido, a discriminação de fato pode ocorrer por meio da subinclusão ou da superinclusão durante a aplicação da lei supostamente universal e abstrata. Por um lado, as demandas por proteção pela lei por parte de grupos sexualmente marcados são “invisibilizadas”, como nas situações de violência que não são investigados, processados e punidos. Por outro, a lei universal e abstrata é utilizada seletivamente para discriminar grupos sexualmente marginalizados, “demonizando-os”, como no caso da aplicação desproporcional de tipos penais genéricos a prostitutas e travestis.

18. Com relação aos três níveis da igualdade material – redistribuição, reconhecimento e igualdade política –, todos são importantes para a promoção dos direitos sexuais. Do ponto de vista redistributivo, apresenta tanto um aspecto protetivo quanto promocional que viabiliza que indivíduos vivam a sua sexualidade de maneira plena, incluindo por meio do acesso à saúde e à educação sexual. Além disso, contém uma exigência de que as especificidades da discriminação sofrida por indivíduos de sexualidade socialmente marcada sejam combatidas com medidas corretivas voltadas para a fruição de determinados direitos por essas pessoas, como moradia e educação. Finalmente, impõe especial atenção para a tomada de medidas que viabilizem a participação integral no mercado de trabalho, a fim de que possam ter acesso tanto a recursos financeiros quanto ao reconhecimento social.

19. Do ponto de vista simbólico, a falta de reconhecimento social gera danos psíquicos e molda instituições e práticas naturalizando o padrão vigente e excluindo indivíduos desviantes por meio da conversão, estereotipização, patologização, invisibilização e privatização de seus pleitos. Ao fixar o padrão vigente (maculino, heterossexual, cisgênero) como universal, abstrato e imparcial, marca a sexualidade de indivíduos e grupos como aquilo que foge do que é natural, deixando-os à

margem das estruturas sociais e dos significados compartilhados, fechando as portas para seu pleno exercício de direitos e participação na vida política e social.

20. A igualdade traz em si uma exigência de inclusão: de que indivíduos que sofrem um tratamento prejudicial, tanto jurídico quanto fático, sejam tratados como os demais, tanto do ponto de vista formal como material. Apesar de sua importância crucial, a ideia de igualdade apresenta alguns desafios para lidar com os direitos sexuais.

21. Em primeiro lugar, a igualdade está intimamente ligada à noção de identidade, que por sua vez, tem uma pretensão de rigidez, estabilidade e universalidade. Essas características fazem com que a igualdade vista de forma isolada não seja capaz de lidar com as complexidades das expressões humanas, incluindo aspectos interseccionais e performativos das identidades que vêm sendo entendidas, cada vez mais, como processos em curso de identificações nunca completadas.

22. Além disso, uma ênfase exclusiva na igualdade pode promover um modelo baseado na irreduzibilidade das diferenças e na valorização dos particularismos, impedindo uma articulação mais ampla entre discriminações ou condições de subalternidade, podendo criar uma competição *entre grupos*, que buscam ser vistos pela sociedade e pelas instituições como grupos que merecem acesso a políticas de inclusão. Isso pode gerar disputas em torno de “*que diferenças são naturais ou imutáveis ou biológicas*”, reificando identidades e a uma conduta atomística que ignora efeitos sistêmicos de certos pleitos, levando à exclusão e à violação de direitos de outros grupos.

23. Finalmente, uma atitude voltada meramente para a inclusão de um grupo específico no regime jurídico e político geral ofuscaria a necessidade de uma transformação sistêmica das estruturas de poder. Trata-se da chamada “*armadilha da tolerância*”, em que, ao invés de buscar-se a modificação de certos padrões vigentes, contentar-se-ia com um tratamento que exigiria adaptações forçadas a certo padrão que inclui normas comportamentais de respeitabilidade, tendo como efeito colateral o reforço de estruturas de poder e desigualdade.

24. Com relação à liberdade, tradicionalmente, sua relação com a sexualidade, sob o ponto de vista jurídico, é estabelecida pelo conceito de liberdade sexual, que

tem sido vista sob a lente da não interferência. Essa perspectiva está alinhada com o tratamento histórico conferido pelo direito à sexualidade, voltado para a proteção sobretudo de mulheres e crianças contra o abuso e violência sexual. Mais recentemente, tendo a sexualidade ganhado novos contornos jurídicos, igualmente se expandiu a aplicação da liberdade para salvaguardá-la tanto do ponto de vista da não intervenção quanto da autorrealização.

25. Diferentemente da igualdade, cuja discussão acerca do “dilema da diferença” chama atenção para seu potencial de gerar particularidades e exclusão, a liberdade é uma ideia que possui um destinatário universal e, nesse sentido, não se baseia em identidades estanques. Além disso, a liberdade tem um grande potencial transformador, na medida em que pode ser capaz de desestabilizar as estruturas sociais e jurídicas das hierarquias ao invés de voltar-se para mera a busca de inclusão e assimilação.

26. O emprego da liberdade como não intervenção, no caso das uniões homoafetivas, por exemplo – para além da igualdade, enfatizada durante todo o julgamento – é relevante porque universaliza os potenciais destinatários do julgado. Nesse sentido, a ideia de que a contração da união estável ou do matrimônio ocupa um lugar na esfera de escolha do indivíduo que não pode ser invadida nem tutelada pelo Estado tem a capacidade de servir de fundamento para combater outras restrições à conjugalidade que recaem sobre outros indivíduos e grupos que não os homossexuais, como, por exemplo, os militares em formação, a quem o casamento é vedado, e os militares da ativa, dos quais se exige autorização de seus superiores para casar, além de uma série de outros requisitos

27. A ideia de liberdade como autorrealização, por outro lado, expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de perseguir seus planos de vida, desde que não viole direitos alheios. A esse respeito, a discussão sobre os direitos de pessoas trans revela a multiplicidade da manifestação da sexualidade e de gênero que não comportam uma definição identitária rígida baseada em elementos essenciais. Nesse sentido, a liberdade – e mais especificamente a liberdade de religião – pode fornecer um arcabouço normativo que permita não apenas abranger manifestações de gênero fluidas e articular demandas interseccionais, mas igualmente para concretizar um pleito

universal de autorealização, além de contribuir, nesse processo, para desestabilizar o próprio sistema de sexualidade e gênero e as hierarquias que os permeiam.

28. O exercício da liberdade, contudo, não pode ser lido de maneira dissociada de uma dimensão igualitária que assegure a garantia de seus pressupostos. Nesse sentido, não basta que determinada escolha não seja obstada, mas é necessário que seja viabilizada de forma que optar ou não por sua adoção seja uma possibilidade real. Além disso, é preciso que haja alternativas para que a escolha não torne uma imposição. Isso envolve considerar tanto questões econômicas quanto hierarquias como de gênero, raça e classe.

29. A esse respeito, o aborto e a esterilização, por exemplo, podem tanto representar o exercício da autonomia sexual e reprodutiva, quanto podem ter dimensões paternalistas e autoritárias, quando impostos como uma obrigação jurídica ou social. Nesse sentido, não podem ser vistos de maneira dissociada da igualdade, seja para garantir que essa opção possa ser efetivamente levada a cabo na prática, seja para possibilitar uma análise de contexto. O fato de que a agência é imperfeita nesses casos (como na verdade sempre é) não deve servir para desconsiderar ou impossibilitar a liberdade de escolha por parte dessas mulheres, mas para possibilitar uma análise integrada entre liberdade e igualdade.

30. A ideia de liberdade para lidar com os direitos sexuais também apresenta, se vista isoladamente, seus limites. Primeiro, a liberdade pode ser tratada de maneira atomística de forma a levar a abusos, inclusive de poder econômico. Além disso, o discurso da decisão individual autônoma pode obscurecer relações de poder e de subordinação estrutural existentes. Poderia levar, ainda, a um entendimento segundo o qual características relativas à sexualidade e à identidade de gênero são maleáveis, transitórias e/ou superficiais por serem fruto de escolhas (em oposição a condições inatas).

31. Dois desafios adicionais se apresentam no uso da liberdade para o tratamento dos direitos sexuais. O primeiro relaciona-se aos limites de uma categoria amplamente utilizada no direito, mas que ganha contornos específicos quando relacionada à sexualidade: a de consentimento, criticada tanto por ser subinclusiva quanto por ser superinclusiva. Um segundo desafio relaciona-se ao fato

de que a regulação da sexualidade, ainda que por meio da liberdade, não deixaria de ser um tipo de controle e disciplinamento.

32. Perspectivas que busquem tratar dos direitos sexuais exclusivamente pelo prisma da igualdade – ou da liberdade – tendem a perder uma visão mais ampla e complexa do todo. Em certos casos, como o da esterilização e do aborto, podem desconsiderar, de um lado, a capacidade de optar por tais procedimentos, ou, de outro, a necessidade de que sejam assegurados os meios para realizá-los, assim como a garantia de um ambiente de não coerção para que uma escolha mais autônoma se realize.

33. Do mesmo modo, na abordagem de direitos como o casamento homoafetivo e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans podem, sob o viés da liberdade, desconsiderar a dimensão pública e social dessas questões e, sob o viés da igualdade, cristalizar identidades e desconsiderar aqueles que não se adequam, assim como as normas vigentes que se estruturam, elas próprias, segundo as perspectivas dominantes, que tendem a ser naturalizadas. Além disso, uma abordagem superficial dos direitos sexuais pode deixar de lado o papel que o próprio direito tem em forjar e normalizar (anormalizando) identidades e práticas sexuais.

