

SiqueiraCastro*

Direito à felicidade no direito brasileiro e no direito comparado

Parte 3

Biblioteca RJ, 16/12/2020

SUMÁRIO

Doutrina

A possibilidade da felicidade em Schopenhauer Simião Severino Pamplona https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/23144	D21
Virtude e felicidade em Aristóteles e Hobbes Yara Frateschi http://www.revistas.usp.br/filosofiaantiga/article/download/42479/46147/50718	D22
Direito à felicidade na constituição brasileira de 88: utopia ou realidade? Patrick Santos https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/1112/686	D23
A visão utilitarista de John Stuart Mill sobre a felicidade Léo Spagnolo https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/4691	D24
A liberdade como base para a obtenção da felicidade em John Stuart Mill Adilson Junior https://rd.uffs.edu.br/handle/prefix/593	D25
RE 477554 AgR/MG, Relator Min. CELSO DE MELLO, j. 16/08/2011, Segunda Turma, DJe-164 25-08-2011 http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf	D26
ADPF 132/RJ, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 05/05/2011, Tribunal Pleno, DJe-198 13-10-2011 https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633	D27
ADI 4277/DF, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 05/05/2011, Tribunal Pleno, DJe-198 13-10-2011 https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf	D28
RE 898060, Relator Min Luiz Fux, j. 21/09/2016, Tribunal Pleno http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919	D29
RE 670422, Relator Min Dias Tofoli, j. 15/08/2018, Tribunal Pleno http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760	D30
Adi 4275, Relator Min Marco Aurelio, j. 01/03/2018, Tribunal Pleno http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200	D31
RE 1058333, Relator Min Luiz Fux, j. 21/11/2018, Tribunal Pleno http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328	D32

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – UFRN
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES – CCHLA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA – PPGFIL**

Simião Severino Pamplona

A POSSIBILIDADE DA FELICIDADE EM SCHOPENHAUER

NATAL
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – UFRN
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES – CCHLA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA – PPGFIL

SIMIÃO SEVERINO PAMPLONA

A POSSIBILIDADE DA FELICIDADE EM SCHOPENHAUER

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Dax Fonseca Moraes
Paes Nascimento

Natal
2017

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Pamplona, Simião Severino.

A possibilidade da felicidade em Schopenhauer /
Simião Severino Pamplona. - Natal - Rio Grande do Norte:
2017.

96 f.

Orientador: Prof. Dr. Dax Fonseca Moraes Paes
Nascimento.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas,
Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em
Filosofia, 2017.

1. Vontade. 2. Felicidade. 3. Schopenhauer, Arthur
1788-1860. I. Moraes, Dax Fonseca. II. Universidade
Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

CDU: 17.023.34

SIMIÃO SEVERINO PAMPLONA

A POSSIBILIDADE DA FELICIDADE EM SCHOPENHAUER

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

DATA DA APROVAÇÃO: / /

Prof. Dr. Dax Fonseca Moraes Paes Nascimento (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dra. Monalisa Carrilho de Macedo (Membro interno)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Vilmar Debona (Membro externo)
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

NATAL
2017

Aos professores por quem passei, dedico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ele me dar as graças necessárias para a realização dos meus estudos.

Agradeço à CAPES pela concessão da bolsa de mestrado que possibilitou a minha dedicação exclusiva à realização desta pesquisa.

Agradeço ao professor Dax Moraes pelos conselhos e pelos estudos que realizamos em torno da filosofia de Schopenhauer.

Nesta oportunidade também agradeço aos professores e demais componentes da Pós-Graduação em Filosofia da UFRN.

Agradeço ao Prof. Jair Barboza pelas orientações concedidas na qualificação, bem como a gentileza de me indicar novas referências.

Agradeço também ao Prof. Vilmar Debona pelas sugestões apresentadas na qualificação.

Agradeço a meus pais, Severino e Helena pela ajuda dispensada em meu favor nos momentos de dificuldade.

Agradeço a minha esposa Francisca e a meus demais familiares que estiveram comigo neste tempo de estudo.

Agradeço a Dona Socorro Almeida, a seu esposo Leonardo Medeiros e a seu filho Caio pela generosidade dispensada em meu favor.

Agradeço ao professor Antunes Ferreira da Silva que muito me incentivou para fazer o mestrado em Filosofia quando ainda estava na graduação.

Agradeço a amizade e acolhida de Diego, Helena, Matheus, Natasha e Vitor.

O que nos torna felizes ou infelizes não é o que as coisas são objetiva e realmente, mas o que são para nós, em nossa concepção.

(Schopenhauer, *Aforismos para a sabedoria de vida*)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a noção e a possibilidade da felicidade proposta pelo filósofo alemão Arthur Schopenhauer. Esta pesquisa é feita a partir do estudo dos escritos do próprio filósofo, especialmente as obras *O mundo como vontade e como representação*, tomo 1, e *Aforismos para a sabedoria de vida*. Também recorremos a alguns dos comentadores que, na tradição brasileira de estudos schopenhauerianos, abordam tal temática. Considerando o pensamento de Schopenhauer, este estudo traz uma análise sobre o entendimento de que a vida é sofrimento, investiga sobre a felicidade com a satisfação dos desejos, aborda a questão da superação do sofrimento pela negação da Vontade e discorre sobre a felicidade com a sabedoria de vida. O filósofo postula que todos estão sofrendo em qualquer situação que se encontrem: viver é sofrer. A fonte do sofrimento interminável é a essência em si do mundo, essência essa que Schopenhauer compreende como sendo a Vontade. Segundo o filósofo, a Vontade é uma essência autodiscordante, insaciável que expressa esse caráter conflituoso em cada indivíduo. Dessa forma, o sofrimento é uma expressão da Vontade. O sofrimento é a travessão da Vontade, travessão essa em que a Vontade impede a si mesma de realizar seus fins nos indivíduos. No entanto, podemos perceber uma superação do sofrimento pelo acontecimento da negação da Vontade, acontecimento esse em que a Vontade, em alguns indivíduos, prefere não mais afirmar a vida mediante a renúncia aos prazeres. Também podemos perceber a possibilidade de atingir uma vida agradável e feliz, vida essa que é entendida como uma vida sábia. Deste modo, surge a questão de compreender prováveis noções de felicidade, bem como a possibilidade de ser feliz na filosofia de Schopenhauer, já que, mesmo compreendendo a vida como contínuo padecimento, o filósofo apresenta condições indicativas de felicidade. E o que podemos observar é que a felicidade é entendida de modo negativo, ou seja, é apenas ausência momentânea do sofrimento. Em Schopenhauer não existe felicidade como aquisição de contentamento, prazer. Podemos perceber ainda um estado de superação do sofrimento com a negação da Vontade, estado esse em que o sujeito se torna indiferente a todo padecimento. E também podemos perceber que mediante o conhecimento da sabedoria de vida, que é o caráter adquirido, as pessoas conquistam um aprendizado de como pode se conduzir na vida possibilitando viver de forma o menos infeliz possível. Esse modo de viver consiste na felicidade apresentada na eudemonologia do filósofo. Esta felicidade da eudemonologia é a que é passível de ser alcançada de forma prolongada segundo Schopenhauer.

Palavras-chave: Vontade. Felicidade. Negação da Vontade. Sabedoria de vida

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the notion and possibility of happiness proposed by German philosopher Arthur Schopenhauer. This research is based on a study of his writings, especially *The World as Will and Representation*, volume 1, and *Aphorisms on the Wisdom of Life*. It also considers some critics from the Brazilian tradition of Schopenhauer studies. Proceeding from Schopenhauer's thinking, this study offers an analysis of the understanding that life is suffering, investigates happiness through the satisfaction of desires, addresses the question of overcoming suffering through denial of the Will, and discusses happiness *vis-à-vis* the wisdom of life. The philosopher postulates that everyone suffers in whichever situation they find themselves: for, to live is to suffer. The source of endless suffering is the essence of the world itself; and it is this essence that Schopenhauer understands as the Will. According to him, the Will is a self-discordant, insatiable essence; and this conflicting characteristic expresses itself in each individual. Therefore, suffering is a manifestation of the Will. It is the halting of the Will, a blockage in which the Will prevents itself from achieving its ends in individuals. However, we can realize the overcoming of suffering by denial of the Will, an act by which some individuals no longer choose to affirm life through the renunciation of pleasure. We can also identify the possibility of achieving a happy and pleasant life, one that is understood as wise. Thus arises the question of understanding prospective notions of happiness, as well as the possibility of being happy in Schopenhauer's philosophy, since even though he understands life as continuous affliction, he presents conditions that are indicative of happiness. Moreover, we can observe that happiness is understood in a negative way, that is, it is just the momentary absence of suffering. According to Schopenhauer, happiness does not appear as the acquisition of contentment or pleasure. We can still observe a state of overcoming suffering through denial of the Will, a state in which the individual becomes indifferent to all ailments. Further, we can realize that through knowledge of the wisdom of life, which is an acquisition of a character, people gain an understanding of how to behave in their lives, thereby allowing them to live as minimally unhappily as possible. This way of living produces the happiness presented in Schopenhauer's eudemonology, according to which happiness is something that can be achieved in a processual way.

Keywords: Will. Happiness. Denial of Will. Wisdom of life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O SOFRIMENTO COMO CONDIÇÃO POSITIVA DE TUDO O QUE EXISTE: O PADECER COMO REFLEXO DA ESSÊNCIA EM SI DO MUNDO	14
1.1 Em que consiste o sofrimento no mundo	15
1.2 Aspectos imediatos e refletidos do sofrimento.....	26
2 A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO SOFRIMENTO PELA NEGAÇÃO DA VONTADE.....	37
2.1 A superação do sofrimento	40
2.2 A superação do sofrimento na contemplação	49
2.3 Não há como buscar a superação do sofrimento pela negação da Vontade	56
3 A POSSIBILIDADE DE UMA VIDA FELIZ PELA AQUISIÇÃO DE UM CARÁTER.....	60
3.1 Introdução à doutrina schopenhaueriana do caráter.....	61
3.2 Sabedoria de vida, razão prática e a felicidade pela aquisição do caráter.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS	90
BIBLIOGRAFIA ADICIONAL RELEVANTE	93

INTRODUÇÃO

Para Schopenhauer, a vida é sofrimento. Segundo o filósofo, cada pessoa, por mais que tenha uma vida confortável, está em um constante padecer. O sofrimento, assim, é inerente a todas as pessoas e a tudo que vive. Nesse sentido, viver é sofrer: a partir da existência, o ser humano, como todos os demais seres, também já se encontra envolvido necessariamente com o sofrimento. O padecimento é algo tão próprio da vida que, se não existir mais nenhum sofrimento com as necessidades, as pessoas sofrem com o tédio na saciedade.

Mesmo que Schopenhauer entenda a vida como sofrimento, descreve sobre certas possibilidades de haver felicidade. Podemos constatar isso, de forma mais clara, em dois momentos da filosofia de Schopenhauer. Nos *Aforismos para a sabedoria de vida*, Schopenhauer fala de uma “arte de conduzir a vida do modo mais agradável e feliz possível” (SCHOPENHAUER, 2006, p. 1). No livro *O mundo como vontade e como representação*, o filósofo usa diferentes termos para referir-se ao estado do sujeito em que ocorre a negação da Vontade que apontam alguma felicidade com tal negação, pois, quando esse acontecimento ocorre, surge uma “paz que é superior a toda razão, aquela completa calma oceânica do espírito, aquela profunda tranquilidade, confiança inabalável e serenidade jovial” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 71, p. 476). Desta forma, podemos perceber que, apesar de Schopenhauer haver compreendido a vida como sofrimento, ainda há a possibilidade de existir alguma felicidade passível de ser atingida. As noções de vida agradável e feliz com a sabedoria de vida, bem como as noções de paz, calma, serenidade jovial com a negação da Vontade dão a entender que em Schopenhauer há a probabilidade de haver noções diversas de felicidade.

Desta forma, temos como objetivo geral nesta pesquisa analisar, na perspectiva de Schopenhauer, noções e a possibilidade de felicidade especialmente na sabedoria de vida e na negação da Vontade. Neste sentido, buscaremos compreender o entendimento de felicidade baseando-nos na metafísica de Schopenhauer e em alguns conteúdos do pensamento ético do filósofo, conteúdos estes que estão relacionados com o acontecimento da negação da Vontade e da aquisição da sabedoria de vida.

Como problema, temos o seguinte questionamento: em que consiste a felicidade na perspectiva de Schopenhauer, uma vez que o filósofo entende a existência como sendo sofrimento? Em outros termos, temos como problemática a identificação da possibilidade ou impossibilidade da felicidade no pensamento de Schopenhauer, pois o filósofo, entendendo a vida como sofrimento, descreve, ao longo dos seus escritos, noções que podem ser remetidas a alguma forma de felicidade. Desse modo, temos uma problemática que gira em torno de encontrar alguma felicidade passível de ser atingida dentro de uma perspectiva de mundo compreendida como sendo sofrimento.

Para responder a esse questionamento, nos restringimos a compreender o que seja o sofrimento de acordo com Schopenhauer. Nessa oportunidade, nos defrontamos com a metafísica de Schopenhauer, metafísica essa que tem como essência do mundo a Vontade. Detendo-nos no conhecimento metafísico de Schopenhauer chegaremos a compreender um pouco sobre o entendimento schopenhaueriano de que a vida é sofrimento. Desse modo, perceberemos a fonte e o conceito de sofrimento. Poderemos constatar o sofrimento ligado à noção de Vontade como essência em si do mundo. Também perceberemos nessa visão schopenhaueriana do mundo alguns aspectos do sofrimento, tal como o de que ele ocorre entre dor e tédio, sendo que estes dois são os polos opostos do sofrimento. Com isso, constataremos como Schopenhauer explica o sofrimento na vida humana.

Em seguida buscaremos investigar o entendimento desenvolvido por Schopenhauer a respeito da felicidade na satisfação dos desejos. Como o filósofo descreve a felicidade como satisfação dos desejos e a vida é, segundo o filósofo, sofrimento, há a necessidade de esclarecer o que seja essa felicidade com a satisfação dos desejos.

