

Cortes constitucionais efetivam direitos LGBTQIAP+

24/06/2023

Junho é considerado o mês do orgulho, em razão do dia internacional do orgulho LGBTQIAP+ no dia 28 do mês. A data foi estabelecida em homenagem à rebelião de *Stonewall Inn*.^[1], considerada marco de resistência e luta pela conquista de direitos civis por esse grupo vulnerável. Trata-se, portanto, de época oportuna para reflexões sobre visibilidade, efetivação da igualdade e combate à discriminação dessa comunidade.

Já escrevemos nesta coluna, em parceria com o professor Paulo Iotti, ensaio sobre a legitimidade constitucional das decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre o tema, em que colacionamos as principais decisões da Corte Constitucional brasileira sobre o assunto e ponderamos que a proibição constitucional de discriminações de quaisquer naturezas funciona como legitimadora dos referidos julgados.^[2]



Em complemento àquelas reflexões, este artigo tem o escopo de

evidenciar que a concretização imediata de direitos fundamentais por Cortes Constitucionais é um fenômeno global, bem como de apresentar alguns exemplos de decisões paradigmáticas de vários países em que a Justiça Constitucional promoveu direitos humanos e fundamentais do grupo LGBTQIAP+.

A Suprema Corte dos Estados Unidos (*Scotus*), ao julgar o caso *Bostock v. Clayton County* (2020), decidiu pela inconstitucionalidade de discriminações em ambiente de trabalho decorrentes da orientação sexual ou da identidade de gênero dos trabalhadores.^[3] Esse precedente é um dos mais relevantes relativamente à comunidade LGBTQIAP+, ao lado de *Lawrence v. Texas* (2003)^{[4][5]}, em que a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da criminalização de condutas sexuais recreativas sem finalidade de procriação; e *Obergefell v. Hodges* (2015), que legitimou o casamento gay nos Estados Unidos.^[6] Mais recentemente, ao apreciar pedido incidental no caso *West Virginia v. B.P.J.* (2023), a *Scotus* também proferiu decisão provisória permitindo que uma adolescente transsexual de doze anos integrasse o time feminino de atletismo do colegial.

Em consequência, afastou a aplicação de legislação do Estado de *West Virginia* que proíbe meninas transgênero de jogar em times esportivos femininos em escolas secundárias e faculdades públicas, ao fundamento de que esse tipo de norma viola a garantia constitucional da proteção igualitária.[7]

No Canadá, ao analisar a demissão de um professor colegial com base em sua homossexualidade, a Suprema Corte entendeu que discriminação por orientação sexual é inconstitucional, sendo as legislações locais que não preveem a orientação sexual como causa de discriminação inconstitucionais por omissão.

Essa tese foi fixada no julgamento do *case Vriend v. Alberta* (1998), em que a Corte assentou que a omissão da orientação sexual como fundamento protegido no *Individual Rights Protection Act (IRPA)* do Estado de Alberta criava uma distinção entre homossexuais e outros grupos desfavorecidos protegidos pela lei, de modo que gays e lésbicas não tinham igualdade formal com relação a outros grupos protegidos. Além disso, a exclusão do fundamento da orientação sexual, considerado o contexto da realidade social de discriminação contra gays e lésbicas, tinha claramente impacto desproporcional sobre eles em relação aos heterossexuais.[8]

Na Colômbia, a Corte Constitucional estabeleceu uma série de medidas para o enfrentamento do *bullying* em ambiente escolar. Ao proferir a sentença T-478-2015 — que envolvia a responsabilidade da escola em razão do suicídio de adolescente de dezessete anos, perseguido pelos diretores do colégio em que estudava e punido disciplinarmente por se relacionar com outro estudante —, além de ordenar ato de desagravo ao aluno falecido, a Corte determinou ao Ministério da Educação o desenvolvimento de mecanismos de combate ao *bullying* nos colégios e a revisão dos manuais de convivência, a fim de garantir o respeito à orientação sexual e à identidade de gênero dos alunos pelas instituições educacionais.[9]

Ainda, a Corte colombiana assentou que instituições educativas não podem obrigar estudantes a adotar aparência pré-estabelecida, por contrariar o princípio do livre desenvolvimento da personalidade de alunos transexuais. Consequentemente, as escolas não podem punir alunas transexuais por utilizarem cabelos longos, maquiagem ou uniforme compatível com sua identidade de gênero, além de terem o dever de tratar estudantes pelo gênero de autoidentificação (Sentenças T-562/2013, T-565/2013 e T-363/2016[10]).[11]