34. Por tais razões, se faz necessária uma abordagem que perceba que as escolhas serão progressivamente mais autônomas na medida em que as circunstâncias de igual acesso a bens materiais, simbólicos e políticos possa ser alcançada.

35. Além de se complementarem, no que tange a discussões relativas a direitos sexuais, liberdade e igualdade frequentemente entram em conflito, levando a soluções antagônicas em casos concretos. Esses conflitos podem ser de três tipos. Em alguns casos, a colisão surgirá da incompatibilidade entre os dois princípios, cada um reclamado por uma *parte diferente*. Em outras ocasiões, *diferentes partes* reclamarão o *mesmo direito* (liberdade ou igualdade) para defender soluções incompatíveis. Em uma terceira variedade de conflito, argumentos baseados na liberdade entrarem em colisão com argumentos relativos à igualdade para defender direitos incompatíveis dos *mesmos indivíduos*.

36. Todas essas modalidades de conflitos estão presentes nas discussões sobre direitos sexuais, contudo, o terceiro tipo está no centro da própria definição de

direitos sexuais e compreende casos difíceis como, por exemplo, prostituição, pornografia, comportamento sexual de incapazes e barriga de aluguel, em que um argumento puramente pró-liberdade enfatizaria a autonomia dos indivíduos de se engajarem nas referidas práticas, um argumento meramente igualitário negaria essas possibilidades apontando as estruturas de dependência e poder às quais os indivíduos envolvidos se sujeitam.

37. Para esses conflitos, soluções como a hierarquização, a categorização e a subsunção da liberdade à igualdade e vice-versa (como proposto por Owen Fiss e Ronald Dworkin) são insuficientes, especialmente nos casos difíceis de direitos sexuais em que cada um dos princípios leva a soluções incompatíveis para os mesmos indivíduos. Isso porque as três propostas têm em comum o fato de omitirem o conflito entre liberdade e igualdade, o que não faz com que ele desapareça.

38. Tanto liberdade quanto igualdade, vistas de maneira isolada e exclusiva, são insuficientes para lidar com as complexidades dos direitos sexuais. Em razão disso, é necessário buscar uma solução que reconheça as peculiaridades de cada um dos princípios de modo a verificar, em cada caso concreto, qual o ponto de equilíbrio entre eles. Uma abordagem contextualizada como essa tem a vantagem de olhar a realidade para ver, na prática, os efeitos de se priorizar um ou outro princípio.

39. Tradicionalmente, para tanto, vem-se empregando a técnica da ponderação. Essa solução, entretanto, pode ser enriquecida por uma estrutura que acrescente um elemento de fluidez à análise: ao invés de uma contraposição entre dois bens ou interesses constitucionais monolíticos, polos opostos capazes de se infiltrarem mutuamente, enriquecendo-se e limitando-se de maneira recíproca. Isso implicaria enxergar liberdade e igualdade de maneira integrada: não como desvinculadas e conflitantes, mas uma à luz da outra, entendendo onde se reforçam e onde se restringem.

40. Igualdade lida à luz da liberdade buscaria contemplar a diferença sem reificação de identidades de grupo, evitando a ameaça do assimilacionismo e de uma estereotipização e cristalização de identidades. Liberdade lida à luz da igualdade requereria iguais condições para o exercício da liberdade de inventar e eleger a forma de viver a própria vida, evitando o abuso do poder econômico e a idealização da decisão individual como sendo completamente autônoma.

41. A ideia de interpenetração entre liberdade e igualdade permite pensar em uma abordagem integrada dos direitos sexuais que leve a sério ambos os princípios ao fazer avançar seu conteúdo. Nesse sentido, está alinhado com as noções de indivisibilidade dos direitos humanos e de unidade da Constituição.

42. A essa abordagem integrada entre liberdade e igualdade deverá ser acrescida uma dimensão político–democrática de modo a estabelecer a maneira por meio da qual uma liberdade será igualmente desfrutada por todos, o que, na prática, configurará a forma por meio da qual determinado direito sexual será exercido.

43. A incorporação de um aspecto político-democrático à abordagem integrada entre os dois princípios no tratamento dos direitos sexuais terá, pelo menos, três consequências. A primeira consiste em criar uma exigência de participação dos grupos afetados, bem como de suas perspectivas sociais, nos processos de tomada de decisão que possam impactar aspectos de sua sexualidade. A segunda, implica utilizar o nível de robustecimento do debate público como parâmetro para avaliar diferentes soluções em casos difíceis envolvendo direitos sexuais. A terceira, por fim, permite incorporar os desafios que a globalização e as fronteiras entre e no interior dos estados apresentam para os a proteção e a promoção dos direitos sexuais.

REFERÊNCIAS

[Bibliografia]

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALMEIDA, Guilherme. Impasses contemporâneos do protagonismo lésbico: para além da inversão da sigla. In: POCAHY, Fernando (org.). *Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer*. Porto Alegre: NUANCES, 2010. p. 85-102.

_____. “Homens Trans”: Novos matizes na aquarela das masculinidades? *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 513-523, maio/ago. 2012.

_____; MURTA, Daniela. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. *Sexualidad, Salud y Sociedad Revista Latinoamericana*, n.14, p. 380-407, ago. 2013.

AMARAL, Cecília Barreto; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 302-333, maio/ago. 2018.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV)*. 4 ed., 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 18 n. 35, p. 42-49, jan. 1997.

APPIAH, Anthony. Stereotypes and the shaping of identity. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001.

ARENDT, Hannah. Freedom and politics. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006.

ASEXUAL VISIBILITY & EDUCATION NETWORK. Definitions. Disponível em: <<https://www.asexuality.org/?q=general.html#def>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2015: as experiências de adolescentes e jovens lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em nossos ambientes educacionais*. Curitiba: ABGLT, 2016. p. 38-41. Disponível em: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/08/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017*. Disponível em:

<<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

AVILA, Juliana Carreiro. Doação de sangue e o Supremo: saúde e igualdade. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 308-311.

_____. *Vedação de doações de sangue de homens homossexuais: uma análise à luz da Constituição de 1988*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

ÁVILA, Maria Betânia; GOUVEIA, Taciana. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sexuais. In: PARKER, Richard; BARBOSA, Maria Regina (orgs.). *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ABIA/IMS-UERJ, 1996.

BAER, Susanne. Dignity, Liberty, Equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism. *University of Toronto Law Journal*, v. 59, n. 4, p. 417-468, fall 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; DOS SANTOS, Daniel Moraes. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? *U. Miami L.*, v. 58, n.1, p. 9-33, 2003.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARSTED, Leila Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, v. 0, n.0, p. 104-130, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas Raciais são Legítimas como Parâmetros Razoáveis. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas- raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011. p. 120. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105->

Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf>. Acesso em 19 fev. 2019.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

_____; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, p. 235-274, 2010.

BAUMANN, Zygmunt. *La globalización: consecuencias humanas*. FCE, Buenos Aires, 1999, pp. 103-133

BELL, David; BINNIE, Jon. *The Sexual Citizen: Queer Politics and Beyond*. Cambridge: Polity Press, 2000; GRABHAM, Emily. Citizen Bodies, Intersex Citizenship. *Sexualities*, v. 10, n. 1, p. 29-48, feb. 2007.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do Gênero: a politização das identidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, maio 2012.

BERCOVICI, Gilberto. O Princípio da Unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 96-99, jan./mar. 2000.

BERER, Marge. Repoliticising sexual and reproductive health and rights. *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 4-10, Nov. 2011.

BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 9. p. 7-38, set/dez. 2012.

_____. Political violence against women in Brazil: expressions and definitions. *Direito e Práxis*. v. 7, n. 15, p. 557-589, 2016.

_____. *Gênero e desigualdades: limites da democracia participativa no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BLASIUS, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Tradução de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ed. Paídos, I.C.E./U.A.B. 1993.

BOLSONARO, Jair. *Caminhos da Prosperidade*. Proposta de Plano de Governo, 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/propostas-de-candidatos>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BOURDIEU, Pierre; SAINT-MARTIN, Monique. Anatomie du gout. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, v. 2, n. 5, p. 2-81, oct. 1976.

BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico. In: MAGALHÃES, Mariângela Gama de; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da. (Org.). *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 85-119, 2018. Disponível em: <http://www.academia.edu/37477146/O_fantasma_do_macho_no_corpo_travesti_viol%C3%Aancia_reconhecimento_e_poder_jur%C3%ADdico>. Acesso em 15 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e de promoção da cidadania homossexual*, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. _____. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2018.

_____. _____. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. 1 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. *Balanço Disque 100 - 2017 – LGBT*. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www.mdh.gov.br/informacao-a-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/balanco-geral-2011-a-2017-lgbt.xls/view>>. Acesso em 15 dez. 2018.

_____. MPF. Procuradoria da República do Estado do Rio de Janeiro. Notificação/Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017 – Inquérito Civil n. 1.30.001.000522/2014-11. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT*, maio 2009. Disponível em: <<http://www.arco-iris.org.br/wp-content/uploads/2010/07/planolgbt.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Secretaria de Direitos Humanos *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2012.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997.