Tendo em vista compreender a possibilidade da felicidade em Schopenhauer no acontecimento da negação da Vontade, nos depararemos com a possibilidade da superação do sofrimento ao percebermos o aparecimento do estado de alegria e paz que vem com essa negação. Desta forma, tem-se a oportunidade de perceber na negação da Vontade o surgimento de uma provável felicidade que não tem relação com a satisfação dos desejos, constituindo outro tipo de felicidade. Neste caso, mesmo que haja o acontecimento da negação da Vontade de vida, ainda há vida no sujeito e, assim, possibilidade de suspensão do sofrimento estando vivo, pois, com

essa negação, o corpo ainda vive afirmando a Vontade, possibilitando que o sujeito exista, embora no sujeito a Vontade tenha negado a si mesma.

Nesta parte do nosso estudo também buscaremos demonstrar que essa superação do sofrimento pode ocorrer no estado de pura contemplação da Ideia. Poderemos perceber que a contemplação da Ideia em Schopenhauer apresenta certa semelhança com a negação da Vontade e, com isso, podemos perceber a possibilidade do surgimento da “felicidade” pela negação da Vontade e também na contemplação da Ideia.

Notaremos, contudo, que essa possibilidade de superação do sofrimento com a negação não é algo que se possa alcançar por decisão própria. Nem esforço físico ou mental fazem ocorrer a negação da Vontade, sendo esse acontecimento algo que depende da própria liberdade da Vontade. Assim, é a própria Vontade que decide se negar em alguns de seus fenômenos.

Numa outra abordagem veremos a possibilidade da felicidade pela aquisição de um caráter. Este é um determinado tipo de caráter que se diferencia de outros dois, que são o caráter inteligível e empírico. Sendo o caráter inteligível a expressão atemporal da Vontade que determina a índole das pessoas e o caráter empírico a expressão do caráter inteligível na esfera da temporalidade, segue-se que o caráter é imutável. Mas as pessoas ainda podem adquirir um caráter pela sabedoria de vida, conquistada pela própria vivência, sabedoria essa que está relacionada ao aprendizado de como conduzir-se a fim de evitar cair em certos sofrimentos. Nessa abordagem, buscaremos compreender a noção de vida o mais agradável e feliz, vida essa que consiste na felicidade pela aquisição de um caráter.

Tal momento da exposição fez com que se tornasse necessário compreender a noção de caráter elaborada pelo filósofo, pois o caráter é de fundamental importância para determinar a felicidade. Assim, compreenderemos primeiramente o que seja o caráter segundo Schopenhauer e, com essa base, perceberemos a possibilidade dessa vida “agradável e feliz”.

Podemos perceber que esse estudo buscará especificamente tratar da noção e possibilidade de felicidade na filosofia de Schopenhauer, podendo propiciar questionamentos críticos em relação a alguns ideais de bem-estar como aquele que compreende a felicidade como satisfação de todos os desejos. Uma vez que o filósofo compreende a vida como sendo sofrimento, tal perspectiva de mundo poderá trazer noções sobre possibilidades ou impossibilidades de felicidade que podem se

diferenciar de compreensões comumente entendidas sobre o que seja a felicidade, especialmente esta que coloca a felicidade como sendo a satisfação dos desejos. Desse modo, este estudo pode favorecer o surgimento de novos direcionamentos a respeito da busca pela felicidade.

Para explanação dessa pesquisa, dividimos o conteúdo em três capítulos. No primeiro capítulo será apresentado o entendimento de Schopenhauer do que seja a vida como sofrimento. Nessa oportunidade, nos deteremos, num primeiro momento, em buscar explicar o conceito de sofrimento em Schopenhauer e, dessa forma, adentraremos na questão da definição da Vontade como essência em si do mundo, já que o sofrimento é uma expressão da Vontade. Em seguida, num segundo momento, traremos alguns aspectos da noção schopenhaueriana de que a vida é sofrimento, levando em consideração o entendimento que o filósofo tem sobre a felicidade como satisfação dos desejos.

No segundo capítulo, buscamos compreender a possibilidade da superação do sofrimento na negação da Vontade. Nesse capítulo, explicaremos o que Schopenhauer compreende por negação da Vontade e, com isso, perceberemos a possibilidade de haver uma superação do sofrimento. Ainda demonstraremos que tal acontecimento de superação do sofrimento também ocorre na contemplação da Ideia. Em seguida, perceberemos que esses acontecimentos não estão sob o poder das pessoas, dependendo apenas da Vontade.

Por fim, no terceiro e último capítulo, apresentamos a possibilidade de uma arte de bem viver pela aquisição da sabedoria de vida, ou de um caráter. Por isso, num primeiro momento traremos uma análise sobre o caráter na filosofia de Schopenhauer e, em seguida, traremos algumas bases conceituais que definem o que seja essa felicidade pela sabedoria de vida.

1. O SOFRIMENTO COMO CONDIÇÃO POSITIVA DE TUDO O QUE EXISTE: O PADECER COMO REFLEXO DA ESSÊNCIA EM SI DO MUNDO

Schopenhauer compreende que a vida, em sua essência, é sofrimento. Isto quer dizer que todos nós nos encontramos num estado de padecimento, apesar de nem sempre percebermos. Desta forma, tanto faz se alguém se deu bem na vida (teve sorte) ou não, se é rico ou não, ou se é importante ou não; o sofrimento atinge a todos. Schopenhauer analisa de modo especial o sofrimento que ocorre na vida humana, e compreendendo o sofrimento que ocorre em tais indivíduos, podemos ver que em toda a natureza o sofrimento sempre está presente. Segundo o filósofo, compreendendo o sofrimento humano, “nos convenceremos suficientemente de como, em essência, incluindo-se também o mundo animal que padece, *toda a vida é sofrimento*” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 56, p. 360; grifo do autor).

O que diferencia o sofrimento de cada ser existente está ligado ao grau do sofrimento sentido. Apesar de o padecimento existir tanto na vida do ser humano como de todos os demais seres vivos, pode ocorrer de uns sofrerem mais que outros e, desse modo, uns se encontrarem em grau maior de sofrimento e outros em grau menor. Também pode acontecer de em um determinado momento o sofrimento ser em grau maior e em outro momento ser de grau menor. O sofrimento pode oscilar da maior quantidade até a menor, como também da menor quantidade para a maior por diversas vezes, porém o padecimento nunca deixa de existir. Nas palavras de Schopenhauer (2015a, § 59, p. 376), “cada decurso de vida é, via de regra, uma série contínua de pequenos e grandes acidentes”.

Neste capítulo iremos tentar apresentar o que é o sofrimento na perspectiva de Schopenhauer e, em seguida, observando mais alguns aspectos da noção de que a vida é sofrimento, buscaremos descrever o que Schopenhauer entende por felicidade como satisfação dos desejos. Nesta oportunidade, também veremos a compreensão metafísica schopenhaueriana do mundo, visão essa que é essencial para compreensão das diversas noções tratadas neste capítulo e no decorrer dos demais.

1.1. Em que consiste o sofrimento no mundo

Podemos perceber que o sofrimento, segundo Schopenhauer, atinge a todas as pessoas, porque a sua fonte consiste na essência mais íntima de todo o mundo, essência essa que Schopenhauer chama de Vontade¹. Ainda que ele tenha várias causas, ele existe porque é uma expressão da Vontade, o em si do mundo.

Ao defender que a Vontade é a essência mais íntima de todo indivíduo, Schopenhauer quer dizer que ela é o em si de cada coisa que percebemos. Nesse sentido, ela é a essência metafísica de tudo o que existe, desde o ser humano, passando pelos restantes dos animais, passando ainda pelas plantas, pelos inorgânicos e pelas leis naturais existentes em todo o mundo. Vale destacar que a Vontade não é em si mesma uma força, mas que toda força têm por essência a Vontade:

[...] que essa vontade, como a única coisa em si, o único verdadeiramente real, o único primordial e metafísico em um mundo onde todo o resto é somente aparência, quer dizer, mera representação, fornece a todas as coisas, quaisquer que venham a ser, a força graças à qual elas podem existir e atuar; que, portanto, não somente as ações arbitrárias de entes animais, mas também o maquinário orgânico de seu corpo vivente, até mesmo a sua forma e constituição, mais além também a vegetação das plantas, e finalmente no próprio reino inorgânico a cristalização e toda força originária em geral que se manifesta em aparições físicas e químicas, até mesmo a própria gravidade – são, em si e fora da aparição (o que significa, simplesmente: fora de nossa cabeça e de sua representação), absolutamente idênticos àquilo que encontramos em nós mesmos como *vontade*... (SCHOPENHAUER, 2013, Introdução, p. 45; grifo do autor).

Ao utilizar expressões kantianas, Schopenhauer esclarece que a Vontade corresponde à coisa em si, já aquilo que percebemos pelos nossos sentidos corresponde ao fenômeno kantiano, também chamado por Schopenhauer de representação ou aparência (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 21, p. 128-129). Schopenhauer é fiel ao modelo transcendental de Kant e isso se reflete na compreensão dupla do mundo de que, por um lado, é fenômeno, e, por outro, é coisa em si (BRUM, 1998, p. 21).

Assim, Schopenhauer compreende que o mundo possui um duplo aspecto: ele é representação e Vontade. Não se trata de compreender que o mundo possui

¹ Utilizamos o “V” maiúsculo para nos referir à Vontade como essência do mundo para evitar confundir com o querer ou a vontade humana que será grafada com o “v” minúsculo. Para mais informações, confira o comentário de Jair Barboza na tradução da obra *O mundo como vontade e como representação*, tomo 1 (SCHOPENHAUER, 2015a, p. 129).

duas partes, mas que o mundo, no todo, tem duas formas de consideração. Desse modo, por um lado, vemos o mundo como representação, ou seja, como aquilo que aparece para nós, sendo que, neste caso, podemos perceber o sujeito e o objeto como as formas primordiais da representação, em que o primeiro é o que conhece e o segundo é o que é conhecido. Por outro lado, o mundo é Vontade, isto é, essência íntima de todo o mundo como representação.

Sendo a Vontade a essência do mundo, Schopenhauer entende que cada indivíduo é a manifestação ou a expressão dela:

Portanto, apesar de cada ação isolada, sob a pressuposição de um caráter determinado, seguir-se necessariamente do motivo apresentado, e apesar de o crescimento, o processo de alimentação e as mudanças completas no corpo animal se darem segundo causas (estímulos) que fazem efeito necessariamente; mesmo assim a série completa das ações, portanto também cada ação isolada, bem como sua condição, o corpo todo que a consoma, consequentemente o processo no e pelo qual o corpo subsiste não são outra coisa senão a aparência da vontade, o tornar-se visível, a *objetidade da vontade* (SCHOPENHAUER, 2015a, § 20, p. 126-127; grifos do autor).

Em outra passagem o nosso filósofo ainda diz:

Aparência se chama representação, e nada mais: toda representação, não importa seu tipo, todo *objeto* é *aparência*. Por sua vez, *coisa em si* é apenas a *vontade*: como tal não é absolutamente representação, mas *toto genere* diferente dela: toda representação, todo objeto, é aparência, a visibilidade, a *objetidade da vontade* (SCHOPENHAUER, 2015a, § 21, p. 128; grifos do autor).

Nesse sentido, Schopenhauer chama cada coisa existente no mundo de objetidade da Vontade. Isto quer dizer que todos os indivíduos e suas ações são uma manifestação da Vontade, mas também que, com isso, a Vontade não deixa de ser coisa em si para ser fenômeno. O termo “objetidade” é escolhido para designar a visibilidade ou aparecer da Vontade “no corpo em ação, sem que este se torne um objeto ou uma representação” (CACCIOLA, 1994, p. 42). Em outra passagem do livro *O mundo como vontade e como representação* Schopenhauer também chama o mundo como representação de imagem ou cópia da Vontade e ainda de espelho da Vontade (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 27, p. 175; § 54, p. 317-318).

Desta forma, cada ação dos indivíduos não é causada pela Vontade, mas é a própria ação da Vontade no mundo como representação. A Vontade é a solução para o enigma dos movimentos do corpo porque os movimentos do corpo são atos

da vontade. Desse modo, a ação do corpo não é o efeito do ato de querer, em outras palavras, o ato de querer não é causa do movimento do corpo, mas já é o próprio movimento do corpo. Sobre esta argumentação, ainda podemos dizer que, para Schopenhauer, por meio do corpo podemos perceber uma experiência externa ao corpo e uma interna, sendo que esta última não revela que o corpo é controlado pelo saber discursivo, mas pelo sentimento (cf. BARBOZA, 2003, p. 30-31). Do mesmo modo, o próprio corpo também é a manifestação da Vontade, ou seja, são o “tornar-se-visível” da essência do mundo aparente. Desse modo, as partes do corpo são as manifestações das impulsões da Vontade. Por exemplo, o sistema digestivo é a fome objetivada, os órgãos genitais são o impulso sexual objetivado e assim por diante. Desse modo, as funções orgânicas funcionam do jeito que funcionam porque elas são uma expressão daquilo que a Vontade é em si mesma (cf. SCHOPENHAUER, 2013, Fisiologia e patologia, p. 67).

Assim, o sofrimento também é expressão da Vontade, ou seja, é uma manifestação do caráter da Vontade, caráter esse que é de discordância com ela mesma. Schopenhauer observa que em todas as objetividades existe uma luta de uns contra os outros por matéria, espaço e tempo. “A Vontade se objetiva em milhares de fenômenos que mantêm um conflito perpétuo uns com os outros. Esse conflito deve ser compreendido como uma luta em que cada fenômeno domina, subjuga o outro” (BRUM, 1998, p. 67). A visibilidade dessa luta universal ocorre principalmente no mundo animal, em que cada animal se torna alimento do outro, isto é, a matéria que se expõe é conquistada por outro para que este outro continue a viver. No gênero humano essa luta é manifesta principalmente quando o ser humano destrói outro ser humano, pois esse ato, quando é cometido de forma deliberativa, tem como base o conflito por qualquer coisa.