No Peru, paradigma relevante para a comunidade LGBTQIAP+ diz respeito ao julgamento em que o Tribunal Constitucional assentou que a aplicação de sanções motivada pela orientação sexual de servidores públicos viola a dignidade humana, por se consubstanciar em medida sub-reptícia que impõe padrão de vida moralmente aceitável pela maioria das pessoas. Em razão desse entendimento, a Corte determinou a reincorporação ao serviço ativo da Polícia Nacional de servidor que havia sido posto em disponibilidade sob a justificativa de falta de decoro, em decorrência de seu relacionamento com uma mulher transgênero.[12]

Em outro julgado, o Tribunal peruano ainda estabeleceu que o direito à visita íntima em estabelecimentos prisionais não poderia ser obstaculizado pela orientação sexual do beneficiário, devendo os casais homossexuais gozarem dos mesmos direitos dos casais heterossexuais.[13]

Na Áustria, uma decisão da Corte Constitucional de 2017 declarou a inconstitucionalidade de restrições do Código Civil e da Lei das Parcerias Registradas que restringiam o casamento a pessoas de sexos diferentes e as parcerias registradas a pessoas do mesmo sexo. Em razão dessa decisão, os casais hétero e homoafetivos passaram a poder escolher, indistintamente, entre casamento e parceria registrada como entidade familiar formal. A Corte compreendeu que, apesar de não existirem diferenças substanciais entre as duas instituições legais na Áustria, a imposição obrigatória de nomes diferentes constitui discriminação.[14][15]

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu a desproporcionalidade do tipo penal consubstanciado na prática de ato sexual homossexual consentido com pessoa entre 14 e 16 anos, comparativamente a crime semelhante praticado por autores heterossexuais. Enquanto os autores heterossexuais precisavam abusar da inexperiência da vítima, os agentes homossexuais prescindiam desse elemento para incidir na conduta tipificada, o que evidenciava maior desvalor em relação a atos homossexuais. Diante desse cenário, o Tribunal julgou inconstitucional o artigo 175 do Código Penal português, na parte em que punia a prática de atos homossexuais com adolescentes mesmo que se não verificasse, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima.[16]

Por seu turno, o Conselho Constitucional francês convalidou alteração legislativa que substituiu o termo "identidade sexual" por "identidade de gênero" no Código Penal, de modo a ampliar o nível de proteção jurídica do grupo LGBTQIAP+, uma vez que a prática de crime ou contravenção motivada pela orientação sexual ou a identidade de gênero da vítima passou a ser considerada circunstância agravante da infração.[17]

Na Espanha, embora o casamento gay tenha decorrido de iniciativa legislativa (*Ley 13/2005*), o Tribunal Constitucional refutou recurso de inconstitucionalidade manejado por parlamentares conservadores contra esta lei. Na STC 198/2012, o Tribunal assentou que a norma impugnada está na tendência mundial de igualar o status legal de pessoas homossexuais e heterossexuais, com o objetivo de avançar da descriminalização do comportamento homossexual para o reconhecimento da proteção contra a discriminação baseada na orientação sexual das pessoas. [18]

Na Itália, a Corte Constitucional fixou entendimento segundo o qual a alteração de registro civil de pessoa transgênero independe de cirurgia de transgenitalização. Ao proferir a *Sentenza* 221/2015, em que analisava a constitucionalidade de norma que dispõe sobre retificação de atribuição de gênero, condicionando-a a uma *"decisão final do tribunal que atribui a uma pessoa sexo diferente daquele declarado na certidão de nascimento, após alterações em suas características sexuais"*[19], a Corte deu interpretação à norma para assentar que a prevalência da proteção da saúde do indivíduo sobre a correspondência com sexo anatômico, o que conduziu a considerar o tratamento cirúrgico não como pressuposto para o procedimento de retificação, mas como um meio possível e funcional para a obtenção de completo bem-estar mental e físico.[20]

Em Taiwan, a Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade, por violação ao princípio do tratamento igualitário, da omissão legislativa em tutelar o direito ao casamento homoafetivo, concedendo ao Legislativo o prazo de dois anos para editar norma sobre o

assunto.[21] Isso impulsionou a edição de lei em 2019, transformando o país no primeiro do continente asiático a tutelar o direito fundamental ao casamento da população LGBTQIAP+.