BROWER, Todd. Sexuality, Gender and social cognition. In: JONES, Jackie et. al. (eds.). *Gender, Sexualities and the Law*. 1st ed. Oxon/New York: Routledge, 2011.

BUNCH, Charlotte; FRIED, Susana Fried. Beijing '95: Moving Women's Human Rights from Margin to Center. *Signs*, v. 22, n. 1, p. 200-204, autumn 1996.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York/London: Routledge, 1997

_____. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. London/New York: Routledge, 1999.

CALDWELL, Paulette. A hair piece: perspectives on the intersection of race and gender. *Duke Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 365-396, Apr. 1991.

CARNEIRO, Sueli. Ennegrecer al feminismo. *Lola Press - Revista Feminista Internacional*, Montevideo, Uruguay, v. 16, 2001.

CARRARA, Sergio Luis. Trajetórias intelectuais: Entrevista com Sergio Luis Carrara. *Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)*, Rio de Janeiro. Entrevista concedida a Mario Pechenyp. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Entrevista%20com%20Sergio%20Carrara\(1\).pdf](http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Entrevista%20com%20Sergio%20Carrara(1).pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____; RUSSO, Jane A.; FARO, Livi. A política de atenção à saúde do homem no Brasil: os paradoxos da medicalização do corpo masculino. *Physis*, v. 19, n. 3, p. 659-678, 2009

_____; SIMÕES, Júlio Assis. O campo de estudos socioantropológicos sobre diversidade sexual e de gênero no Brasil: ensaio sobre sujeitos, temas e abordagens. *Cadernos Pagu*. n. 42, p. 75-98, jan./jun. 2014.

_____; VIANNA, Adriana R. B. "Tá lá o corpo estendido no chão...": a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. *Physis*, v.16, n. 2, p.233-249, 2006.

CARVALHO, Mario Felipe de Lima. *Que mulher é essa? Identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Saúde) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CASE, Mary Anne. The Role of the Popes in the Invention of Complementarity and the Vatican's Anathematization of Gender. *Religion & Gender*. v. 6, n. 2, p. 155-172, 2016.

CAVALCANTI, Ludmilla Fontenele; FARIAS, Rejane Santos. Atuação diante das situações de aborto legal na perspectiva dos profissionais de saúde do Hospital

Municipal Fernando Magalhães. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 17, n. 7, p. 1755-1763, 2012. Disponível em: < <https://www.scielosp.org/toc/csc/2012.v17n7/>>. Acesso em 22 fev. 2019.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS; WOMEN AND HEALTH INITIATIVE; GLOBAL HEALTH JUSTICE PARTNERSHIP. *Vozes silenciadas: A experiência da mulher com o Zika vírus – Brasil*. New York: Center for Reproductive Rights, 2018.

CITELI, Maria Teresa. *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002): revisão crítica*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005.

COCHRAN, D. Susan; MAYS, Vickie M. Mays. Lifetime Prevalence of Suicide Symptoms and Affective Disorders Among Men Reporting Same-Sex Sexual Partners: Results From NHANES III. *American Journal of Public Health*, v. 90, n. 4, p. 573-578, Apr. 2000.

COHEN, G. A. Capitalism, freedom, and the proletariat. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 163-182.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas*, 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

COLLINS, Patricia Hill. Em direção a uma nova visão: raça, classe e gênero como categorias de análise e conexão. In: MORENO, Renata (org.). *Reflexões e Práticas de Transformação Feminista*. São Paulo: SOF, 2015. p. 13-42.

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. From reproductive choice to reproductive justice. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, v. 106, n. 2, p. 106-109, 2009.

CORNELL, Drucilla. *At the heart of freedom: feminism, sex, and equality*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998.

CORRÊA, Sonia. Gênero e Sexualidade: deslocando o debate da margem para o centro. *Jornal da Rede Saúde*, n. 24, p. 30-34, dez. 2001.

_____. From Reproductive Health to Sexual Rights: Achievements and Future Challenges. *Reproductive Health Matters*, v. 5, n. 10, p. 107-116, nov. 1997.

_____. 'Theologies' and contexts in a Latin American perspective. *Religion & Gender*. v. 6, n. 2, p. 256-263, 2016.

_____; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (orgs.) *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.

_____; PETCHESKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. *Physys: Revista de Saúde Coletiva*, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996.

_____; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard. *Sexuality, Health and Human Rights*. Oxon/New York: Routledge, 2008

CORTEZ, Marina. Dualidade ou Constelação? Intersexualidade, Feminismos e Biomedicina: uma Análise Bioética. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, UFRJ/UFF/UERJ/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2015.

COWAN, Sharon. 'Freedom and capacity do make a choice'- a feminist analysis of consent in the criminal law of rape. In: MUNRO, Vanessa; STYCHIN, Carl (eds). *Sexuality and the Law: feminist engagements*. Oxon/New York: Routledge-Cavendish, 2007. p. 51-72.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, issue 1, article 8, p. 139-167, 1989.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DAWOOD, Yasmin. Democracy and the Freedom of Speech: Rethinking the Conflict between Liberty and Equality. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 26, issue 2, p. 293-311, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

EDWARDS, Susan S. M. *Female sexuality & the Law*. Oxford: Martins Robertson, 1981.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890)*. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 78.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Press Unit. *Homosexuality: criminal aspects*, Strasbourg, June 2014. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_ENG.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Research Division. *Child sexual abuse and child pornography in the Court's case-law*. Strasbourg, June 2011. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf> Acesso em: 15 nov. 2018.

FACCHINI, Regina; MACHADO, Sarah Rossetti. “Praticamos SM, repudiamos agressão”: classificações, redes e organização comunitária em torno do BDSM no contexto brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. n.14, p.195-228, ago. 2013

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York: Basic Books, 2000.

FEDORKO, Boglarka; BERREDO, Lukas. O círculo vicioso da violência: pessoas trans e gênero-diversas, migração e trabalho sexual. *Série de publicações TvT*, v. 19, out. 2017. p. 10. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/01/TvT-PS-Vol19-2017.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2018.

FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade. In: GREEN, James. QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: Edufscar, 2014.

FISCHEL, Joseph J. *Sex and harm in the age of consent*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2016. p. 11.

FISS, Owen. M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FLAGG, Barbara J. The Transparency Phenomenon, Race-Neutral Decisionmaking, and Discriminatory Intent. In: DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Critical White Studies: looking behind the mirror*. Philadelphia: Temple University Press, 1997.

FLEISCHAKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLENTJE, Annesa; COCHRAN, Brian. Experiences of Ex-Ex-Gay Individuals in Sexual Reorientation Therapy: Reasons for Seeking Treatment, Perceived Helpfulness and Harmfulness of Treatment, and Post-Treatment Identification. *Journal of Homosexuality*, v. 61, n. 9, p. 1242-1268, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FRANKE, Katherine M. The domestication of liberty of *Lawrence v. Texas*. *Columbia Law Review*. v. 104, n. 5, p. 1399-1426, 2004.

FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age. *New Left Review*, n. 212, July/Aug. 1995

_____. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos feministas*, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio-ago. 2007.

_____. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. Tradução de Bruno Ribeiro e Letícia de Campos Velho. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Rethinking recognition. *New Left Review*, n. 3, p. 107-120, May-June 2000.

_____. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Columbia University Press, 2010.

_____; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London/New York: Verso, 2003.

FUSS, Diana. *Essentially Speaking: Feminism, nature and difference*. Routledge: London, 1990.

GAGNON, John H; PARKER, Richard. Conceiving sexuality. In: PARKER, Richard; GAGNON, John H. *Conceiving sexuality: approaches to sex research in a postmodern world*. New York: Routledge, 1995.

GALLI, Beatriz; DREZETT, Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 32-35, jun. 2012. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014&lng=en&nrm=iso. Acesso em 22 fev. 2019.

GALVÃO, Jane. *Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia*. Rio de Janeiro: ABIA, 2000.

GARBAGNOLI, Sara. Against the Heresy of Immanence: Vatican's 'Gender' as a New Rhetorical Device against the Denaturalisation of the Sexual Order. *Religion & Gender*, v. 6, n. 2, p. 187-204, 2016.

GIAMI, Alain. A Medicalização da Sexualidade. Foucault e Lantéri-Laura: História da Medicina ou História da Sexualidade?. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*. v. 15, n.2, p. 259-284, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GILL, Emily R. *An Argument for Same-Sex Marriage: Religious Freedom, Sexual Freedom, and Public Expressions of Civic Equality*. Washignton, DC: Georgetown University Press, 2012.

GIRARD, Françoise. Advocacy for Sexuality and Women's Rights: Continuities, Discontinuities, and Strategies Since ICPD. In: REINCHENBACH, Laura; ROSEMAN, Mindy Jane (5org.). *Reproductive Health and Human Rights: the way forward*. University of Pennsylvania Press, 2009.

GIRARD, Françoise. Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (org.). *Sex Politics: Report from the Front Lines*, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadão, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; ARGUELHES, Diego Werneck. Qual o papel do relator no Supremo? Duas respostas em tensão no caso da pederastia. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck, RECONDO, Felipe. (org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 91-94.