Desta forma, Schopenhauer entende que em todo o mundo existe um conflito e este conflito é a expressão da discórdia que a Vontade engendra consigo mesma. “Em Schopenhauer, essa luta dos fenômenos da Vontade é, no fundo, a luta da Vontade com ela mesma, o divórcio (*Entzweiung*) ‘essencial’ da vontade em relação a ela mesma” (BRUM, 1998, p. 67). Ou seja, como entre os indivíduos há uma luta de uns contra os outros e sendo que todos os indivíduos são uma expressão da Vontade, podemos perceber que o caráter da Vontade é de discórdia com ela mesma, ou seja, ela é “autodiscordante”:

Assim em toda parte na natureza vemos conflito, luta e alternância da vitória, e aí reconhecemos com distinção a discórdia essencial da vontade consigo mesma. Cada grau de objetivação da vontade combate com outros por matéria, espaço e tempo [...]. E a visibilidade mais nítida dessa luta universal se dá justamente no mundo dos animais – o qual tem por alimento o mundo dos vegetais –, em que cada animal se torna presa e alimento de outro, isto é, a matéria na qual uma ideia se expõe tem de ser abandonada para a exposição de outra, já que cada animal só pode alcançar a sua existência pela supressão contínua da existência de outro; assim, a Vontade de vida crava continuamente os dentes na própria carne e em diferentes figuras é seu próprio alimento, até que, por fim, o gênero humano, por dominar todas as demais espécies, vê a natureza como um instrumento de uso... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 27, p. 170-171).

Assim, é justamente devido a esse caráter autodiscordante que a Vontade mantém com ela mesma o que faz com que a vida seja sofrimento. Em outras palavras, a fonte para o sofrimento do mundo consiste em que a essência do mundo seja autodiscordante. Sendo a Vontade uma discórdia consigo mesma e, toda a natureza, o espelho da Vontade, a natureza exhibe o sofrimento (BARBOZA, 2003, p. 8).

Esse sofrimento apresenta variados graus de manifestação. Isto se deve ao fato de a Vontade se objetivar em diversos graus. Todas as objetividades da Vontade se encontram no estado de pluralidade, ou seja, estão repartidas em várias individualidades. Segundo o filósofo, essa pluralidade ocorre devido ao fato de cada indivíduo estar inserido no tempo e no espaço. Assim, a Vontade se objetiva no tempo e no espaço em vários indivíduos, razão pela qual Schopenhauer chama tempo e espaço de princípio de individuação. Por outro lado, a Vontade está por completa em cada indivíduo. A pluralidade não pertence à Vontade, mas apenas ao mundo aparente (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 25, p. 149). “A vontade é, em si, una e a mesma. Suas formas visíveis, suas “objetivações” são múltiplas e diferentes” (BRUM, 1998, p. 25). Deste modo, numa pedra não há uma parte pequena dela e no ser humano uma parte bem grande, mas ela está toda, tanto numa pedra como num indivíduo humano. O que tem infinitos graus diferentes é a manifestação da Vontade em cada aparência, por isso há um aparecimento dela no ser humano mais perfeito que em todas as pedras, por exemplo. Schopenhauer, aliás, distingue os diferentes graus de objetividade da Vontade. A título de demonstração, podemos expor o grau mais alto e o grau mais baixo. O grau mais baixo são as forças universais da natureza, tal como a gravidade e outras leis físicas que envolvem o movimento de ação e reação. Já o grau mais perfeito de manifestação da Vontade é o ser humano,

a tal ponto de aparecer nele a individualidade completa (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 26, p. 151-152). Desta forma, o sofrimento é objetivado em diversos graus, sendo que em alguns indivíduos ele é pequeno e noutros ele é grande.

De acordo ainda com Schopenhauer, quanto mais perfeita for a aparência da Vontade, mais o sofrimento se torna manifesto (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 56, p. 359). Assim, os indivíduos que não possuem sistema nervoso sofrem de forma limitada, isto é, menos que aqueles que possuem sistema nervoso completo, enquanto estes têm uma capacidade de sofrer de modo elevado. Sendo o ser humano o grau mais elevado de objetividade, nele a essência da Vontade aparece no mais elevado grau de manifestação, por isso o ser humano é o ser que tem mais necessidades e se encontra mais sujeito ao sofrimento (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 361-362). Segundo Schopenhauer, os indivíduos humanos são aqueles que estão incertos sobre tudo e entregues a si mesmos – por causa disso a luta pela conservação da sua existência preenche toda a sua vida. E ainda acrescenta a essa situação a luta pela propagação da espécie. Todos os humanos, assim, vivem em meio a perigos de todo tipo, o que o exige um estado de vigilância contínua. E isso tanto ocorreu no estado selvagem como ocorre agora na vida civilizada.

No ser humano, o sofrimento se torna mais manifesto à medida que a inteligência aumenta, de tal forma que, no indivíduo dotado de genialidade, ocorre o grau supremo de dor. Para Schopenhauer, a capacidade de sofrer dos animais é muito inferior à do ser humano, porque essa capacidade de sofrer depende do grau de complexidade do sistema nervoso e, por isso, depende das capacidades intelectuais (LEFRANC, 2007, p. 172-173). Desse modo, o gênio sofre mais que os seres humanos comuns devido ao gênio ter a capacidade intelectual bem superior à dos outros indivíduos humanos comuns.

O sofrimento em Schopenhauer consiste na travação da Vontade por alguma dificuldade ou obstáculo. Travação essa que ocorre por meio de algum tipo de barreira que impede a Vontade de alcançar determinado fim que ela almeja. Desta forma, o sofrimento se diferencia da satisfação, bem-estar ou felicidade.²

Há muito reconhecemos nesse esforço constitutivo do núcleo, do em si de toda coisa, aquilo que em nós mesmos se chama *vontade* e aqui se

² No tópico 1.2 desenvolvemos a explicação sobre a felicidade e a satisfação em Schopenhauer.

manifesta da maneira mais distinta na luz plena da consciência. Nomeamos *sofrimento* a sua travação por um obstáculo, posto entre ela e o seu fim passageiro; ao contrário, nomeamos *satisfação*, bem-estar, felicidade o alcançamento do seu fim [...]. Pois todo esforço nasce da carência, do descontentamento com o próprio estado e é, portanto, sofrimento pelo tempo em que não for satisfeito; nenhuma satisfação, todavia, é duradoura, mas antes sempre é um ponto de partida de um novo esforço, o qual, por sua vez, vemos travado em toda parte de diferentes maneiras, em toda parte lutando, e assim, portanto, sempre como sofrimento: não há nenhum fim último do esforço, portanto não há nenhuma medida e fim do sofrimento (SCHOPENHAUER, 2015a, § 56, p. 358, grifo do autor).

Dessa forma, essa travação da Vontade consiste num impedimento da Vontade de chegar a atingir seus objetivos. Nesse sentido, tem-se o sofrimento devido ao fato de que a Vontade foi contrariada em sua busca de alcançar algo nos indivíduos. A Vontade impede a si mesma de alcançar as suas finalidades nas objetividades. Sendo a Vontade a essência de todo o mundo, ela está em cada indivíduo, ou seja, em essência o mundo é Vontade. Assim, quando há um impedimento de realização de alguma coisa é a própria Vontade que está negando afirmar a vida por meio de algum outro indivíduo. Desta forma, quando um indivíduo fere o outro, trata-se de um acontecimento em que a Vontade está ferindo a si mesma. Desse modo, podemos dizer que é a própria Vontade que faz sofrer a si mesma. Por isso, o nosso filósofo diz que “a Vontade de vida crava continuamente os dentes na própria carne e em diferentes figuras é seu próprio alimento” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 27, p. 171).

O impedimento da Vontade de realizar seus fins pode ser entendido como o impedimento em relação ao movimento da Vontade de expansão da vida. Esse ato de expandir a vida é chamado de afirmação da Vontade. Sendo o corpo uma objetividade da Vontade, ocorre que os diferentes atos da Vontade pelo corpo têm um significado. Trata-se de buscar satisfazer as necessidades da conservação do indivíduo e de propagação da espécie. Essa ação da Vontade pode ser entendida como um movimento de afirmação da vida, pois se trata de um ato em que não apenas há a conservação da vida, mas também ocorre o desenvolvimento de novos indivíduos. Essa manifestação ou querer da Vontade, sendo realizada e não tendo nenhuma perturbação pelo conhecimento, recebe a denominação, por parte de Schopenhauer, de afirmação da Vontade:

A afirmação da vontade é o constante querer mesmo, não perturbado por conhecimento algum, tal qual preenche a vida do ser humano em geral [...]. O tema fundamental de todos os diferentes atos da vontade é a satisfação

das necessidades inseparáveis da existência do corpo em estado saudável, necessidades que já têm nele a sua expressão e podem ser reduzidas à conservação do indivíduo e à propagação da espécie (SCHOPENHAUER, 2015a, § 60, p. 379; grifo do autor).

A conservação do corpo por meio de suas próprias forças é um grau muito baixo de afirmação da Vontade. Neste caso, a Vontade impele os indivíduos a se nutrirem para que a vida continue a existir. Já a mais forte afirmação da Vontade é o impulso sexual. Nesta afirmação, a Vontade ultrapassa a afirmação da própria conservação, pois afirma a vida após a existência de um indivíduo através da geração de outro indivíduo. Desse modo, a afirmação da Vontade supõe dois estágios: o primeiro consiste em conservar a vida e, o segundo, refere-se à perpetuação por meio da procriação (MORAES, 2011, p. 30).

Assim, a Vontade sempre busca a vida. Ela é um “querer viver” ou tendência para a vida (BOSSERT, 2011, p. 175). Este ato é o ato que a Vontade sempre está direcionada a realizar, por isso que a Vontade também pode ser chamada Vontade de vida. E a vida que a Vontade quer é esta vida do jeito que existe, ou seja, ela quer sempre este mundo fenomenal do modo mesmo que ele é agora (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 54, p. 317-318).

Por isso, também podemos dizer que o sofrimento consiste num impedimento da afirmação da vida ou da afirmação da Vontade. Sendo que cada indivíduo é uma expressão da Vontade e sendo que esta busca afirmar a vida pelos indivíduos, dessa forma, o sofrimento ocorre em cada indivíduo, porque a Vontade impede a si mesma de afirmar a vida, pois toda afirmação da própria vida implica uma resistência a afirmação de outrem. Dessa forma, quando a Vontade é impedida a si própria de afirmar a vida, esse impedimento é refletido nos indivíduos na forma do padecimento, pois os indivíduos são a expressão da Vontade.

Esse sofrimento existente em todo o mundo não tem fim, e isto se deve ao caráter insaciável da Vontade. A Vontade é uma essência autodiscordante e também é um esforço insaciável. Ela está sempre se esforçando por algo em cada indivíduo. Ao entender que a Vontade é um esforço insaciável ou um esforço infinito, Schopenhauer quer dizer que a Vontade não chega a nenhuma satisfação última, qualquer objetivo que é alcançado por ela não põe fim ao seu esforço. A Vontade está sempre buscando algo nas suas diversas objetividades e não atinge nenhuma

plena realização. Ela sempre se esforça por algo e, mesmo que alcance esse algo, já luta por outro, de tal modo que essa busca é infinita:

De fato, a ausência de todo fim e limite pertence à essência da vontade em si, que é um esforço sem fim [...]. O esforço da matéria, conseqüentemente, pode apenas ser travado, jamais finalizado ou satisfeito. O mesmo verifica-se em relação a todos os esforços de todas as aparências da natureza. Cada fim alcançado é por sua vez início de um novo decurso, e assim ao infinito... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 29, p. 190).

Segundo o nosso filósofo, esse esforço insaciável é visto em todas as objetividades. Até na mais simples das objetividades, como a gravidade, há um esforço. No caso da gravidade, o esforço essencial da Vontade faz com que a gravidade esteja sempre atuando em cada corpo, atraindo-os para o centro da Terra. Esse esforço infindável também é visto nas plantas, pois estas nascem e crescem até produzir os frutos com as sementes e estas já são o início de um novo indivíduo, fazendo com que esse processo das plantas se repita infinitamente. A vida dos animais também é um esforço interminável. Neste caso, o ponto de recomeço é o momento da procriação, pois este ato faz com que surja um novo indivíduo que é destinado a realizar o mesmo processo de seus antecessores.

Schopenhauer adverte que é impossível a Vontade deixar de querer por meio de uma satisfação (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 65, p. 420). Como ocorre com o tempo, que nem finda e nem começa, também ocorre com a Vontade o acontecimento de não deixar de querer algo. Não existe para a Vontade uma satisfação eterna. Ao objetivar-se nos indivíduos há neles uma insaciabilidade por algum contentamento, porém alcançando algum contentamento, este dura apenas por um tempo, pois logo surge a insaciabilidade por algum outro contentamento. Desse modo, permanece um estado de insaciabilidade em cada indivíduo e com isso o sofrimento sempre é renovado.

Assim, também podemos entender o sofrimento como um estado de insatisfação devido à manifestação da insaciabilidade da Vontade em cada indivíduo. Nesse sentido, a Vontade faz mover os indivíduos à procura de algo a mais e nunca permite aos indivíduos se contentarem com o que já adquiriram. Esse movimento da Vontade no tempo exige que os indivíduos passem do empenho à nova realização fazendo com que a vida seja de sofrimento. Nas palavras de Schopenhauer (2015a, § 65, p. 422): “Pois todo sofrimento nada é senão querer

insatisfeito e contrariado: até mesmo a dor do corpo, quando este é ferido ou destruído, é enquanto tal unicamente possível em função de o corpo não ser senão a vontade mesma tornada objeto”.