Finalmente, a Índia fornece precedente bastante interessante em que Suprema Corte, analisando a conjuntura da população trans, reconheceu a ela o direito de autoidentificação de gênero como masculino, feminino ou terceiro gênero. A Corte ainda ponderou que, como as pessoas transgênero são marginalizadas na sociedade, justifica-se a reserva de vagas para admissão em instituições educacionais e empregos.[22]

Todas essas decisões paradigmáticas revelam que a Justiça Constitucional pode ser encarada como via efetiva para a litigância estratégica na luta por direitos civis pelo movimento LGBTQIAP+. Porém, Cortes Constitucionais não devem ser compreendidas como único canal adequado de debate sobre o tema.

Com efeito, todas as Cortes estudadas neste ensaio também fornecem precedentes que não efetivam direitos da população LGBTQIAP+, seja porque adotaram postura moralmente conservadora, seja porque se inclinaram à posição autocontida que não reconhece o controle de omissões inconstitucionais como função da Justiça Constitucional. Em consequência, assim como a litigância judicial estratégica pode gerar resultados positivos, pode também trazer frustração de expectativas.

Além disso, decisões judiciais têm um efeito legitimador da pauta LGBTQIAP+ que é apenas relativo, na medida em que despertam diversas críticas à atuação concretista das Cortes, qualificando-as pejorativamente como ativistas, o que estimula um contramovimento reacionário às conquistas (*backlash*). Nessa conjuntura, avanços na construção de uma sociedade igualitária que decorrem de lei deliberada pelos representantes do povo, e não de decisão judicial conformadora do Direito, têm mais robustez contra retrocessos, a exemplo do que ocorreu em relação ao casamento gay na Argentina, na Austrália, na África do Sul e na Holanda.

Portanto, a Justiça Constitucional é mais um caminho legítimo para a conquista de direitos civis pela população LGBTQIAP+, notadamente nos casos de omissões normativas inconstitucionais, mas não o único, o mais adequado ou, necessariamente, o mais eficiente.

* *LGBTQIAP+*: sigla que designa grupo populacional integrado por lésbicas, gays, bissexuais, trans, queer, interssexuais, assexuais e pansexuais

[1] Em 28 de junho de 1968, a população LGBTQIAP+ insurgiu-se contra abordagem policial abusiva no bar *Stonewall Inn*, em Nova York (USA), que prendia pessoas em razão de condutas supostamente desviantes das normas de comportamento social predominantes. Desde então, essa revolta passou a ser reconhecida como marco na luta por direitos civis pela comunidade LGBTQIAP+.

- [2] CARVALHO FILHO, José S.; IOTTI, Paulo. Legitimidade constitucional das decisões do STF sobre direitos LGBTI+. In: Consultor Jurídico, 19 de dezembro de 2020.
- [3] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Bostock v. Clayton County* (2020).
- [4] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Lawrence v. Texas* (2003).
- [5] CARVALHO FILHO, José. S. *Lawrance v. Texas*. In: Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos históricos. Org. Rodrigo Frantz Becker. Brasília: IDP, 2021.
- [6] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Obergefell v. Hodges* (2015).
- [7] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *West Virginia v. B.P.J.* (2023).
- [8] CANADA. Supreme Court. *Vriend v. Alberta* (1998).
- [9] COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-478/15*.
- [10] COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencias T-562/2013, T-565/2013 y T-363/2016*.
- [11] CARDINALI, Daniel Carvalho. Direitos LGBT e Cortes Constitucionais Latino-Americanas: Uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, n. 31, jun. 2017.
- [12] PERÚ. Tribunal Constitucional. *Sentencia Exp. N.º 2868-2004-AA/TC*.
- [13] PERÚ. Tribunal Constitucional. *Sentencia Exp. n.º 01575-2007-PHC/TC*.
- [14] AUSTRIA. *Verfassungsgerichtshof G 258-259/2017-9*.
- [15] GESLEY, Jenny. *Austria: Same-Sex Couples Allowed to Get Married Starting January 2019*. In. *The Law Library of Congress*.
- [16] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 247/2005.
- [17][17] FRANCE. Conseil Constitutionnel. *Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017*.

[18] *ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 198/2012 de 6 noviembre 2012.*

[19] *ITALIA. Art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164.*

[20] *ITALIA. Corte Costituzionale. Sentenza 221/2015.*

[21] *TAIWAN. Constitucional Court. Judicial Yuan interpretation 748. Disponível em: <<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310929>>.*

[22] *INDIA. Supreme Court. National Legal Services Authority v. Union of India (2014).*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-24/observatorio-constitucional-cortes-constitucionais-efetivam-direitos-lgbtqiap/>