_____; AVILA, Juliana Carreiro. O dissenso do STF no julgamento sobre doação de sangue. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 312-314.

_____; FABRIS CAMPOS, Ligia; AVILA, Juliana Carreiro. Direito de pessoas trans no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.) *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 321-325.

_____; FABRIS CAMPOS, Ligia. A escolha do Supremo e suas consequências: o que se ganha e se perde na discussão da criminalização da LGBTIfobia. *JOTA*. 19 fev. 2019. Disponível <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/o-que-se-ganha-e-se-perde-na-discussao-da-criminalizacao-da-lgbtifobia-19022019>. Acesso em 20 fev. 2019.

_____. Direitos de Pessoas Trans e o labirinto do Supremo In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe Recondo. (org.) *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018. p. 292-295.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na sociedade brasileira. In: SILVA, Antonio (org.). *Movimentos Sociais Urbanos: memórias étnicas e outros estudos*. Brasília: ANPOCS, 1983. p. 223-244.

GOULLET, Harlan M. Political versus Civil Rights? Equality and Liberty Under the First and Fourteenth Amendments. *Temple Political & Civil Rights Law Review*. v. 1, p. 45-59, 1992.

GREY, Thomas C. Cover Blindness. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes Violentas de LGBT no Brasil - Relatório 2017*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

HAAG, Pamela. *Consent: sexual rights and the transformation of American liberalism*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1999.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: DA SILVA, Tomaz Tadeu (org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 12ª ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 103-133.

HARRIS, Angela. Beyond Equality: Power and the Possibility of Freedom in the Republic of Choice. *Cornell Law Review*, v. 85, issue 5, article 1, p. 1181-1193, July 2000.

HALLEY, Janet. Sexuality Harassment. In: MACKINNON, Catharine; SIEGEL, Reva B. (eds.). *Directions in Sexual Harassment Law*. New Haven/London: Yale University Press, 2004. p. 182-200.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral & Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992.

HALLEY, Janet. *Split decisions: how and why to take a break from feminism*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

HEILBORN, Maria Luiza. Ser ou Estar Homossexual: dilemas de construção da identidade social. In: PARKER, Richard e BARBOSA, Regina. *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 136-145.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HERDT, Gilbert. Introduction: Moral Panics, Sexual Rights, and Cultural Anger. In: HERDT, Gilbert (ed.). *Moral Panics, Sex Panics Fear and the Fight over Sexual Rights*. New York: New York University Press, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRSCHMANN, Nancy J. Toward a Feminist Theory of Freedom. *Political Theory*, v. 24, n. 1, p. 46-67, Feb. 1996.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUFFES, Lynne. *Are the lips a grave? A queer feminist on the ethics of sex*. New York: Columbia University Press, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. Resumo do país. Janeiro 2018. Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/brazil_port_0.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Sexual orientation, gender identity and justice: a comparative law casebook*. Geneva: ICJ, 2011.

INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Sexual rights: an IPPF declaration*. London: IPPF, 2006.

JOHNSON, Jeanette H.; TURNBULL, Wendy. The Women's Conference: Where Aspirations and Realities Met. *Family Planning Perspectives*, v. 27, n. 6, nov./dez. 1995.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A gênese de uma categoria. *Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)*, Rio de Janeiro, 20 dez. 2017. Entrevista concedida a Laura Lowenkron e Claudia Mora. Disponível em: <<http://clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=12704>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

_____. Ideologia de gênero: a invenção de uma categoria polêmica contra os direitos sexuais. In: Marcelo M. Ramos; Pedro A. G. Nicoli; Gabriela C. Alkmin (orgs.). *Gênero, sexualidade e direitos humanos: perspectivas multidisciplinares*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

KARAIAN, Lara. Pregnant Men: Repronormativity, Critical Trans Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy in Law. *Social & Legal Studies*, n. 22, v. 2, p. 211–230, 2013.

KATZ, Jonathan Ned. *The invention of heterosexuality*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KESSLER, Suzanne J.; MCKENNA, Wendy. *Gender: An ethnomethodological approach*. New York: Wiley, 1978

KRIEGER, Linda Hamilton. The content of our categories: a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity. *Stanford Law Review*, v. 47, n. 6, p. 1161-1248, jul. 1995.

LACEY, Nicola. *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

LAWRENCE III, Charles R. Unconscious racism revisited: reflections on the impact and origins of "The id, the ego, and equal protection". *Conn. L. Rev*, v. 40, n. 4, p. 931- 977, may 2008.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

LEITE, J. L. *República do Mangue: controle policial e prostituição no Rio de Janeiro (1954-1974)*. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2005.

LOTTESS, Ilsa L. Sexual Rights: Meanings, Controversies, and Sexual Health Promotion. *Journal of Sex Research*, v. 50, n. 3-4, p. 367-391, 2013.

LOUREIRO, David Câmara; Vieira, Elisabeth Meloni. Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 20, n. 3, p. 679-688, 2004.

MACCALLUM JR., Gerald C. Negative and positive freedom. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006. p. 100-122.

MACHADO, Lia Zanotta. Beijing em balanço: confrontos políticos e desafios intelectuais. *Estudos feministas*, v. 3, n. 2, p. 414-426, jul./dez. 1995.

MACHADO, Lucas V. *Endocrinologia Ginecológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2006.

MACKINNON, Catharine A. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, Issue 3, p. 940-958, 2006.

_____. Difference and dominance: on sex discrimination. In: MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1987.

_____. Remedies for War Crimes at the National Level. *The Journal of the International Institute*. v. 6, Issue 1, Fall 1998.

_____. *Towards a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard Press University, 1989.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Debora Diniz, Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n.2, p. 563-571, 2016.

MALLORY, Christy; BROWN, Taylor N. T., CONRON, Kerith J. *Conversion Therapy and LGBT youth*. The Williams Institute – University of California, Los Angeles, School of Law: Jan. 2018. Disponível em: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Conversion-Therapy-LGBT-Youth-Jan-2018.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MARCIA, Arán; MURTA, Daniela; Zaidhaft, Sérgio. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 70-79, Abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822008000100008&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 19 dez. 2018.

MARINUCCI, Mimi. *Feminism is queer*. London/New York: Zed Books, 2010.

MATOS, Victor Chagas; LARA, Erick Batista Amaral de. Dossiê LGBT+: 2018. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018.

MATSUDA, Mari J. Public response ro racist speech. In: MATSUDA, Mari J. et al. *Words that wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boston/San Francisco/Oxford: Westview Review, 1993.

MCCRUIDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

MCDONALD, Iain. When hate is not enough: tackling homophobic violence. In: JONES, Jackie et al (eds.). *Gender, Sexualities and Law*. 1st ed. Oxon/New York: Routledge, 2011

MCINTOSH, Mary. The Homosexual Role. *Social Problems*, v. 16, n. 2, p. 182-192, Autumn 1968.

MILLER., Alice M. Fighting Over the Figure of Gender. *Pace Law Review*, v. 31, n. 3, p. 837-872, June. 2011.

_____. et al. Sexual rights as human rights: a guide to authoritative sources and principles for applying human rights to sexuality and sexual health, *Reproductive Health Matters*, v. 23:46, p. 16-30, 2015.

_____. Human Rights and Sexuality: First Steps Toward Articulating a Rights Framework for Claims to Sexual Rights and Freedom. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, v. 93, p. 288-303, 1999.

_____. Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law. *Harvard Journal of Law and Gender*, v. 34, p. 313-375, summer 2011.

_____. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 68-109, 2000.

_____; ROSEMAN, Mindy J. Sexual and reproductive rights at the United Nations: frustration or fulfilment? *Reproductive Health Matters*, v. 19, n. 38, p. 102-118, Nov. 2011.

_____; ROSGA, Ann Janette; SATTERHWAITE, Meg. Health, Human Rights and Lesbian Existence. *Health and Human Rights*, v. 1, n. 4, p. 428-448, 1995.

MILLER, David. Introduction. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006.

_____. Constraints on freedom. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006.

MILLET, Kate. *Sexual politics*. Urbana/Chicago: University of Illinois Press, 2000.

MINOW, Martha. Justice Engendered. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997. p. 504-524.

MORAN, Leslie J. The public sex of the Judiciary. In: JONES, Jackie et al (eds.). *Gender, Sexualities and the Law*. 1st ed. Oxon/New York: Routledge, 2011.

_____. *The homosexual(ity) of Law*. 1st ed. London: Routledge, 1996.

NICE, Julie A. Equality Constitutes Liberty: The Alignment of CLS v. Martinez. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 38, p. 631-672, 2011.

NIETO OLIVAR, José Miguel. Prostituição feminina e direitos sexuais... diálogos possíveis? *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 11, p. 88-121, ago. 2012.

NIKKEN, Pedro. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, v. 52, p. 55-140, jul./dec. 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation & Constitutional Law*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 2010.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987- 1988 e suas consequências no texto constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10)*. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em 05 fev. 2019.

_____. *Declaração e Programa de Ação de Viena*, 1993. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo*, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 05 fev. 2019.

_____. *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, 1996. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho*, n. 48, p. 63-84, 2014.

PATEMAN, Carole. *The sexual contract*. 1st ed. Cambridge: Polity Press, 1988.