Podemos observar o acontecimento da autodiscórdia da Vontade e do sofrimento como sendo esse travamento da Vontade nos casos de injustiça. Sofrer injustiça é um acontecimento da manifestação do conflito da Vontade consigo mesma, pois neste caso o caráter autodiscordante da Vontade faz com que um indivíduo, além de afirmar o seu corpo, suprima a afirmação de outro corpo (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 62, p. 397). Assim, a Vontade pode se afirmar em tão alto grau em alguns indivíduos que estes passam, em sua busca de afirmar a própria vida, a subjugar outros indivíduos. O que ocorre neste caso, é que fortes paixões levam o indivíduo para além de afirmar a sua existência (ou seja, a existência do seu corpo), chegando a negar a existência de outros indivíduos, ocorrendo a injustiça:

De fato, a vontade de um invade os limites da afirmação da vontade alheia, seja quando o indivíduo fere, destrói o corpo de outrem, ou ainda quando compele as forças de outrem a servirem à *sua* vontade, em vez de servir à vontade que aparece no corpo alheio; logo, quando da vontade que aparece como corpo alheio são subtraídas as forças para assim aumentar a força a serviço de *sua* vontade para além daquela do seu corpo, por conseguinte afirma sua vontade para além do próprio corpo mediante a negação da vontade que aparece no corpo alheio. – Semelhante invasão dos limites da afirmação alheia da vontade foi conhecida distintamente em todos os tempos, e seu conceito foi designado pelo nome *injustiça*, devido ao fato de as duas partes reconhecerem instantaneamente o ocorrido, embora como aqui, em distinta abstração, mas como sentimento (SCHOPENHAUER, 2015a, § 62, p. 388; grifos do autor).

Desta forma, “quando a vontade de um indivíduo irrompe no domínio no qual se afirma a vontade de outro indivíduo, existe a *injustiça*” (BOSSERT, 2011, p. 255-256; grifo do autor). Essa invasão da afirmação de outro indivíduo ocorre, por exemplo, quando há o ferimento ou a destruição do corpo alheio. Também acontece quando um primeiro indivíduo força outro a fazer algo. Essas invasões da afirmação alheia consistem na injustiça, porque tanto quem invade como quem sofreu a subjugação pela vontade alheia reconhecem o ocorrido no sentir. Quem sofre injustiça sente que sua afirmação foi negada por outro indivíduo. Esse sentimento de ter sofrido uma injustiça é uma dor espiritual sentida imediatamente.

Vemos o sofrimento no acontecimento da injustiça, pois a Vontade em um indivíduo é travada pela ação de outro indivíduo. Nesse sentido, a Vontade, ao ser

impedida de realizar seus atos de afirmação da vida, objetiva no indivíduo a dor pela não concretude dos seus atos. Como as ações de afirmação da vida consistem em ato comum da Vontade – já que ela sempre quer a vida –, e este ato é negado pela Vontade mesma através dos demais indivíduos, segue-se que o sofrimento sempre é manifesto nos indivíduos nos casos de injustiça, de modo que tais atos contribuem para fazer da vida um sofrimento.

Também podemos perceber o sofrimento como sendo o travamento da Vontade devido a sua autodiscordância nos casos da maldade e da crueldade. Em relação à maldade, Schopenhauer a entende como sendo uma inclinação para a injustiça que ultrapassa a afirmação natural. Assim, o indivíduo mau é aquele que está sempre disposto a praticar injustiça, valendo ressaltar que a ação não precisa ser má para ser injusta. No malvado, a Vontade se objetiva de forma extrema, e, além disto, acontece em tal indivíduo uma fixação na ideia de que os outros são de uma essência estranha à dele e, assim, os outros são para ele algo que não tem existência verdadeira.

A crueldade, por sua vez, é o nível elevado da maldade. Neste caso, o sofrimento de algum outro indivíduo não é mais meio da Vontade alcançar alguma coisa, mas é a própria finalidade da Vontade. No indivíduo cruel, a Vontade busca apenas a dor alheia e nada mais.

Nesses casos, podemos perceber a Vontade sendo impedida de realizar algo nas suas objetividades, só que em grau mais elevado. Também percebemos que, no malvado como no cruel, há uma forte afirmação da Vontade que reflete em tais indivíduos um grande sofrimento interior. Tal sofrimento é interior, pois ocorre no sujeito. Nesse sentido, essas pessoas buscam aliviar o seu sofrimento interior tomando do outro aquilo que querem ter para si, como também destruindo a felicidade ou a vida dos outros:

A um indivíduo humano sempre inclinado a praticar a *injustiça*, assim que a ocasião se apresente e nenhum poder o coíba, denominamos *mau* [...]. A fonte última dessa atitude é um elevadíssimo grau de egoísmo [...]. Ora, aquela veemência extrema da vontade já é em e para si, de maneira imediata, uma inesgotável fonte de sofrimento [...] – Dessa maneira, visto que sofrimento intenso e veemente é inseparável de querer intenso e veemente, já a expressão facial de seres humanos extremamente maus estampa a marca do sofrimento interior: mesmo quando alcançam toda felicidade exterior, sempre parecem infelizes, a não ser que sejam arrebatados por júbilo passageiro, ou dissimulem. Desse tormento interior que lhes é inteiramente imediato e essencial procede, por fim, até mesmo a alegria no sofrimento alheio, que não nasce do mero egoísmo mas é

desinteressada, e que é propriamente a *maldade*, a qual aumenta até a *crueldade*. Na crueldade, o sofrimento alheio não é mais meio para atingir os fins da própria vontade, mas fim em si mesmo (SCHOPENHAUER, 2015a, § 65, p. 421-422; grifos do autor).

Podemos observar ainda que é por meio da motivação egoísta que o conflito que a Vontade traz consigo mesma entra em cena no mundo como representação (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 61, p. 385-386). Esse egoísmo consiste num egoísmo natural, isto é, um egoísmo que trazemos conosco desde o início da nossa existência. Nesse caso, em virtude de em cada um a Vontade existir de forma inteira, cada indivíduo se afirma como se fosse o único real e todo o resto é considerado como meros fantasmas e por isso prefere conservar a si mesmo do que salvar todo o mundo; de tal modo que é inescapável afirmar-se sobre outrem, pois naturalmente somos inclinados a nos afirmarmos sobre outros indivíduos.

O egoísmo, assim, é a principal e fundamental motivação do ser humano e dos demais animais. O egoísmo consiste no impulso para existir e para o bem-estar próprios. É baseando-se no egoísmo que o ser humano e os demais animais agem. Da mesma forma, toda meta ou decisão tomada pelas pessoas têm como fundamentação primeira o egoísmo:

Este *egoísmo* é ligado o mais estritamente possível, tanto no homem como no animal, com o âmago e o ser mais íntimo deles e lhes é propriamente idêntico. Assim, todas as suas ações surgem, via de regra, do egoísmo, e é sempre neste que deve ser por fim buscada a explicação de uma ação dada, como também é nele que está inteiramente fundamentado o cálculo de todos os meios pelos quais busca-se conduzir o homem a qualquer alvo que seja. O *egoísmo*, de acordo com sua natureza, é sem limites: o homem quer conservar incondicionalmente sua existência, a quer incondicionalmente livre da dor à qual também pertence toda penúria e privação, quer a maior soma possível de bem-estar, quer todo o gozo de que é capaz e procura, ainda, desenvolver em si outras aptidões de gozo (SCHOPENHAUER, 2001b, § 14, p. 121; grifos do autor).

O egoísmo é ilimitado de tal modo que toda pessoa busca com todas as forças ficar livre do padecimento e conseguir possuir a maior porção possível de bem-estar e de gozo. Como não consegue desfrutar tudo, busca pelo menos tudo dominar. Devido ao egoísmo, tudo que se opõe às pessoas torna-se para elas motivo para surgir o ódio contra aquilo ou aquele que os contraria e, desse modo, buscam destruir tal obstáculo.

Desta forma, podemos perceber o sofrimento em Schopenhauer como sendo uma expressão da autodiscordância da Vontade com ela mesma, autodiscordância

essa que se baseia no egoísmo inerente a todo indivíduo. E podemos perceber também que o sofrimento consiste no travamento da Vontade no mundo como representação, travamento esse em que a Vontade impede a si mesma de afirmar a vida.

1.2. Aspectos imediatos e refletidos do sofrimento

A autodiscordância da Vontade também é refletida no querer humano, fazendo com que o indivíduo não se contente com nenhum desejo realizado. A insaciabilidade da Vontade faz com que o querer humano fique sempre buscando atingir alguma realização; em outras palavras, a Vontade faz com que cada pessoa esteja sempre buscando satisfazer algum desejo. Essa satisfação, no entanto, quando é atingida, logo se torna uma decepção, porque ela não é duradoura como se esperava e, assim, tornando-se algo que não consegue mais contentamento e realização, e mostra-se apenas como uma ilusão desfeita.

Eterno vir a ser, fluxo sem fim pertencem à manifestação da essência da vontade. O mesmo também se mostra, por fim, nas aspirações e nos desejos humanos, cuja satisfação sempre nos acena como o alvo último do querer; porém, assim que são alcançados, não mais se parecem os mesmos e, portanto, logo são esquecidos, tornam-se caducos e, propriamente dizendo, embora não se admita, são sempre postos de lado como ilusões desfeitas... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 29, p. 190).

Assim, com a satisfação de um desejo logo devem surgir outros a saciar. Mesmo que os objetos de desejo sejam representados como algo definitivo, são meramente provisórios, já que sua fonte essencial é insaciável. Os indivíduos buscam na realização dos desejos a satisfação definitiva. Nesse sentido, as exigências de cada pessoa são sem limites e a cobiça é de grande duração:

Todo *querer* [*Wollen*] nasce de uma necessidade, portanto de uma carência, logo, de um sofrimento. A satisfação põe um fim ao sofrimento; todavia, contra cada desejo satisfeito permanecem pelo menos dez que não o são: ademais, nossa cobiça dura muito, as nossas exigências não conhecem limites: a satisfação, ao contrário, é breve e módica. Mesmo a satisfação final é apenas aparente: o desejo satisfeito logo dá lugar a um novo: aquele é um erro conhecido, este um erro ainda desconhecido. Objeto algum alcançado pelo querer pode fornecer uma satisfação duradoura, sem fim, mas ela assemelha-se a uma esmola atirada ao mendigo, a qual torna sua vida menos miserável hoje, e no entanto prolonga seu tormento amanhã. –

Daí, portanto, deixar-se inferir o seguinte: pelo tempo em que o querer [*Willen*] preenche a nossa consciência, pelo tempo em que estamos entregues ao ímpeto dos desejos com suas contínuas esperanças e temores, por conseguinte, pelo tempo em que somos sujeito do querer [*Subjekt des Wollens*], jamais obtemos felicidade duradoura ou paz. E em essência é indiferente se perseguimos ou somos perseguidos, se tememos a desgraça ou almejamos o gozo: o cuidado pela vontade sempre exigente [*Sorge für den stets fordernden Willen*], não importa em que figura, preenche e move continuamente a consciência; sem tranquilidade, entretanto, nenhum bem-estar verdadeiro é possível. O sujeito do querer, conseqüentemente, está sempre atado à roda de Íxion, que não cessa de girar, está sempre enchendo os tonéis das Danaides, é o eternamente sedento Tântalo (SCHOPENHAUER, 2015a, § 38, p. 226).

Podemos perceber que, para Schopenhauer, o desejo surge da necessidade e esta é carência; portanto, carência é sofrimento. Assim, desejar é sofrer. Desta forma, enquanto estivermos desejando algo estaremos sempre sofrendo com os nossos desejos. Como diz Brum (1998, p. 37),

Ligando toda satisfação a um estado anterior de insatisfação ou de necessidade, Schopenhauer coloca o sofrimento no âmago do desejo. O homem só deseja a partir de uma privação, de uma necessidade. O prazer é apenas a satisfação de um desejo que nasce de uma carência. O desejo humano e seu corolário, o prazer, são dominados pela falta.

A satisfação acaba com o sofrimento, mas ela ocorre apenas por um breve momento. A satisfação faz cessar o sofrimento por um tempo, pois, no momento da realização do desejo, este deixa de atuar e, com ele, também a dor que o acompanha se torna ausente. Porém, esse tempo é breve. Assim, para Schopenhauer, a satisfação definitiva dos desejos é algo falso. Segundo o filósofo, a Vontade que existe em cada pessoa move a todos fazendo com que permaneçam nesse estado de inquietude, de desejar algo, pois quando realizamos os desejos que estão ativos, logo surgem outros para serem realizados. A Vontade move tanto quem teme a desgraça como quem busca o gozo, e em todos eles atua fazendo com que haja desejo por alguma coisa, e, assim, que haja sempre uma perturbação. Por isso, não teremos felicidade duradoura ou paz enquanto estivermos em busca de realização de nossos desejos, ou seja, enquanto formos sujeitos do querer. Se não houver o aquietamento do querer, não haverá bem-estar que seja verdadeiro.

Schopenhauer compara este estado de insatisfação dos desejos a três mitos gregos. Ele afirma que é como se o sujeito estivesse preso à roda de Íxion e, desta forma, está sempre girando, ou seja, não deixa de sofrer com o desejar. Ele ainda afirma que é como se o sujeito fosse uma pessoa que está sempre a encher os

tonéis das Danaides, tonéis estes que não enchem, porque não têm fundo, ou seja, nunca consegue saciar com a realização dos desejos. E ele afirma que é como se o sujeito fosse o sedento Tântalo, pois este sempre está com sede e com fome e nunca consegue alcançar a comida e a bebida que lhe são apresentadas, ou seja, está sempre lutando para alcançar seus desejos.

Em Schopenhauer, a felicidade ou o bem-estar ocorrem no momento em que há a mudança rápida do desejo para a realização e também ocorre no momento da mudança rápida da satisfação para um novo desejo. Assim, a felicidade pode ocorrer em dois momentos de transição: quando há a transição do desejo para a satisfação, momento esse em que algum desejo é realizado; ou no momento em que há a mudança da satisfação para um novo desejo.