PELLER, Gary. Race consciousness. *Duke Law Journal*, v. 39, n. 4, p. 758-847, 1990.

PEREIRA, Ivonete. *“As decaídas”*: prostituição em Florianópolis (1900-1940). Florianópolis: Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da Diferença*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PETCHESKY, Rosalind Pollack. From Population Control to Reproductive Rights: Feminist Fault Lines. *Reproductive Health Matters*, v. 3, n. 6, p. 152-161, nov. 1995.

_____. Direitos Sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina Maria. PARKER, Richard (orgs.). *Sexualidades pelo avesso: direitos identidade e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, p. 15-38, 1999.

_____. Human Rights, Reproductive Health and Economic Justice: Why They Are Indivisible. *Reproductive Health Matters*, v. 8, n. 15, p. 12-17, May 2000.

_____. Sexual Rights: Inventing a Concept, Mapping an International Practice. In: BLASIUS, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2001.

_____. The language of 'sexual minorities' and the politics of identity: a position paper. *Reproductive Health Matters*, v. 17, n. 33, p. 105-110, may 2009.

PETTIT, Philip. The republican ideal of freedom. In: MILLER, David (ed.). *The liberty reader*. Boulder/London: Paradigm Publishers, 2006.

PEW RESEARCH CENTER. *The Global Divide on Homosexuality*: greater acceptance in more secular and affluent countries. Pew Research Global Attitudes Project: June 4, 2013. Disponível em: <<http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PERES, Milena Cristina Carneiro; SOARES, Suane Felipe; DIAS, Maria Clara. *Dossiê sobre lesbocídio no Brasil: de 2014 até 2017*. Rio de Janeiro: Livros Ilimitados, 2018. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/5f2532_0a37a7bfa6fd4fd9aedc98b564dd1e0d.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan/mar. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?squence=5>. Acesso em: 26 fev. 2019.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. (coord.). *Relatório do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT sobre inquéritos policiais envolvendo travestis e transexuais no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: NUH, abr. 2018. p. 56. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/17rUWq6z_ZszU_J0VPK9Dzl5clsqbf0gg/view>. Acesso em: 14 dez. 2018.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Saúde das Mulheres Lésbicas: Promoção da Equidade e da Integralidade, 2006. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/dossie_da_saude_da_mulher_lesbica.pdf> Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

RICH, Adrienne. Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. *Signs*. v. 5, n. 4, p. 631-660, summer 1980.

RICHARDS, David A. J. *Women, gays, and the constitution: the grounds for feminism and gay rights in the culture and law*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1998.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 38, n. 149, p. 279-295, jan./mar. 2001.

_____. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008.

_____. Direitos Humanos, direitos sexuais e homossexualidade. In: POCAHY, Fernando (org). *Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer*. Porto Alegre: NUANCES, 2010.

_____. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. et al. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese, *Revista Brasileira de Estudos de População*. v.23, n.2, p. 369-374, 2006.

RODRIGUES, Marlene Teixeira. O Sistema de Justiça Criminal e a Prostituição no Brasil Contemporâneo: administração de conflitos, discriminação e exclusão. *Sociedade e Estado*, v. 19, n. 1, p. 121-150, jan./jun. 2004.

RODRIGUES, Rita de Cassia Colaço. De Denner a Chrysóstomo, a repressão invisibilizada: as homossexualidades na ditadura. In: GREEN, James. QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: Edufscar, 2014.

ROHDEN, Fabíola. Diferenças de gênero e medicalização da sexualidade na criação do diagnóstico das disfunções sexuais. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 89-109, jan. 2009.

_____. Histórias e tensões em torno da medicalização da reprodução. *Revista Gênero*, v. 6, n. 1, p. 313-224, 2005.

ROTHSCHILD, Cynthia. Not Your Average Sex Story: Critical Issues in Recent Human Rights Reporting Related to Sexuality. *Health and Human Rights*, v. 7, n. 2, p. 165-177, 2004.

RUSSO, Jane A. A terceira onda sexológica: Medicina Sexual e farmacologização da sexualidade. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n. 14, dossiê n. 2, p. 172-194, ago. 2013.

SAIZ, Ignacio. Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation: A Decade of Development and Denial at the UM. *Health and Human Rights*, v. 7, n. 2, p. 49-80, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

_____. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim científico ESMPU*, a. 4, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005.

SCHLOSSER, Markus. Agency. In: ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2015. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/agency/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SCHULTZ, Vicki. Reconceptualizing Sexual Harassment. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 6, p.1683-1805, 1998.

SEIDMAN, Steven. *Difference Troubles: Queering Social Theory and Sexual Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SELIGSOHN, Andrew. Choosing Liberty over Equality and Sacrificing Both: Equal Protection And Due Process In Lawrence V. Texas. *Cardozo Women’s Law Journal*, v. 10, p. 411-422, 2003-2004.

SIEGEL, Reva B. Discrimination in the eyes of the law. In: POST, Robert et al. *Prejudicial Appearances: the logic of American antidiscrimination law*. Durham/London: Duke University Press, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008.

SOARES, Gilberta Santos. Direitos Sexuais como Direitos Humanos: um convite à reflexão. *Jornal da RedeSaúde*, n. 24, dez. 2001. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/31957506-Jornal-da-redesaude-no-24-dezembro-de-2001.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

SOLOMON, Andrew. *Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade*. Tradução Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

STEELE, Claude M. *Whistling Vivaldi: And Other Clues to How Stereotypes Affect Us* (Issues of Our Time). New York/London: W. W. Norton & Company, 2010.

STYCHIN, Carl F. *Law's desire: sexuality and the limits of justice*. London/New York: Routledge, 1995.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*. Princeton: Princeton University Press, 1992. p. 23-73.

_____. What's wrong with negative liberty? In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 177, p. 29-49, jul. 1989.

TOSOLD, Léa. Do problema do essencialismo a outra maneira de se fazer política. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras*. 1ª ed. Vinhedo: Ed. Horizonte, 2012. p. 189-210.

TRANSGENDER EUROPE. *Transrespect Versus Transphobia Worldwide: between 1 October 2017 and 30 September 2018*, 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_SimpleTable_EN.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *Transrespect Versus Transphobia Worldwide: between 1 January 2008 and 30 September 2018*, 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_Tables_EN.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. São Paulo Fundação MacArthur, 2002.

_____. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

_____; CAMARGO, Thais Medina C. R. de. Direitos Reprodutivos e o Aborto: As mulheres na epidemia de Zika. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 15, p. 622-651, 2016.

VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

VIEIRA, Elizabeth Meloni. Políticas Públicas e contracepção no Brasil. In: BERQUÓ, Elza (org.) *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Editora da UNICAMP, p. 151-189, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a Subversão do Estado de Direito, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.4, n.6, p.28-51, 2007.

WALTERS, Suzanna Danuta. *The tolerance trap: how god, genes, and the good intentions are sabotaging gay equality*. New York: New York University Press, 2014.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARNER, Michael. *The problem with normal: sex, politics, and the ethics of queer life*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

WEEKS, Jeffrey. History, Desire, and Identities. In: PARKER, Richard; GAGNON, John H (eds.). *Conceiving sexuality: approaches to sex research in a postmodern world*. New York: Routledge, 1995.

WEEKS, Jeffrey. Making the Human Gesture: History, Sexuality and Social Justice. *History Workshop Journal*. v. 70, n. 1, p. 5-20, autumn 2010.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. 3. ed. London/New York: Routledge, 2010.

WEST, Robin L. From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights. *The Yale Law Journal*, v. 118, n. 7, p. 1394–1431, 2009.

WILSON, Ara. Lesbian Visibility and Sexual Rights at Beijing. *Signs*, v. 22, p. 214-218, autumn 1996.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: DA SILVA, Tomaz Tadeu (org.) *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 12ª ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 1-72.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Declaration of sexual rights*. ed. rev., 2014. Disponível em: <<http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*. Geneva, Jan. 28–31, 2002, p. 5. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

_____. *Developing sexual health programmes: a framework for action*. Geneva, 2010. Disponível em:

<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/rhr_hrp_10_22/en>. Acesso em: 03 fev. 2019.

_____. Sexual health, human rights and the law. *Reproductive Health Matters*, v. 23, n. 46, p. 193-195, 2015.

WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH). *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, 7th version. Disponível em: <<https://www.wpath.org/publications/soc>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Yogyakarta Principles. Disponível em: <<https://yogyakartaprinciples.org/introduction/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

YOSHINO, Kenji. *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*. rep. ed. New York: Random House, 2007.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

ZICK, Timothy. The Dynamic Relationship between Freedom of Speech and Equality. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. v. 12, issue 2, p.13-75, 2016.

ZORDO, Silvia de. Representações e experiências sobre aborto legal e ilegal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 17, n. 7, p. 1745-1754, 2012. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/csc/2012.v17n7/1745-1754/pt>>. Acesso em 22 fev. 2019.

[Jurisprudência]

AUSTRALIA. New South Wales. Supreme Court. Court of Appeal. *Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages*. Date of judgement: May 31, 2013. Disponível em: <<https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a63a723004de94513dab59>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

ALEMANHA. Constitutional Court. Order of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16. Decisão em inglês disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html> Acesso em 20 fev. 2019.

BRASIL. STF. ADC nº 19. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 09/02/2012, DJe 29/04/2014.