A essência do ser humano consiste em sua vontade se esforçar, ser satisfeita e de novo se esforçar, incessantemente; sim, sua felicidade e bem-estar é apenas isto: que a transição do desejo para a satisfação, e desta para um novo desejo, ocorre rapidamente, pois a ausência de satisfação é o sofrimento, a ausência de novo desejo é o anseio vazio, *languor*, tédio... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 52, p. 301).

Podemos nos manter nesse ciclo de desejo-satisfação-desejo quando frequentemente estamos conquistando coisas. No entanto, estamos sempre querendo algo a mais. Em outras palavras, como a Vontade é insaciável, nós, que somos seu reflexo, não conseguimos nos satisfazer com isto ou com aquilo e, portanto, não conseguimos permanecer na felicidade. Desse modo, o momento em que há a passagem do desejo para a sua satisfação e da satisfação para o desejo podem durar até por algum tempo, mas nunca é possível ficar nessa situação de forma definitiva:

[...] suficientemente feliz é quem ainda tem algo a desejar, pelo qual se empenha, pois assim o jogo da passagem contínua entre o desejo e a satisfação e entre esta e um novo desejo – cujo transcurso, quando é rápido, se chama felicidade, e quando é lento se chama sofrimento – é mantido, evitando-se aquela lassidão que se mostra como tédio terrível, paralisante, apatia cinza sem objeto definido, *languor* mortífero (SCHOPENHAUER, 2015a, § 29, p. 191).

Como podemos perceber, o sofrimento não ocorre apenas em desejar, ele também ocorre no estado de realização, ou seja, também há o sofrimento no ficar em uma situação em que não há mais o que desejar. Esta situação é sofrimento,

pois o indivíduo que assim se encontra passa a sentir o tédio e, dessa forma, fica a sofrer com ele. Assim, “quando o homem descansa, após a satisfação de um desejo, não encontra a serenidade nem a calma, encontra o tédio” (Brum, 1998, p. 39). Se um indivíduo permanecer de forma prolongada numa situação em que todos os desejos estão saciados, tal indivíduo, assim, sofre por meio do tédio:

Portanto, entre querer e conseguir, flui sem cessar toda a vida humana. O desejo, por sua própria natureza, é dor: a satisfação logo provoca saciedade: o fim fora apenas aparente: a posse elimina o estímulo: porém o desejo, a necessidade aparece em nova figura: quando não, segue-se o langor, o vazio, o tédio, contra os quais a luta é tão atormentadora quanto contra a necessidade... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 363).

Há sofrimento com o tédio por não ter mais nada para desejar. O tédio é um sofrimento em que há um esgotamento de nossas forças e experiência da morte ainda estando vivo (PERNIN, 1995, p. 149). Desta forma, o sofrimento com o tédio faz com que a existência se torne um peso insuportável e faz sofrer tanto quanto o sofrimento com os desejos. Assim, quando há o desejo há o sofrimento com a dor da luta pela saciedade das necessidades cobradas pelos desejos. Quando o desejo acaba, ocorre, em certos casos, o estado de satisfação, mas nesta situação há o sofrimento com o tédio por não ter mais o que desejar.

Tanto o sofrimento com os desejos como com o tédio têm como fonte a manifestação da autodiscordância e a insaciabilidade da Vontade nos diversos indivíduos. Como a Vontade está sempre entrando em “atrito” com o seu movimento insaciável de afirmação da vida nos indivíduos, faz com que o sofrimento esteja sempre atuando. Se os obstáculos forem suprimidos, neste caso há a obtenção do que se buscava, a Vontade se detém provisoriamente para fruir do que conquistou, mas ela logo se cansa e segue em frente. Essa “parada” é uma espécie de vazio – ou seja, é o tédio – não é nada de real, positivo.

Desta forma, “toda vida é sofrimento, sendo seus polos opostos a dor e o tédio” (BARBOZA, 2003, p. 52). A vida humana é um oscilar entre dor e tédio, um sofrer entre estes dois tipos de padecimento. Esses dois extremos são os componentes básicos de cada ser humano, fazendo com que a vida humana seja sofrimento:

A base de todo querer, entretanto, é necessidade, carência, logo, sofrimento, ao qual conseqüentemente o ser humano está destinado

originariamente pelo seu ser. Quando lhe falta o objeto do querer, retirado pela rápida e fácil satisfação, assaltam-lhe vazio e tédio aterradores, isto é, seu ser e sua existência mesma se lhe tornam um fardo insuportável. Sua vida, portanto, oscila como um pêndulo, para aqui e para acolá, entre dor e tédio, os quais em realidade são seus componentes básicos [...]. Ao mesmo tempo, contudo, é bastante digno de nota que, de um lado, os sofrimentos e as aflições da vida podem tão facilmente aumentar em tal intensidade que a morte mesma, de cuja fuga toda a vida consiste, é desejável e a pessoa voluntariamente a abraça; de outro, por sua vez tão logo a necessidade e o sofrimento deem algum descanso, de imediato o tédio aproxima-se tanto que necessariamente a pessoa precisa de passatempos (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 361-362).

Nesse sentido, dor e tédio são os dois impeditivos da felicidade humana e são percebíveis pelo fato de que, por um lado, as privações e as necessidades geram a dor e, do outro lado, a segurança e a abundância trazem o tédio. As necessidades da vida fazem com que as pessoas sofram com a luta pela existência. Essas lutas, às vezes, podem ser tão intensas e, assim, gerar também um sofrimento extremo, que pode levar as pessoas a não mais querer viver ou desejarem a morte por não mais os suportar.

Desta forma, podemos perceber que o sofrimento perpassa a vida de todos os seres humanos, mesmo aqueles que têm “sorte na vida”, que sejam importantes ou ainda que sejam ricos (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 363-364). Todas as pessoas estão sempre sofrendo, seja com os desejos seja com o tédio. O sofrimento nunca deixa de existir devido ao caráter insaciável que cada um possui, trata-se de algo que é próprio da essência do ser humano.

Qualquer tentativa para findar o sofrimento faz apenas com que ele mude de forma. A forma mais imediata do sofrimento é carência, ou necessidade. Se alguém luta para acabar com esse tipo de sofrimento, logo ressurge em várias outras formas, como pelo ciúme e pela inveja. No entanto, se o sofrimento não assume nenhuma dessas formas, logo surge outra que é o tédio. E, assim, segue a vida entre estas formas de sofrimento: livrando-se de uma, cai-se em alguma outra (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 365).

Desse modo, quando nos afastamos da dor, nos aproximamos do tédio, e quando nos afastamos do tédio, nos aproximamos da dor; assim, a vida humana oscila, seja de modo mais forte ou mais fraco, entre dor e tédio (cf. SCHOPENHAUER, 2006, p. 24). A base para uns se afastarem do tédio e sofrerem mais com a dor e para outros se afastarem da dor e sofrerem mais com o tédio se

deve à predisposição de espírito que cada indivíduo traz consigo, ou seja, depende do seu caráter³, que é o modo de ser de cada indivíduo. Apesar de geralmente entendermos que os pobres sofrem com a luta pela sobrevivência e os ricos sofrem com o tédio, isso não quer dizer que nenhum rico sofra com a dor ou que os pobres nunca sofrerão com o tédio. Tanto entre ricos e pobres há uns que estão mais predispostos a sofrer com a dor e outros com o tédio. A disposição de caráter de cada um faz com que, independente das condições materiais, uns sofram mais com a dor e outros mais com o tédio. Isso significa que, segundo Schopenhauer, cada pessoa traz consigo uma determinada “medida de dor” (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 372). Essa “medida de dor” consiste numa disposição natural para sofrer conforme a força do caráter. No entanto, essa condicionalidade não é a mesma em cada indivíduo; dependendo do caráter, cada um sente o sofrimento de forma diferenciada dos outros indivíduos. Schopenhauer fala de medida de dor porque é como que cada um sofresse com uma dor inata que traz em si e que pode ser aumentada ou diminuída, mas essa dor inata se refere à própria disposição para sofrer que está relacionada com o caráter de cada um:

A consideração sobre a inevitabilidade da dor, sobre a repressão de uma pela outra e sobre a aparição de uma nova dor em função do desaparecimento da anterior pode levar à paradoxal, mas não absurda, hipótese de que em cada indivíduo a medida da dor que lhe é essencial encontrar-se-ia para sempre determinada através de sua natureza, medida essa que não poderia permanecer vazia nem completamente cheia, por mais que mude a forma do sofrimento. Em conformidade com o dito, seu sofrimento e bem-estar não seriam determinados pelo exterior, mas precisamente só por meio daquela medida, daquela disposição, a qual, devido a condições físicas, poderia vez ou outra, em diferentes tempos, experimentar um acréscimo ou decréscimo, porém, no todo, permaneceria a mesma e nada mais seria senão aquilo denominado temperamento, ou, dizendo de maneira mais precisa, como Platão se exprime na *República*, o grau com que alguém é εὐκολος ou δύσκολος, isto é, de bom ou mau humor (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 366).

Assim, por todo o tempo em que existir, cada indivíduo sofrerá sempre conforme a sua disposição de caráter, ocorrendo de uns sofrerem mais que outros. O sofrimento nunca tem um fim e pode ser com qualquer coisa, mas ele é sentido em uns de forma elevada e em outros de forma branda. Desse modo, há aqueles que já são predispostos a sofrerem mais que outros de tal modo que numa mesma

³ Sobre o caráter, discorreremos mais detalhadamente no capítulo 3.

situação alguns indivíduos sentem o sofrimento de forma mais enfática e outros sentem de forma mais suave.

Desse modo, aumento ou diminuição do sofrimento não são determinados pelo exterior, o que os determina é a disposição para sofrer de acordo com o caráter. Isso ocorreria pela inflamação ou esfriamento dessa disposição para sofrer. Nesse sentido, quando o sofrimento é aumentado, o que ocorre é que a disposição natural para o sofrimento foi inflamada, ocorrendo o aumento de sofrimento no sujeito. Já quando há a diminuição do sofrimento, ocorre um esfriamento dessa disposição para sofrer, fazendo com que o sujeito sinta um pouco menos o sofrimento. Mas sentir muita ou pouca dor depende sempre do caráter de cada indivíduo.

Para comprovar esta ideia de que cada um tem uma determinada predisposição para sofrer, Schopenhauer apresenta a observação de que os grandes sofrimentos fazem com que os pequenos não sejam sentidos, mas, na falta de grandes sofrimentos, os pequenos não deixam de atormentar. Se não sofremos com grandes dores, as pequenas passam então a atuar. Desse modo, o sofrimento sempre está presente na nossa vida, o que muda é a quantidade de dor ou tédio sentido. Assim, por exemplo, sentimos grande dor em relação à predisposição para sofrer que trazemos em nós e sentimos pouca dor em relação a essa mesma predisposição que temos conosco:

Em favor de semelhante hipótese fala não apenas a conhecida experiência de que grandes sofrimentos tornam todos os pequenos totalmente insensíveis e, ao inverso, na ausência de grandes sofrimentos até mesmo as menores contrariedades nos irritam e atormentam, mas também a experiência ensina que, quando uma grande infelicidade, cujo mero pensamento antes nos estremecia, de fato ocorre, nossa disposição permanece no todo inalterável após a imediata superação da primeira dor; por outro lado, logo após o aparecimento de uma felicidade longamente ansiada, não nos sentimos no todo e duradouramente muito melhores ou mais contentes do que antes (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 366).

Como podemos perceber, Schopenhauer observa ainda outro fato que comprova a ideia de que trazemos naturalmente uma determinada “quantidade” de dor, trata-se do fato de que quando uma grande infelicidade passa, a nossa disposição para sofrer permanece a mesma; e quando uma “felicidade” muito esperada também passa, tal “felicidade” não nos faz sentir mais alegres do que antes da tal “felicidade” aparecer. Por esta observação podemos ver que após a

passagem de um forte sofrimento ou de uma forte “felicidade” todos voltam ao estado em que havia a ausência daquele sofrimento ou “felicidade”. Assim, isto comprova que trazemos uma determinada propensão para padecer que determina nosso grau de sofrimento ou de bem-estar.

Neste caso, o que ocorre, na verdade, é que esse grande padecimento ou grande felicidade não surgiram de algo exterior a nós, mas de nossa ilusão, ou seja, daquilo que acreditávamos ser um padecimento ou uma felicidade iminentes. Dessa forma, essa felicidade ou essa infelicidade nasceram a partir de uma antecipação da perspectiva de um futuro diferente. Assim, quando chega para nós um período que achamos que será de felicidade, o que na verdade causou a felicidade em nós foi a perspectiva de que o futuro de alegrias tinha chegado, ou seja, por acharmos que o futuro alegre chegou é que ocorre em nós a felicidade. Do mesmo modo acontece com a dor, pois quando chega um período em que acreditamos que será de dor, o que causou o aumento da dor foi a perspectiva de que um tempo de dor havia chegado.

Desta forma, do mesmo modo que o sofrimento, a felicidade não é determinada por condições exteriores (causas ou acasos), nem por riqueza ou por posição social. A disposição para a felicidade assim como para a dor é determinada pelo caráter de cada indivíduo. Isto é percebível pelo fato de que, seja entre os ricos ou entre os pobres, é possível encontrar pessoas joviais (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 367), conforme sugerido acima. Assim, devido à força do caráter, numa situação de pobreza ou de riqueza, determinados indivíduos podem ser ou melancólicos ou joviais, em nada influenciando para o seu contentamento as condições materiais.

Outra observação segundo a qual a felicidade é algo que está relacionado com o caráter é o fato de que há muitos motivos diferentes que levam ao suicídio, de tal forma que não há como saber qual a infelicidade que leva ao suicídio de pessoas que possuem caráter diferente. Isto quer dizer que uma determinada infelicidade leva uns ao suicídio e a outros não, provando que a medida de alegria e de tristeza já está determinada nas pessoas, ocorrendo de umas sofrerem mais que outras ou ainda de serem mais felizes que outras numa mesma situação. Ainda que percebamos que as ocasiões trazem alguma tristeza ou alegria, Schopenhauer alega que isto é apenas um engano. O acréscimo de alegria ou de tristeza, mesmo que seja temporário, ocorre de modo independente das ocasiões, a mudança para a

alegria ou para a tristeza ocorre devido à disposição de caráter. O que pode ocorrer entre a relação de nossa alegria ou tristeza com as situações exteriores é o fato de que pessoas tristes buscam coisas tristes e pessoas alegres buscam coisas alegres.