_____. STF. ADC nº 41. Tribunal Pleno. Relator. Min. Roberto Barroso, julg. 08/06/2017, DJe 17/08/2017.

_____. STF. ADI nº 815-3. Tribunal Pleno. Relator Min. Moreira Alves, julg. 28/03/1996, DJ 09/04/1994.

_____. STF. ADI nº 4.275. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 01/03/2018, DJe 05/03/2018.

_____. STF. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132. Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

_____. STF. ADI nº 4.439. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, Relator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julg. 27/09/2017, DJe 21/06/2018.

_____. STF. ADI nº 4.650. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

_____. STF. ADI nº 4.815. Tribunal Pleno. Relatora Min. Carmén Lúcia, julg. 10/06/2015, DJe 01/02/2016.

_____. STF. ADI nº 5.617. Tribunal Pleno. Relator Min. Edson Fachin, julg. 15/03/2018, DJe 03/10/2018.

_____. STF. ADI-MC nº 5.311. Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia; julg. 30/09/2015, DJe 04/02/2016.

_____. STF. ADPF nº 54. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/04/2012, DJe: 30/04/2012.

_____. STF. ADPF nº 186. Tribunal Pleno. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/04/2012, DJe 20/10/2014.

_____. STF. ADPF nº 187. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julg. 15/06/2011, DJe 29/05/2014.

_____. STF. ADPF nº 291. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso, julg. 28/10/2015, DJe 11/05/2016.

_____. STF. ADPF-MC nº 461. Decisão Monocrática. Relator Min. Luis Roberto Barroso, julg. 16/06/2017, DJe 21/06/2017.

_____. STF. ADPF-MC nº 526. Decisão Monocrática. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 28/06/2018, DJe 01/08/2018.

_____. STF. Ag nº 232.469. Decisão Monocrática. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 12/12/1998, DJ 23/02/1999.

_____. STF. ARE nº 639.337. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011, DJe 15/09/2011.

_____. STF. HC nº 72.391 QO. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julg. 8/3/1995, DJ 17/03/1995

_____. STF. HC nº 98.712. 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, julg. 05/10/2010, DJe 17/12/2010.

_____. STF. HC nº 124.306, 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 09/08/2016, DJe 17/03/2017.

_____. STF. Pet nº 1.984. Decisão Monocrática. Relator Min. Presidente Marco Aurelio, julg. 10/02/2003, DJ 20/02/2003.

_____. STF. RE-AgRg nº 271.286. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000, DJ 24/11/2000.

_____. STF. RE nº 160.486.1ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 11/10/1994, DJ 21/10/1994.

_____. STF. RE nº 232.335. Decisão Monocrática. Relator Min. Celso de Mello, julg. 01/08/2000, DJ 25/08/2000.

_____. STF. RE nº 236.644. Decisão Monocrática. Relator Min. Maurício Corrêa, julg. 05/08/1999, DJ 03/09/1999.

_____. STF. RE nº 242.859. 1ª Turma, Relator Min. Ilmar Galvão, julg. 29/06/1999, DJ 17/09/1999.

_____. STF. RE nº 273.042. Decisão Monocrática. Relator Min. Carlos Velloso, julg. 16/08/2000, DJ 06/09/2000.

_____. STF. RE nº 273.834. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2000, DJe 18/09/2000.

_____. STF. RE nº 437.100. Decisão Monocrática. Relator Min. Gilmar Mendes, julg. 20/05/2011, DJe 26/05/2011.

_____. STF. RE nº 552.802, Decisão Monocrática, Relator Min. Dias Toffoli, j. 14/10/2011, DJe 24/10/11.

_____. STF. RE nº 587.970. Tribunal Pleno. Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 20/04/2017, DJe 22/09/2017

_____. STF. RE nº 590.989. Decisão Monocrática. Relatora Min. Cármen Lúcia, julg. 15/06/2011, DJe 24/06/2011.

_____. STF. RE nº 607.182. Decisão Monocrática. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 09/08/2011, DJe 15/08/2011.

_____. STF. RE nº 643.229, Decisão Monocrática, Relator Min. Luiz Fux, julg. 30/08/2011 DJe 08/09/2011.

_____. STF. RE nº 670.422. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 15/08/2018, DJe 17/08/2018.

_____. STF. RE nº 835.558/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, julg. 09/02/2017, DJe 08/08/2017.

_____. STF. RE nº 898.450. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux, julg. 17/08/2016, DJe 31/05/2017.

_____. STF. STA nº 795. Decisão Monocrática. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 27/05/2015, DJe 29/05/2015.

_____. STF. ADI nº 2404. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julg. 21/08/2016.

_____. STJ. CC nº 88.029 - MG (2007/0171796-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg 30/05/2008, DJe 05/06/2008.

_____. STJ. CC nº 99.349 - MG (2008/0223497-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29/06/2009, DJe 04/08/2009.

_____. STJ. CC nº 102.622 - MG (2009/0012457-6). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 04/08/2009, DJe 18/08/2009.

_____. STJ. CC nº 104.006 - MG (2009/0044478-3), Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 30/04/2009, DJe 07/05/2009.

_____. STJ. CC nº 104.475 - PR (2009/0060045-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29/05/2009, DJe 04/06/2009.

_____. STJ. CC nº 104.765 - MG (2009/0071625-7). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23/06/2009, DJe 03/08/2009.

_____. STJ. CC nº 105.233 - MG (2009/0091679-1). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 26/06/2009. DJe 01/07/2009.

_____. STJ. CC nº 105.239 - MG (2009/0091678-0). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 23/06/2009, DJe 03/08/2009.

_____. STJ. CC nº 105.917 - MG (2009/0112003-7). Decisão Monocrática. Relatora Min. Laurita Vaz, julg. 03/08/2009, DJe 13/08/2009.

_____. STJ. CC nº 106.789 - MG (2009/0143433-9). Decisão Monocrática. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 25/08/2009, DJe 01/09/2009.

_____. STJ. HC nº 368.227 - SP (2016/0219373-6). Decisão Monocrática. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julg. 15/08/2016. DJe 19/08/2016.

_____. STJ. RESP-Ag Nº 526.416 - DF (2014/0135468-3). Decisão Monocrática. Relator Min. Walter De Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), julg. 10/11/2014, DJe 13/11/2014.

_____. STJ. RESP-Ag Nº 1.219.342 - MG (2017/0319821-8). Decisão Monocrática. Relator Min. Ribeiro Dantas, julg. 26/02/2018, DJe 28/02/2018.

_____. STJ. RESP nº 1.509.479 - RN (2015/0014815-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 11/02/2016, DJe 26/02/2016.

_____. STJ. RESP nº 1.626.739. 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, julg. 09/05/2017, DJe 01/08/2017.

_____. STJ. RESP nº 1.688.407 - MS (2017/0199291-5). Decisão Monocrática. Relator Min. Nefi Cordeiro, julg. 25/08/2018, DJe 30/08/2017.

_____. STJ. RESP nº 1.712.419 - DF (2017/0309054-4). Decisão Monocrática. Relator Min. Felix Fischer, julg. 05/04/2018, DJe 10/04/2018.

_____. STJ. RESP nº 199700812081, 6ª Turma, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 26/05/1998, DJ 26/10/1998.

_____. STJ. RESP nº 200702733605. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi, julg. 15/10/2009, DJe 18/11/2009.

_____. STJ. RESP nº 201102016852. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi, julg. 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

_____. TRF4. Processo nº 5002387-94.2014.4.04.7102. 4ª Turma. Relatora Des. Vivian Pantaleão Caminha, julg. 26/04/2017, publ. 27/05/2017

_____. TST. AIRR nº 69540-83.2008.5.09.0001. 3ª Turma. Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julg. 19/05/2010, DJe 04/06/2010.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029/09. Rodrigo Uprimny Yepes y otros, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, julg. 28/01/2009.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-798/08. Lena Del Mar Sánchez Valenzuela, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, julg. 20/08/2008.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886/10. Jaime Luís Berdugo Pérez y Felipe Montoya Castro, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, julg. 11/11/10.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337/99. N.N contra el Estado, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, julg. 12/05/99.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062/11. Erick Yosimar Ortiz Lastra contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, julg. 04/02/2011.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-097/94. Jose Moises Mora Gomez contra el Director Escuela de Carabineros "Eduardo Cuevas". Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, julg. 07/03/1994.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-101/98. Pablo Enrique Torres Gutierrez Y Jose Julian Prieto Restrepo contra el Instituto Ginebra -La Salle. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Diaz, julg. 24/03/1998.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-152/07. Luis Carlos Rodríguez López contra la Inmobiliaria IRCA S.A. y los señores José Manuel González Zamora y Néstor Iván Roncancio Bustos, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, julg. 05/03/2007.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-492/11. Dellanira Caballero Nare, contra Mario de Jesús Giraldo Martínez, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, julg. 28/06/2011.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-499/03. Martha Lucía Alvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García contra el Director del INPEC Regional Viejo Caldas y la Directora del Reclusorio Nacional de Mujeres "Villa Josefina" de Manizales, Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis, julg. 12/06/2003.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-539/94. Peticionarios anónimos contra el Consejo Nacional de Televisión, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, julg. 30/11/1994.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551/99. N.N contra el Instituto de Seguros Sociales del departamento XX, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, julg. 02/08/1999.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-569/94. Rosa Maria Diaz contra Instituto Tecnico Industrial Piloto, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, julg. 07/12/1994.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594/93. Carlos Montaña Díaz contra el Notario Tercero del Círculo de Cali, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, julg. 15/12/1993.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629/2010. Lais contra el Bar Discoteca Pandemo, Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Perez, julg. 13.08.2010.

_____. Corte Constitutional de Colombia. Sentencia T-808/03. Edgar Eduardo Robles Fonnegra, en contra de la Asociación Scout de Colombia, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, julg. 18/09/2003.

_____. Corte Constitutional de Colombia. Sentencia T-912/08. N.N. contra del Instituto de Seguros Sociales, la Clínica General del Norte de BB y MELCO'S IPS, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, julg. 18/09/2008.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1021/03. A.A. contra la Dirección Seccional de Salud de D.D, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, julg. 30/10/2003.

_____. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096/04. Mauricio Gutiérrez Jaramillo contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, julg. 04/11/2004.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*. Date of judgement: July 15, 2017. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-175659&filename=CASE%20OF%20CARVALHO%20PINTO%20DE%20SOUSA%20OMORAIS%20v.%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Case of Vallianatos and Others v. Greece*. Date of judgement: Nov. 7, 2013. Disponível em: <<https://www.legislationline.org/documents/id/20371>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Dudgeon v. the United Kingdom*. Date of judgement: October 22, 1981. Disponível em: <<http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom e Smith and Grady v. the United Kingdom*. Date od judgement: Sept. 27, 1999. Disponível em: <<http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CASE%20OF%20SMITH%20AND%20GRADY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.doc>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Norris v. Ireland*. Date of judgement: Oct. 26, 1988. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695424&portal=h>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Date of judgement: Dec. 21, 1999. Disponível em: <<https://www.legislationline.org/documents/id/20429>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Schalk and Kopf v. Austria*. Date of judgement: Nov. 22, 2010. Disponível em: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *X and others v. Austria*. Date of judgement: Feb. 19, 2013. Disponível em: <https://fidh.org/IMG/pdf/xvaustria_ecthrjudgment_19feb2013_en_.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *X and Y v. the Netherlands*. Date of judgement: March 26, 1985. Disponível em: <https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/x%20and%20y%20v%20the%20netherlands_EN.asp>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Z. v. Finland*. Date of judgement: Jan. 15, 1997. Disponível em: <<http://www.staff.uni-mainz.de/kebert/Entscheidungen/EGMR%20Z%20v%20Finland.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

INDIA. Supreme Court of India. *National Legal Services Authority v Union of India and Others* (Writ Petition n. 400 of 2012 with Writ Petition n. 604 of 2013). Date of Judgement: April 15, 2014. Disponível em: <http://orinam.net/377/wp-content/uploads/2014/04/Judgement_Nalsa_Transgenderrights.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2019.

_____. Supreme Court of India. *Suresh Kumar Koushal and another v NAZ Foundation and others*. Date of judgement: Dec. 11, 2013. Disponível em: <<https://www.lawyerscollective.org/wp-content/uploads/2010/11/Proceedings-of-the-Final-Hearing-in-Section-377-Case.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

UNITED KINGDOM. United Kingdom House of Lords Decisions. *Regina v Brown*. Date of judgement: March 11, 1993. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1993/19.html>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United Kingdom. *Bull and another (Appellants) v Hall and another (Respondents)*. Date of judgement: Nov. 27, 2013. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2012-0065.html>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Beauharnais v. Illinois*. 343 U.S. 250 (1952). Date of judgement: April 27, 1952. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v Texas*. 539 U.S. 558. Date of judgement: June 26, 2013. Disponível em: <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2003/06/Lawrence-v-Texas-United-States-Supreme-Court.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S. ____ (2013). Date of judgement: June, 2013. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*. 584 U.S. ____ (2018). Date of judgement: June 3, 2018. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Matal v. Tam*. 582 U.S. ____ (2017). Date of judgement: June 19, 2017. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1293/case.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*. 432 U.S. 43 (1977). Date of judgement: June 13, 1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. ____ (2015). Date of judgement: June 25, 2015. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>>. Acesso em: 05 fev.2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Rogers v. American Airlines*. 527 F. Supp. 229 (1981). Date of judgement: Dec. 1, 1981. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/527/229/2369655/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Terminiello v. City of Chicago*. 337 U.S. 1. Date of judgement: March 15, 1949. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/1/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *United States v Windsor*. 570 U.S. ____ (2013). Date of judgement: June 26, 2013. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

[Legislação]

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). *South Africa's Constitution of 1996 with Amendments through 2012*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BÉLGICA. Constituição (1831). *Belgium's Constitution of 1831 with Amendments through 2014*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Bolivia (Plurinational State of)'s Constitution of 2009*. Translated by Max Planck Institute. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 234/2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=50541>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 122/2006. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 235/2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=491355>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 258/2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=491384>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=105088>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.686/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=361133>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.000/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=366978>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.366/2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=520663>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.690/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382059&ord=1>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.868/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2058274>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.901/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2074378>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.828/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080538>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.93/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208160>>. Acesso em 25 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.069/2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.011/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2094946>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583/2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.938/2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=469095&ord=1>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.633/2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546&ord=1>>. Acesso em 2 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.613/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2181758>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 175 de 14 maio de 2013*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 abr. 2013, p. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Decreto não numerado de 27 de agosto de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 set. 2003, p.2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn9965.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. *Coleção de Leis do Brasil - 1890*, p. 2664. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Decreto nº 1.904 de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 maio 1996, Seção I, p. 8237.

_____. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 ago. 1996, Seção I, p. 14.471.

_____. Decreto nº 5.390 de 8 de março 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 mar. 2005, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5390.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Decreto nº 4.229 de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 maio 2002, Seção I, p. 6.

_____. Decreto nº 6.387 de 5 de março de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 mar. 2008, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6387.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Decreto nº 7.037 de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 dez. 2009, Seção I, p. 17.

_____. Decreto nº 9.223 de 6 de dezembro de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 2017, p.4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9223.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 out. 1969, p. 8.940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 27 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940, Seção I, p. 23911. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Coleção de Leis do Brasil de 31/12/1941*, v. 7, p. 26. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 27 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.864, de 24 de novembro de 1941. *Coleção de Leis do Brasil de 31/12/1941*, v. 7, p. 526. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3864.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Lei nº 6.734, de 4 de dezembro de 1979. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6734.htm>. Acesso em 27 fev. 2019.

_____. Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1988, p. 17305. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7670.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 abr. 1995, Col. 1, p. 5361. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 mar. 2005, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 ago. 2006, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 ago. 2013, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 jun. 2014, Col. 1, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. Resolução nº 416, de 4 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 jun. 2014, Seção I, p. 35. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/71391203/dou-secao-1-05-06-2014-pg-35>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Departamento Barão de Suruhy. *Portaria nº 247-DGP de 7 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.dsau.eb.mil.br/phocadownload/Legislacao/Port_Nr_247-DGP_de_7_Out_09.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *Nota Técnica nº 158/2013/DDST-AIDS-HIV-SVS-MS de 18 de abril de 2013*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/es/node/54330>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.246 de 28 de maio de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 maio 2010. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariante1246_2010.htm>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.927 de 10 de dezembro de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1927_14.html>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Ministros da Saúde, do Trabalho e da Administração. *Portaria Intraministerial nº 869 de 11 de agosto de 1992*. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_172771.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2019.

CAMBOJA. Constituição (1993). *Cambodia's Constitution of 1993 with Amendments through 2008*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Cambodia_2008.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COLÔMBIA. Constituição (1991). *Colombia's Constitution of 1991 with Amendments through 2015*. Translated by Max Planck Institute. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CONGO. Constituição (2005). *Congo (Democratic Republic of the)'s Constitution of 2005 with Amendments through 2011*. Translated by William S. Hein & Co. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.482/97*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução CFP nº 001 de 22 de março de 1999. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

EGITO. Constituição (2014). *Egypt's Constitution of 2014*. Translated by International IDEA. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ENGLAND; WALES. Parliament of the United Kingdom. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*. London, 17th jul. 2013.

EQUADOR. Constituição (2008). *Ecuador's Constitution of 2008 with Amendments through 2015*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

FIJI. Constituição (2013). *Fiji's Constitution of 2013*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Fiji_2013.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

FRANÇA. *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 (ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe)*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id>>. Acesso em: 05 fev, 2019.

GUINÉ. Constituição (2010). *Guinea's Constitution of 2010*. Translated by William S. Hein & Co. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Guinea_2010.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

JAMAICA. Constituição (1962). *Jamaica's Constitution of 1962 with Amendments through 2015*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Jamaica_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

KOSOVO. Constituição (2008). *Kosovo's Constitution of 2008 with Amendments through 2016*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Kosovo_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MALAWI. Constituição (1994). *Malawi's Constitution of 1994 with Amendments through 2017*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Malawi_2017.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MALTA. Constituição (1964). *Malta's Constitution of 1964 with Amendments through 2016*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Malta_2016?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MÉXICO. Constituição (1917). *Mexico's Constitution of 1917 with Amendments through 2015*. Disponível: <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

NEPAL. Constituição (2015). *Nepal's Constitution of 2015 with Amendments through 2016*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Nepal_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

NIGERIA. Constituição (1999). *Nigeria's Constitution of 1999 with Amendments through 2011*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria_2011.pdf?lang=en>. Acesso em 20 dez. 2018.