Assim também, grande alegria ou grande dor fazem parte da mesma pessoa, pois tanto a primeira como a segunda é condicionada pela vivacidade do espírito de cada um. Sabemos que a dor é a essência da vida, ou seja, é aquilo que é real na vida humana. Também sabemos que cada pessoa traz consigo, de modo inato, um grau determinado de dor e que por isso nem as súbitas mudanças exteriores a cada pessoa alteram definitivamente essa medida. Dessa forma, grande alegria e grande dor ocorrem devido às pessoas errarem ou se iludirem em seus pensamentos. Grande alegria ou entusiasmo ocorre devido à ilusão relacionada a acreditar que podemos encontrar a satisfação duradoura na realização dos desejos, algo que é impossível. Assim, quando tal ilusão é desfeita, caímos então em grande dor. Nas palavras do filósofo: “De cada ilusão desse tipo temos depois de ser inevitavelmente trazidos de volta, para então pagá-la, após seu desaparecimento, com tantas amargas dores quanto foram as alegrias causadas por sua entrada em cena” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 368).

Desse modo, Schopenhauer entende a felicidade (ou satisfação dos desejos) de modo negativo, ou seja, é apenas libertação momentânea de alguma dor. Como a nossa condição prevalecente é de dor, quando há o rápido transcurso do desejo à realização ou da realização para o desejo ocorre a ausência da dor naqueles momentos, pois logo que eles passam volta a permanecer o estado de sofrimento, seja pelo desejo (o perturbador de nossa paz), ou pela prolongada satisfação que traz o tédio (o sentimento que faz com que nossa vida seja pesada):

Toda satisfação, ou aquilo que comumente se chama felicidade, é própria e essencialmente falando apenas *negativa*, jamais positiva. Não se trata de um contentamento que chega a nós originariamente, por si mesmo, mas sempre tem de ser a satisfação de um desejo. Pois o desejo, isto é, a carência, é a condição prévia de todo prazer. Com a satisfação, entretanto, finda o desejo, por consequência o prazer. Eis por que a satisfação ou contentamento nada é senão a libertação de uma dor, de uma necessidade: pois a esta pertence não apenas cada sofrimento real e manifesto, mas também cada desejo cuja inoportunidade perturba a nossa paz, ou inclusive até mesmo o mortífero tédio que torna a nossa existência um fardo [...]. Quando finalmente tudo foi transposto e alcançado, nada pode ser ganho senão a libertação de algum tipo de desejo, portanto encontramos-nos na mesma situação anterior ao aparecimento deles. – Só a carência, isto é, a dor, é dada imediatamente (SCHOPENHAUER, 2015a, § 58, p. 370; grifo do autor).

Desta forma, a felicidade que é compreendida como satisfação dos desejos é uma ilusão. O que sentimos é o sofrimento, a satisfação é uma neutralidade de alguma deficiência sentida. Por isso, esse estado de ausência de deficiência não tem nenhum valor positivo (JANAWAY, 2003, p. 127). O indivíduo pensa que com a satisfação dos desejos terá uma felicidade duradoura, mas o máximo que essa busca pode trazer é apenas uma provisória ausência de dor, pois, após o momento de satisfação, ou surge a dor com um novo desejo ou ocorre o sofrimento com o tédio quando se permanece na satisfação prolongada.

Schopenhauer ainda observa que temos em nós a ideia de que existimos para a felicidade, mas essa ideia é o erro inato. Nas palavras do filósofo: “Há apenas *um* erro inato, o de que existimos para sermos felizes. Ele é inato em nós porque coincide com a nossa existência mesma, e todo o nosso ser é justamente apenas a sua paráfrase, sim, o nosso corpo é o seu monograma” (SCHOPENHAUER, 2015b, cap. 49, p. 755; grifo do autor). Segundo o filósofo, enquanto estivermos envolvidos nesse erro, o mundo é para nós uma contradição, pois cada vez que os dias de nossa vida vão passando torna-se possível perceber que o mundo não foi feito para uma existência feliz. Acrescenta-se ainda que as alegrias e os prazeres são enganosos, já que não dão o que prometem, pois a felicidade não é definitiva. Por outro lado, o sofrimento é algo real que preenche toda a vida.

Nesse sentido, podemos perceber a positividade da dor e a negatividade do bem-estar e da felicidade, pois quando há a oposição à nossa vontade (o desprazer, o doloroso) há o sentir de forma direta e clara, enquanto a felicidade ou bem-estar não são sentidos na mesma proporção que a dor, ou seja, não temos a sensação de felicidade por ela mesma (cf. SCHOPENHAUER, 2012b, § 149, p. 147-148). Por exemplo, não nos faz diferença à saúde de todo o nosso corpo, já basta um pequeno mal-estar num determinado lugar do nosso corpo para que logo sintamos a dor.

Dessa forma, a noção de negatividade da felicidade e da satisfação consiste apenas numa simples eliminação do desejo e, assim, do tormento. Sobre essa noção de positividade da dor e negatividade da felicidade, Germer (2011a, p. 119) diz que Schopenhauer, ao defender a ideia de que o sofrimento é positivo e a felicidade e o prazer são negativos, está defendendo a tese de que não há felicidade ou prazer como eventos psicológicos, pois eles ocorrem de forma esporádica; assim, a “felicidade e o prazer *não podem apresentar-se por si sós e originariamente*, pois

devem sempre ser a libertação de um desejo, de uma carência, uma necessidade ou mesmo do ‘mortífero tédio’” (grifo do autor). Não haver felicidade ou prazer como eventos psicológicos significa dizer que felicidade e prazer não são percebidos por si mesmos, mas são percebidos como supressão de um estado de dor.

Portanto, o sofrimento em Schopenhauer é positivo e a felicidade é negativa. O desejo é dor e a satisfação traz a felicidade, mas a felicidade não é definitiva e é apenas uma ausência da dor. Depois dela, ou surge novamente o desejo por alguma outra coisa ou ocorre o tédio por não ter mais o desejo, tédio esse que faz sofrer igualmente. Desta forma, o sofrimento é tudo o que efetivamente se sente, enquanto a felicidade é um acontecimento que consiste apenas em uma ausência momentânea do sofrimento.

2. A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO SOFRIMENTO PELA NEGAÇÃO DA VONTADE

No indivíduo humano a Vontade pode negar a si mesma. Trata-se de um ato em que ela se aquieta e, dessa forma, prefere não mais saciar a sua sede de vida. A Vontade sempre busca a vida, ela é Vontade de vida. Essa busca de objetivar a vida é o ato de afirmação da Vontade. Com a negação da Vontade, surge uma aquietação desses ímpetos de afirmação do viver. Assim, tal sujeito não quer mais concretizar esses ímpetos que afirmam a sua vida.

A negação da Vontade ocorre por meio da recusa do gozo dos prazeres. Segundo Schopenhauer (2015a, § 69, p. 462), a essência da negação da Vontade consiste na repugnância aos prazeres. Dessa forma, quando há a negação da Vontade, o indivíduo reconhece que nos prazeres consiste a afirmação da vida, fonte de todo sofrimento, e, desse modo, os renega. Assim, com a afirmação da Vontade há a busca por realizar os impulsos que direcionam para o desenvolvimento da vida mediante a procura dos prazeres, com a negação da Vontade no indivíduo humano, este não mais quer realizar seus ímpetos e, então, renuncia veementemente ao gozo dos prazeres.

Um estado de negação da Vontade pode ocorrer no caso da castidade voluntária. Segundo o filósofo, nesse caso, “seu corpo saudável e forte exprime o impulso sexual pelos genitais; porém ele agora nega a vontade e desmente o corpo: não quer satisfação sexual alguma, sob condição alguma” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 441). A Vontade busca afirmar a vida em um novo indivíduo; com isso, o instinto das pessoas as impulsiona pelo prazer sexual, mas, com a negação, tal impulso é barrado, ou seja, há uma preferência por negar as satisfações sexuais. Quando há a renúncia dos prazeres sexuais, estes são desprezados, pois a pessoa já não quer satisfação alguma, nega os modos de afirmação da vida. De acordo ainda com o filósofo, a castidade voluntária é o primeiro ato de renúncia realizado pela pessoa em que a Vontade nega a si mesma.

Acontece que, com a negação da Vontade, surge no indivíduo humano uma alegria interior, bem como o reinado de uma verdadeira paz. Nesse sentido, mesmo que Schopenhauer compreenda a vida como sendo sofrimento, o filósofo entende

que há a possibilidade, com a negação da Vontade, de surgir paz e alegria no interior do indivíduo humano:

[...] o indivíduo mau, pela veemência do seu querer, padece sem cessar um corrosivo tormento interior e, ao fim, quando esgotam-se todos os objetos do querer, sacia a sua sede no espetáculo do tormento alheio; ao contrário, o indivíduo no qual surgiu a negação da Vontade de vida é cheio de alegria interior [*innerer Freudigkeit*] e verdadeira paz celestial, por mais pobre, destituído de alegria e cheio de privação que seja o seu estado quando visto de fora. Não se tem aqui o ímpeto de vida turbulento, a alegria esfuziante que tem como condição anterior ou posterior o sofrimento veemente, como no caso da conduta típica de quem é apegado à vida; mas se tem uma paz inabalável, uma profunda calma e jovialidade interior, um estado que, se trazido diante dos nossos olhos ou da imaginação, não pode ser visto sem o mais forte dos anelos, pois o reconhecemos de imediato até mesmo como o único justo, que ultrapassa infinitamente todos os demais, e perante o qual nosso espírito melhor sentencia altissonante o grande *sapere aude*. Sentimos que toda satisfação dos nossos desejos advinda do mundo assemelha-se à esmola que mantém hoje o mendigo vivo, porém prolonga amanhã a sua fome; a resignação, ao contrário, assemelha-se à fortuna herdada: livra o herdeiro para sempre de todos os cuidados (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 452).

Desta forma, quando há a negação, os ímpetos de afirmação da vida são aquietados, e, com isso, aparecem a calma e a jovialidade. Com a negação também surgem paz e alegria pelo fato de a Vontade já não mais afirmar seus ímpetos de viver sobre algum indivíduo, ímpetos esses que são atormentadores.

Assim, se, por um lado, quando se tem a afirmação da Vontade ocorre também uma agitação no interior do indivíduo para a procura dos prazeres; por outro lado, com a negação da Vontade, esses ímpetos de afirmação da vida já não reinam mais sobre o sujeito. A Vontade, em sua busca de afirmar a vida, provoca no sujeito um sofrimento que tem como fonte de alívio o prazer, a rápida satisfação. Dessa forma, o indivíduo no qual se tem a afirmação da Vontade vive atormentado com a busca de saciar a sua sede de prazeres. Essa afirmação pode ocorrer com tanta força sobre um sujeito que o pode levar a sofrer com um grande tormento interior, tormento esse que o impulsiona a buscar alívio no causar sofrimento em outras pessoas. Neste caso, tal pessoa, quando já não tem mais o que desejar, busca aliviar o seu sofrimento causando sofrimento nos demais indivíduos. No entanto, quando a Vontade se aquieta, com ela também há o aquietar de sua agitação pela afirmação da vida. Neste caso, some do interior do indivíduo o tormento e surge uma verdadeira serenidade.

Esse estado de serenidade, de contentamento, de paz, de alegria que surge junto com a negação da Vontade pode ser entendido ainda como sendo uma determinada felicidade que ocorre no indivíduo humano. Nesse sentido Brum (1998, p. 40) defende que há uma felicidade com a negação da Vontade:

Fazendo um elogio da resignação face à impossibilidade de um verdadeiro contentamento, Schopenhauer é, antes de tudo, o adversário da felicidade – que considera apenas “negativa”, já que é sempre satisfação passageira de um desejo sempre renascente. A única verdadeira felicidade, segundo ele, não se encontra na satisfação de algum desejo, mas na *ausência do querer*, no desaparecimento – momentâneo ou durável – da vontade (grifo do autor).

Essa felicidade não tem nenhuma relação com a felicidade da satisfação dos desejos. A felicidade que surge com a satisfação dos desejos consiste em uma provisória ausência do sofrimento que ocorre no momento da passagem do desejo para a satisfação ou da satisfação para o desejo. No entanto, com a negação da Vontade, se tem a felicidade que não tem relação com a realização dos desejos. Dessa forma, se a felicidade pela satisfação é uma momentânea ausência do sofrimento, já a felicidade que ocorre com a negação da Vontade é uma verdadeira paz e alegria que aparece no interior do sujeito. Assim, essa felicidade que surge com a negação é diferente daquela que é obtida no momento em que há alguma satisfação.

Desse modo, na pessoa em que ocorre a negação da Vontade não há mais a procura por nenhum contentamento que venha por meio da satisfação dos desejos. Estando cheia de alegria e de paz, reconhece que na satisfação há apenas a afirmação da vida e, com isso, a afirmação do sofrimento por meio de um breve afastamento da dor, ou seja, o alívio do sofrimento. Nesse sentido, naqueles em que se dá a negação da Vontade, não se quer e nem se necessita mais de satisfação dos desejos, isto é, de alívio do sofrimento.

Buscaremos, a seguir, aprofundar um pouco mais sobre a negação da Vontade pelas duas vias mediante as quais ela ocorre – a via do conhecimento e a do sofrimento – para compreendermos mais especificamente o que seriam essa paz e essa alegria que surgem com o aquietar da Vontade. Desta forma, perceberemos que no sujeito em que surge a negação da Vontade tem-se uma superação do sofrimento.