NOVA ZELÂNDIA. Constituição (1852). *New Zealand's Constitution of 1852 with Amendments through 2014*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/New_Zealand_2014.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Portugal's Constitution of 1976 with Amendments through 2005*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei nº 9/2010, de 31 de maio de 2010. *Diário da República Portuguesa*, nº 105/2010, Lisboa, Série I de 31 maio 2010.

REINO UNIDO. Constituição. *United Kingdom's Constitution of 1215 with Amendments through 2013*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/United_Kingdom_2013.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constituição (2015). *Dominican Republic's Constitution of 2015*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SÉRVIA. Constituição (2006). *Serbia's Constitution of 2006*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SOMÁLIA. Constituição (2012). *Somalia's Constitution of 2012*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Somalia_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SRI LANKA. Constituição (1978). *Sri Lanka's Constitution of 1978 with Amendments through 2015*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Sri_Lanka_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SUÉCIA. Constituição (1974). *Sweden's Constitution of 1974 with Amendments through 2012*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SUÍÇA. Constituição (1999). *Switzerland's Constitution of 1999 with Amendments through 2014*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SWAZILÂNDIA. Constituição (2005). *Swaziland's Constitution of 2005*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Swaziland_2005.pdf?lang=en>. Acesso em 20 dez. 2018.

TIMOR LESTE. Constituição (2002). *Timor-Leste's Constitution of 2002*. Translated by Gisbert H. Flanz. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/East_Timor_2002.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. *Public Law 104-199 (Defense of Marriage Act)*. Washington, Sept. 21, 1996. Disponível em: <<https://www.congress.gov/104/plaws/publ199/PLAW-104publ199.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

ZIMBABWE. Constituição (2013). *Zimbabwe's Constitution of 2013 with Amendments through 2017*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Zimbabwe_2017.pdf?lang=en>. Acesso em: 20 dez. 2018.

[Notícias]

ABRANTES, Talita. Hospitais barram aborto até em casos previstos por lei. *Exame*, São Paulo, 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/hospitais-barram-aborto-ate-em-casos-previstos-por-lei>>. Acesso em 22 fev. 2019.

AGIUS, Silvan. Third Gender: A Step Toward Ending Intersex Discrimination A Commentary. *Spiegel Online*, Hamburgo, 22 Aug. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/europe/third-gender-option-in-germany-a-small-step-for-intersex-recognition-a-917650.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Violência sexual: lições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Justificando*. 21 set. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/09/21/violencia-sexual-licoes-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ANJOS, Anna Beatriz; PESSOA, Gabriela Sá; CORTÊZ, Natacha. Dor em Dobro. *Publica*, 29 maio 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

BARROS, Carlos Juliano. Com medo de ameaças, Jean Wyllys, do PSOL, desiste de mandato e deixa o Brasil. *Folha de São Paulo*, 24 jan. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/com-medo-de-ameacas-jean-wyllys-do-psol-desiste-de-mandato-e-deixa-o-brasil.shtml>>. Acesso em 27 fev. 2019.

BBC MUNDO. Alemanha introduce un "tercer género" legal para recién nacidos. *BBC News*, London, 19 agosto 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/08/130819_alemania_tercer_genero_nm.shtml>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasília de Geografia e Estatística (IBGE). Munic 2011: 6,2% dos municípios possuem plano de redução de riscos. *Comunicação Social do IBGE*. Rio de Janeiro, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2260&t=munic-2011-6-2-municipios-possuem-plano-reducao-riscos&view=noticia>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

CARNEIRO, Luiz Orlando. Lewandowski autoriza restrição a portadores do HIV nas Forças Armadas. *JOTA*. Brasília/São Paulo, 28 maio 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/lewandowski-autoriza-restricao-a-portadores-do-hiv-nas-forcas-armadas-28052015>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

CONGRESSO EM FOCO. TSE diz que “kit gay” não existiu e proíbe Bolsonaro de disseminar notícia falsa. *Congresso em foco*. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/tse-diz-que-kit-gay-nao-existiu-e-proibe-bolsonaro-de-disseminar-noticia-falsa/>>. Acesso em 4 nov. 2018.

_____. Pesquisa mostra que 84% dos eleitores de Bolsonaro acreditam no kit gay. *Congresso em foco*. Brasília, 1 nov. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/amp/eleicoes/pesquisa-mostra-que-84-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditam-no-kit-gay/>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

D'AGOSTINO, Rosanne. Decisão do STJ sobre estupro de menores foi inválida, decide tribunal. *G1*. Brasília, 9 ago. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/08/decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores-foi-invalida-decide-tribunal.html>>, Acesso 20 fev. 2019.

DIÓGENES, Juliana. Casa para abrigar LGBTs expulsos pela família é inaugurada após 'vaquinha'. *O Estado de São Paulo*. 25 jan. 2017. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,apos-vaquinha-casa-para-abrigar-lgbts-expulsos-pela-familia-e-inaugurada,70001640471>>. Acesso em: 21 fev. 2019

FÁBIO, André Cabette. As propostas dos presidentiáveis para a população LGBT. *Nexo*. São Paulo, 2 out. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/10/02/As-propostas-dos-presidenci%C3%A1veis-para-a-popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

GETTLEMAN, Jeffrey; SCHULTZ, Kai; RAJ, Suhasini. India Gay Sex Ban Is Struck Down. 'Indefensible,' Court Says." *The New York Times*, New York, Sept. 6, 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/09/06/world/asia/india-gay-sex-377.html>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; FABRIS CAMPOS, Ligia. Pessoas trans: o mundo mudou e o Supremo também. *JOTA*, Brasília/São Paulo, 01 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/pessoas-trans-o-mundo-mudou-e-o-supremo-tambem-01032018>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

LISBOA, Vinícius. Abrigos LGBT se espalham e reúnem histórias de orgulho e superação. *Agência Brasil*. 28 jun. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/abrigos-lgbt-se-espalham-e-reunem-historias-de-orgulho-e-superacao>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

LUHN, Alec. Russian anti-gay law prompts rise in homophobic violence. *The Guardian*. Moscow, Sept. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/sep/01/russia-rise-homophobic-violence>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

MEGALE, Bela; CAMPOREZ, Patrik; SACONI, João Paulo. As ameaças que levaram Jean Wyllys a sair do Brasil: 'Vou te matar com explosivos', 'quebrar seu pescoço'. *O Globo*, 25 jan. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/as-ameacas-que-levaram-jean-wyllys-sair-do-brasilvou-te-matar-com-explosivos-quebrar-seu-pescoco-23401589>>. Acesso em 27 fev. 2019

MELO, João Ozorio de Melo. Acusação de suspeição: EUA discutem se gay pode julgar caso sobre Aids. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 19 ago. 2014

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/eua-discutem-gay-jurado-remedio-aids>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. Em disputa sobre paternidade, lésbica vence homem em tribunal dos EUA. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/lesbica-vence-disputa-paternidade-homem-eua>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. “Penas Inextinguíveis” Leis dos EUA impedem volta de “predadores sexuais” às ruas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-28/leis-estaduais-eua-impedem-volta-predadores-sexuais-ruas>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. Tribunal americano descriminaliza a bigamia. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-16/tribunal-americano-descriminaliza-bigamia-julgando-lei-inconstitucional>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MESQUITA, Lígia. Argentina reconhece criança transgênero. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/09/1348236-argentina-reconhece-crianca-transgenero.shtml>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

NUBLAT, Johanna. FALCÃO, Márcio. Comissão de Marco Feliciano aprova dois projetos contra gays e rejeita um a favor. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/11/1374047-comissao-de-marco-feliciano-aprova-dois-projetos-contra-gays-e-rejeita-um-a-favor.shtml>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PINHEIRO, Aline. Direito dos gays é pouco reconhecido no Leste Europeu. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-21/direito-homossexuais-ainda-reconhecido-leste-europeu>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

REUTERS. Colômbia aprova adoção por casais homossexuais com restrição. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/08/1507742-colombia-aprova-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo-com-restricoes.shtml>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SEM SINTOMAS. HIV, por si só, não é causa para reforma de militar, decide TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 04 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/hiv-si-nao-causa-reforma-militar-decide-trf>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

SHARP, David. Maine Court Rules In Favor Of Transgender Pupil. *The Boston Globe*. Boston, Feb. 1, 2014. Disponível em: <<https://www.bostonglobe.com/metro/2014/02/01/maine-court-rules-favor-transgender-pupil/SvRvYxXfdAcX4iMn0mWtBL/story.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____. Nicole Maines, Transgender Student, Goes To Maine High Court. *Huffington Post*. New York, June 12, 2013. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2013/06/12/nicole-maines_n_3429077.html> Acesso em: 5 ago. 2014.

VOGUE, Ariane de; COHEN, Zachary. Supreme Court allows transgender military ban to go into effect. *CNN*. Washington, 22 fev. 2019. Disponível em <<https://edition.cnn.com/2019/01/22/politics/scotus-transgender-ban/index.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.