2.1. A superação do sofrimento

A negação da Vontade ocorre no ser humano pelo conhecimento devido ao fato de que em determinado indivíduo a Vontade pode conhecer a si mesma. A Vontade é a essência de todo o mundo aparente e este é apenas a Vontade objetivada, mas, apesar disso, a Vontade não reconhece a si própria em cada indivíduo (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 54, p. 317). Isso implica dizer que ela atua no mundo como representação de forma cega. No entanto, a Vontade pode chegar a se conhecer no ser humano devido ao fato de que o mesmo tem uma grande capacidade de conhecer. Segundo Schopenhauer, o ser humano é a aparência mais perfeita da Vontade, por isso ele é iluminado por uma grandiosa quantidade de conhecimento (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 332-333). Isto quer dizer que todo ser humano tem, de forma intrínseca, a capacidade de atingir uma grande quantidade de conhecimento. Para Schopenhauer, o conhecimento é algo tão próprio ao ser humano que o corpo todo deste é usado no processo de pensar (MAIA, 1991, p. 85). Essa capacidade de conhecer é dada ao ser humano para que ele possa se conservar, mas também é graças a ela que, nele, a Vontade pode atingir a perfeita consciência de si mesma e com isso autonegar-se.

Schopenhauer chama esse conhecimento que a Vontade pode ter de si mesma de conhecimento ou visão que supera o princípio de individuação. Isso quer dizer que tal conhecimento só pode ser apreendido quando o indivíduo já não mais vê segundo as formas de tempo e espaço, ou seja, já não percebe segundo o princípio de individuação. Assim, quando a Vontade conhece a si mesma já não mais está conhecendo aquilo que está regido pelo princípio de individuação, mas conhece aquilo que está fora da espaço-temporalidade. “Se o mundo em si é um ‘agora insistente’, o capturá-lo em um olhar metafísico seria vislumbrar-lhe o espetáculo na sua totalidade” (MAIA, 1991, p. 132). Esse conhecimento, assim, é o conhecimento a respeito da essencialidade do mundo. Neste sentido, a Vontade conhece a si própria em todas as aparências como sendo a essência do mundo como representação e não quer mais continuar afirmando a sua própria essência:

Porém, o indivíduo cuja visão transpassa o *principium individuationis* e reconhece a essência em si das coisas, portanto do todo [...] vê a si mesmo em todos os lugares simultaneamente, e se retira. – Sua vontade se vira; ele não mais afirma a própria essência espelhada na aparência, mas a nega [...] nasce uma repulsa pela essência da qual sua aparência é a expressão,

vale dizer, uma repulsa pela Vontade de vida, núcleo e essência de um mundo reconhecido como povoado de penúrias [...]. Essencialmente aparência da vontade, ele cessa de querer algo, evita atar sua vontade a alguma coisa, procura estabelecer em si a grande indiferença por tudo. (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 440-441).

Desta forma, o indivíduo humano pode chegar ao conhecimento ou à visão que transcende o princípio de individuação e, com isso, chegar a uma apreensão de que a sua própria essência e a de todos os outros indivíduos é apenas uma, a própria Vontade. Assim, no sujeito que vê para além do princípio de individuação não há mais diferença entre ele e os outros indivíduos, pois nele só há o conhecimento a respeito da essência do mundo. Diferentemente ocorre com aqueles que possuem o conhecimento que está submetido ao princípio de individuação. Chegando apenas ao conhecimento das coisas que estão envolvidas pelo tempo e pelo espaço, eles percebem que cada um é diferente do outro, mas não percebem a unidade que está em todos, ou seja, não chegam a conhecer a essência do mundo que está por trás de cada aparência. Ele vê as relações de causalidade que cada coisa exerce sobre outra, mas isso não os pode levar ao conhecimento do em si do mundo. O princípio de individuação é como um impeditivo para que os indivíduos percebam aquilo que o mundo é na sua totalidade. Nesse sentido, é como se ele encobrisse a essência do mundo, impossibilitando, assim, que quem nele se fixar perceba aquilo que o mundo é verdadeiramente em si mesmo. Desta forma, esse conhecimento que está submetido ao princípio de individuação é apenas o conhecimento a respeito de cada coisa na sua particularidade e as pessoas que estão envolvidas por esse conhecimento permanecem presas na compreensão da sua individualidade. Já quem percebe que o seu em si é o mesmo em si de todo o mundo esquece a sua individualidade bem como esquece a individualidade dos outros indivíduos. Nas palavras de Moraes (2016, p. 192), “[a] rigor, para aquele que ultrapassou a multiplicidade fenomênica, não há um ‘si mesmo’, tampouco um ‘outro’. O ‘tu és isto’ dá lugar a ‘o mundo é uma só vontade’. Eu e não-eu se dissolveram e perderam a concretude ontológica de uma ‘autoconsciência’”.

Nesse sentido, aquele que atinge a visão que transpassa o princípio de individuação não fica preso ao seu Eu, assim, não vê o mundo de forma egoísta. Desse modo, em quem ocorre tal transpassar reconhece que o em si de todo o mundo é também o seu próprio em si e com isso toma para si mesmo o sofrimento infindável de cada indivíduo. Assim, quando uma pessoa chega a conhecer a

essência do mundo também chega a reconhecer os sofrimentos de todo o mundo. Ao não fazer diferença entre si mesmo e os outros, tal indivíduo compartilha do sofrimento alheio e, desse modo, sente o sofrimento de todos como sendo algo que também lhe pertença:

Se essa visão que transpassa o *principium individuationis*, ou seja, esse conhecimento imediato da identidade da vontade em todas as suas aparências, se dá num elevado grau de distinção, então de imediato mostrará uma influência ainda maior sobre a vontade. Se aquele véu de *mâyā*, o *principium individuationis*, é de tal maneira removido dos olhos de um ser humano que este não faz mais diferença egoística entre a sua pessoa e a de outrem, no entanto compartilha em tal intensidade dos sofrimentos alheios como se fossem os seus próprios e assim é não apenas benevolente no mais elevado grau, mas está até mesmo pronto a sacrificar o próprio indivíduo tão logo muitos outros precisem ser salvos; então, daí, segue-se automaticamente que esse ser humano reconhece em todos os seres o próprio íntimo, o seu verdadeiro si mesmo e desse modo tem de considerar também os sofrimentos infintos de todos os viventes como se fossem seus: assim, toma para si as dores de todo o mundo; nenhum sofrimento é-lhe estranho (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 439).

Desta forma, quando a pessoa chega ao conhecimento que transcende o princípio de individuação, reconhece a luta permanente e vã que cada um trava pela vida, pois as pessoas sempre se esforçam para viver, mas esta vida sempre é perdida com a morte; reconhece a dor infundável em que cada um está envolvido, pois, ao término de uma dor, surge outra; reconhece ainda o conflito que há entre as pessoas. Assim, reconhece que todo o mundo se encontra nesse estado de sofrimento interminável, ou seja, reconhece que toda a vida é sofrimento:

Não é mais a alternância entre o bem e o mal-estar de sua pessoa o que tem diante dos olhos, como no caso da pessoa ainda envolvida pelo egoísmo, mas, com a sua visão que transpassa o *principium individuationis*, tudo lhe é igualmente próximo. Conhece o todo, apreende a sua essência e encontra o mundo condenado a um perecer constante, a um esforço vão, a um conflito íntimo e sofrimento contínuo. Vê, para onde olha, a humanidade e os animais sofredores; vê um mundo que desaparece [...]. Se, portanto, quem ainda se encontra envolvido no *principium individuationis* conhece apenas coisas isoladas e sua relação com a própria pessoa, coisa que renovadamente se tornam *motivos* para o seu querer, agora, ao contrário, aquele descrito conhecimento do todo e da essência das coisas tornam-se *quietivo* de todo e qualquer querer. Doravante a vontade efetua uma viragem diante da vida: fica estremecida em face dos prazeres nos quais reconhece a afirmação da vida. O ser humano, então, atinge o estado de voluntária renúncia, resignação, verdadeira serenidade e completa destituição de vontade (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 439-440; grifo do autor).

Reconhecendo aquilo que é da essência do mundo aparente e percebendo o sofrimento infundável da vida, esse conhecimento então pode fazer com que haja em tal indivíduo o aquietar da Vontade. Para quem está envolvido pelo princípio de individuação, as coisas do mundo aparente podem se tornar motivos para despertar o interesse de sua vontade. Quando o indivíduo humano conhece a essência do mundo, tem suprimida a sua individualidade e passa a perceber a essência una em cada aparência.

Desta forma, podemos perceber que com a calma e a alegria que surgem com a negação da Vontade pela via do conhecimento tem-se uma superação do sofrimento. Neste sentido, o sofrimento não deixa de atuar sobre o indivíduo no qual há a negação, mas tal sofrimento se tornou indiferente; em outras palavras, o sofrimento se tornou algo que não mais atormenta o sujeito. Uma vez que se chega ao conhecimento que transcende o princípio de individuação, o sujeito chega a compartilhar o sofrimento de todo o mundo. No entanto, esse sofrimento já não o perturba, isto é, não lhe provoca a procurar satisfação. Em vez disso, tem-se uma completa serenidade no interior do indivíduo, isto é, a Vontade já não mais o angustia pela carência, pela falta de uma satisfação, de tal modo que nem desejo nem tédio podem mais atormentá-lo. Estando o seu interior cheio de verdadeira serenidade, as dores que atuam sobre seu corpo não mais lhe influenciam a procurar prazeres. As dores não causam mais tormento, porque foi anulada nele a ação da verdadeira fonte dos sofrimentos, que é a Vontade de vida em sua sede de afirmação.

Se com a afirmação da Vontade a pessoa fica a mercê dos impulsos volitivos, sendo assim levado a cair na cobiça ou no medo ou em tantos outros sentimentos aflitivos, com a negação, a pessoa se liberta dos laços volitivos, eles são anulados em tais indivíduos e, com isso, já não mais fazem efeito sobre o sujeito. O sujeito em que há a negação não se deixa levar pelos impulsos para o prazer e vive apenas como puro ser cognoscente. Com isso, já não se prende às coisas que estão envolvidas pelo tempo, espaço e causalidade, estas coisas estão para ele como algo que não lhe engana mais, ou seja, não mais lhe atraem.

Uma tal pessoa que, após muitas lutas amargas contra a própria natureza, finalmente a ultrapassou por inteiro, subsiste somente como puro ser cognoscente, espelho límpido do mundo. Nada mais a pode angustiar, pois cortou todos os milhares de laços volitivos que a amarravam ao mundo e que nos jogam daqui para acolá, em constante dor nas mãos da cobiça, do

medo, da inveja, da cólera. Ela, então, mira calma e sorridentemente a fantasmagoria deste mundo que antes era capaz de excitar e atormentar o seu ânimo, mas agora paira tão indiferente diante de si [...]. A vida com suas figuras flutuam diante dela semelhante a uma aparência fugidia, semelhante ao sonho matinal e ligeiro de um semidesperto que já entrevê a realidade e não pode mais ser enganado: igual ao que ocorre neste sonho matinal, a vida com suas figuras desaparece sem transição violenta (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 453).

Semelhante situação de superação do sofrimento também ocorre com a negação pelo sofrimento. Neste caso, a Vontade se nega pela via do sofrimento sentido. Não houve primeiramente o conhecimento da essência do mundo para que a Vontade se aquietasse, antes pela experiência pessoal do sofrimento ocorreu a negação. Essa é, então, a segunda via pela qual ocorre a negação da Vontade. Moraes (2010c, p. 241-242), referindo a essas duas vias de negação da Vontade afirma que, “[s]e na primeira via impera o reconhecimento da Vontade no sofrimento do mundo da vida, na segunda, a negação se dá mediante o próprio sofrimento sentido de modo extremo a ponto de aniquilar todo desejo, uma efetiva desesperança”.

Assim, com essa segunda via de negação da Vontade, Schopenhauer não quer dizer que, havendo o sofrimento, haverá a negação. O sofrimento em que há a negação é um grande sofrimento. Nesse caso, o que ocorre é uma elevação do sofrimento em algum indivíduo. Todos estão envolvidos com o sofrimento; ele é algo próprio da vida, mas quando este ocorre em grau elevado – a ponto de tornar sumamente insuportável para o indivíduo – o sujeito pode perder o ânimo para continuar afirmando seu querer viver e com isso surgir à negação da Vontade. Desse modo, quando a pessoa se vê em desespero, após ter sofrido uma insuportável aflição, tem-se a ocasião propícia para ocorrer, de modo súbito, o aquietar da Vontade. Essa aflição não leva ao suicídio, que é ainda afirmação bloqueada, mas desesperança com relação ao mundo.

Além disto, o sofrimento que geralmente leva à negação da Vontade é aquele que é trazido pelo destino. Trata-se daqueles grandes sofrimentos que surgem de forma involuntária, isto é, independente do querer do sujeito que é vítima desse grande sofrer. Exemplos desse sofrimento são os acontecimentos trágicos, pois eles trazem consigo sofrimento em grau elevado. Desta forma, o sofrimento que leva à negação pode ser diferenciado daqueles que são provocados por meio de práticas

de mortificação: estes são voluntários, ou seja, são provocados num sujeito porque este mesmo os inflige a si próprio:

[...] por outro lado, o sofrimento em geral trazido pelo destino torna-se um segundo caminho (δεύτερος πλοῦς) para atingir a negação: sim, podemos assumir que a maioria das pessoas só chega a mencionado fim por esta via, e que é o sofrimento pessoalmente sentido, não o meramente conhecido, o que produz com mais frequência a completa resignação, e na maioria das vezes com a proximidade da morte. Em realidade, só alguns poucos o simples conhecimento que transpassa o *principium individuationis* é suficiente para conduzir à negação da vontade [...] (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 454-455).

Desta forma, a diferença entre a negação que surge por meio do conhecimento que transcende o princípio de individuação e a que vem por meio do sofrimento consiste no fato de que, na primeira, houve um conhecimento do sofrimento da vida ao sentir o sofrimento dos outros, e, na segunda, houve a experiência do próprio sofrimento em tal nível a que se recuse o querer viver. Na primeira, o indivíduo, pela visão que transcende o princípio de individuação, conhece a essência em si do mundo e, dessa forma, o sofrimento incurável que há nele e em cada indivíduo. Já pela segunda via, a negação ocorre pelo sentir o padecimento em grau elevado, sem que tenha o conhecimento da essência do mundo.

A diferença que expusemos como dois caminhos reside em se o conhecimento advém do simples e puro sofrimento *conhecido* e livremente adquirido por intermédio da visão que transpassa o *principium individuationis*, ou do sofrimento *sentido* imediatamente. Salvação verdadeira, redenção da vida e do sofrimento, é impensável sem a completa negação da vontade (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 460-461; grifo do autor).

Vale salientar que o suicídio não é negação da Vontade, mas é afirmação da Vontade (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 69, p. 461-463). Segundo Schopenhauer, o suicida deseja viver sem sofrimentos, porém ele não consegue e, desse modo, permanece insatisfeito com a vida que leva. Como o suicida quer a vida, ele se revolta quando esta é de muito sofrimento e, dessa forma, prefere destruir-se antes que, pelo sofrimento acumulado, a Vontade chegue a aquietar-se. O suicida, assim, não permite que a Vontade se negue nele. No suicida há uma veemente afirmação da Vontade que não admite que ela seja contrariada, preferindo destruir seu próprio fenômeno, sendo ela mesma indestrutível, em vez de negar-se – pelo contrário, destruindo este seu fenômeno, a Vontade afirma-se em outro. Muito diferente é o

que se dá naquele em que a afirmação da vontade não impede que se cumpra a cura pelo sofrimento, possibilitando assim o encontro de alguma paz:

Então vemos o ser humano, trazido às raias do desespero após haver sofrido todos os graus de uma aflição crescente sob os reveses mais violentos, subitamente retirar-se em si mesmo, reconhecer a si mesmo e ao mundo, mudar todo o seu ser, elevar-se por sobre a própria pessoa e por todo o sofrimento, como se fora purificado e santificado por este, em paz inabalável, em beatitude e sublimidade, livremente renunciando a tudo o que antes queria com a maior veemência, e receber alegremente a morte. Eis aí a mirada argêntea que subitamente surge da flama purificadora do sofrimento; a mirada da negação da vontade, ou seja, da redenção (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 455).

Podemos ainda perceber que com a negação da Vontade há a superação do sofrimento pelo fato de que todo sofrimento é bem vindo para aqueles em que a Vontade se aquietou e, com isso, perceberemos que, quando acontece a negação da Vontade, a serenidade que a acompanha surge no sujeito – em outras palavras, ocorre no âmbito da subjetividade humana. O sujeito no qual houve a negação da Vontade aceita os sofrimentos alegremente, pois estes são um auxílio para a continuação da negação da Vontade, como veremos mais abaixo. Assim, na negação, em vez de os sofrimentos serem algo que atormenta, na verdade são uma ocasião de reforço na luta contra a afirmação da vida. Desse modo, recebe alegremente todos os sofrimentos trazidos pelo destino: seja o sofrimento que ocorre por um acidente, ou devido a uma humilhação, ou uma injustiça, ou devido a qualquer outra circunstância, não reagindo ao que ocorre contra ele. Assim, não se defende e nem tampouco se vinga das injustiças recebidas, justamente para evitar o reacender da afirmação da Vontade por meio da cólera. Tendo em vista permanecer na negação da Vontade, prefere até pagar o mal com o bem:

Como ele mesmo nega a vontade que aparece em sua pessoa, não reagirá quando um outro fizer o mesmo, noutros termos, quando um outro praticar injustiça contra si: nesse sentido todo sofrimento exterior trazido por acaso ou maldade, cada injúria, cada ignomínia, cada dano são-lhe bem-vindos: recebe-os alegremente como ocasião para dar a si mesmo a certeza de que não mais afirma a vontade, mas alegremente toma partido de cada inimigo da aparência da vontade que é a sua própria pessoa. Por consequência, suporta os danos e sofrimentos com a paciência inesgotável e o ânimo brando; paga o mau com o bom, sem ostentação, e de modo algum permite ao fogo da cólera e da cobiça acenderem-se novamente em si (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 443).

A negação da Vontade não é algo que dura definitivamente, pois, embora o sujeito deixe de ser sujeito do querer movido por desejos, algo da Vontade permanece afirmando em seu corpo vivo. Quando ela ocorre faz com que o sujeito não mais queira afirmar a vida mediante a renúncia aos prazeres. No entanto, no corpo, a Vontade ainda continua a se afirmar por meio de todas as suas funções involuntárias. Por isso que, com a negação, o corpo ainda digere o alimento, produz energia, os órgãos continuam trabalhando para que haja vida e, enfim, o corpo continua com a sua atividade de afirmação. Desta forma, quando a negação entra em cena, a qualquer momento pode haver uma retomada da afirmação pelo sujeito. Nas palavras de Schopenhauer:

Contudo, não se deve imaginar que, após a negação da Vontade de vida ter entrado em cena pelo conhecimento tornado quietivo, não há oscilação e assim se pode para sempre permanecer nela como numa propriedade herdada. Não, antes a negação precisa ser renovadamente conquistada por novas lutas. Pois, visto que o corpo é a vontade mesma apenas na forma da objetividade, ou como aparência no mundo como representação; segue-se que *enquanto o corpo viver, toda a Vontade de vida existe segundo sua possibilidade e constantemente esforça-se para aparecer na realidade efetiva e de novo arder em sua plena intensidade [...]*. Consequentemente, também vemos os que uma vez atingiram a negação da Vontade de vida manterem-se com todo empenho neste caminho através de todo tipo de renúncias autoimpostas, mediante um modo de vida duro, penitente e pela procura do desagradável: tudo tendo em vista suprimir a vontade que renovadamente se esforça. Ao fim, como já conhecem o valor da redenção, cuidam angustiosamente para conservar a salvação alcançada, desenvolvem escrúpulos de consciência em cada prazer inocente ou em cada pequena agitação da própria vaidade... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 454; grifo nosso).

Como a negação não está garantida por toda a vida, a superação do sofrimento na negação da Vontade ocorre pelo tempo em que tal negação atua. Quando o indivíduo volta a afirmar a vida, o tormento também passa a atuar sobre o sujeito. Assim, a indiferença à dor que surge com a negação da Vontade é um acontecimento momentâneo, ou seja, dura enquanto a negação durar.

Desse modo, quando ocorre a negação da Vontade tem-se uma luta constante por parte do sujeito para poder fazer perdurar esse estado. Havendo a negação a Vontade, ainda existe como possibilidade de afirmação da vida no sujeito enquanto o corpo estiver vivo. Assim, o indivíduo no qual há a negação sente o ânimo pela vida. Desta forma, aquele em quem a Vontade se negou luta para manter tal aquietar, pois, conhecendo na negação a verdadeira fonte da supressão

do sofrimento e a afirmação como a fonte da continuidade do sofrimento, prefere não mais retornar à afirmação da vida.

Essa luta pela continuidade do aquietar da Vontade ocorre mediante práticas de mortificação. A mortificação, em Schopenhauer, tem o sentido de renúncia aos prazeres, pois estes são aquilo que impulsiona a afirmação da vida. Como a Vontade ainda se afirma no corpo daquele em que ela se negou, tal sujeito ainda sente os ímpetos para os prazeres, mesmo que tais ímpetos não mais o determinem na vida. Desse modo, procura mortificar o corpo, para que os impulsos de sua vontade para o prazer se tornem cada vez mais fracos. A mortificação não lhe causa perturbação. Ela é, assim, um recurso usado para lutar contra a afirmação do sofrimento. A atitude de mortificação é chamada por Schopenhauer de ascese. Ele entende que esta é a “quebra *proposita* da vontade, pela recusa do agradável e pela procura do desagradável” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 454; grifo do autor). Essa vida de ascese ocorre por meio da castidade, do jejum, da autoflagelação e entre outras práticas do mesmo gênero.

No entanto, mesmo que com a negação se tenha uma luta na vida do sujeito contra a afirmação da vida pela mortificação e pela aceitação alegre do sofrimento que lhe advém, ainda assim tal luta não angustia o indivíduo no qual houve esse aquietar de sua essência. Havendo nele não mais a ação dos ímpetos de afirmação da vida, está em paz consigo mesmo e não quer mais a afirmação da vida pelos prazeres. Porém, seu corpo constantemente lhe impulsiona aos prazeres. Por isso, ele prefere mortificar-se e, se lhe advém algum sofrimento, percebe nele a oportunidade de reforço nessa mortificação. Assim, mesmo havendo com a negação, permanece uma luta contra os ímpetos afirmadores da vida, luta que, todavia, não tira o contentamento advindo da negação da Vontade.

Essa pessoa em quem há a negação não sofre nem quando lhe chega a hora da morte. Neste caso, a morte não lhe angustia porque vê que nessa ocasião se conquista a libertação definitiva da Vontade. A morte, para aqueles em que prevalece a afirmação da Vontade, não é libertação, pois a Vontade não deixou de se afirmar. No entanto, para aqueles em quem ocorre a negação da Vontade, a morte significa a libertação definitiva do laço com a afirmação da vida, pois, com ela, nem no corpo a Vontade já não mais se afirmará.

Desta forma, a morte é muito bem vinda para aqueles em quem ocorre o aquietar da essência em si. Nas palavras do próprio Schopenhauer (2015a, § 68, p.

443), “se, ao fim, advém a morte, que extingue esta aparência da vontade, cuja essência aqui há muito expirou pela livre negação de si mesma [...] então essa morte é muito bem-vinda e alegremente recebida como a redenção esperada”. Sendo a morte o fim da afirmação da Vontade no corpo, ela é bem recebida pelo indivíduo, pois nele acontece, de forma definitiva, a completa supressão do sofrimento.

Desse modo, podemos perceber uma possibilidade de superação do sofrimento na negação da Vontade. Schopenhauer, ao falar de um estado de paz, de alegria, de serenidade, de jovialidade, deixa em aberto a possibilidade haver uma indiferença por todo o sofrimento, de tal modo que não há necessidade de nenhuma satisfação dos desejos. Mas essa superação ocorre no sujeito e precisa haver a luta pela ascese para que ela seja mantida, levando o indivíduo, assim, a um estado em que o sofrimento do mundo é bem recibo.

2.2. A superação do sofrimento na contemplação

Essa superação do sofrimento também ocorre no estado de pura contemplação da Ideia. Neste caso, a contemplação faz com que o indivíduo seja liberto do conhecimento que é motivado pela Vontade e assim a sua faculdade de atenção ou apreensão das coisas não é conduzida pela Vontade. Desta forma, os ímpetus furiosos de afirmação da vida já não mais fazem efeito. Então surgem nesse sujeito, como no caso da negação da Vontade, a calma e a jovialidade interior:

Quando, entretanto, uma ocasião externa ou uma disposição interna nos arranca subitamente da torrente sem fim do querer, libertando o conhecimento da escravidão imposta pela vontade, e a atenção não é mais direcionada aos motivos do querer, mas, ao contrário, à apreensão das coisas livres de sua relação com a vontade, portanto sem interesse, sem subjetividade, consideradas de maneira puramente objetiva, estando nós inteiramente entregues a elas, na medida em que são simples representações, não motivos – então aquela paz, sempre procurada antes pelo caminho do querer, e sempre fugidia, entra em cena de uma só vez por si mesma e tudo está bem conosco [...]. Semelhante estado é precisamente o descrito anteriormente como exigido para o conhecimento da Ideia, como estado de pura contemplação... (SCHOPENHAUER, 2015a, § 38, p. 226-227).

Se com a satisfação dos desejos tem-se um rápido alívio do sofrimento, já com a contemplação simplesmente surge alegria e paz. Dessa forma, o sujeito não se deixa enganar pelos desejos e, com isso, abre espaço para uma entrada da calma e jovialidade como ocorre com a negação da Vontade. Assim, se com os desejos as pessoas buscam satisfação, mas obtêm apenas um breve momento de ausência da dor; na contemplação não há mais a necessidade de alívio de sofrimento, pois com ela surge um contentamento verdadeiro.

Na contemplação da Ideia as coisas deixam de ser um motivo e o que contempla apenas considera o que é contemplado, que é justamente a Ideia. Os motivos que sempre fazem inflamar os desejos e estes que sempre colocavam o sujeito à procura da felicidade ora num objeto ora noutro, agora, quando o sujeito se encontra em estado de pura contemplação, já não fazem mais efeito, eles se tornaram algo que perdeu todo o valor. Assim, o sujeito fixa-se nesse contemplar e se torna indiferente a todo motivo que o leve a inflamação dos desejos.

As Ideias⁴ são as “formas e propriedades originárias e imutáveis tanto dos corpos orgânicos e inorgânicos quanto das forças naturais que se manifestam segundo leis da natureza” (SCHOPENHAUER, 2015a, § 30, p. 195). Recordemos que o mundo aparente é a objetividade da Vontade, só que com graus diferentes de aparecimento do caráter da Vontade. Dessa forma, a Vontade manifesta a sua essência tanto em um grau baixo (tal como na gravidade) como em um grau elevado de nitidez (que é o caso do ser humano). Nesse sentido, para cada grau de manifestação da Vontade há uma Ideia que lhe corresponde.

Podemos perceber que num determinado grau de aparecimento da Vontade existe diversos indivíduos e todos são diferentes um do outro. No entanto, a Ideia que corresponde a esses indivíduos de um determinado grau de manifestação da Vontade é a mesma. A diversidade dos indivíduos só existe por meio do tempo e do espaço. Já o nascimento e a morte de cada indivíduo ocorrem devido à lei de causalidade. Tempo, espaço e causalidade juntos são o que Schopenhauer chama de princípio de razão (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 1, p. 3). Entretanto, a Ideia não está submetida ao princípio de razão; deste modo, ela não muda e nem deixa de existir com a morte dos indivíduos que são suas cópias. Nesse sentido, em cada

⁴ Utilizaremos a palavra Ideia com o “I” maiúsculo para se referir a cada grau de objetividade da Vontade. Faremos isto para ter uma diferenciação da palavra ideia com o “i” minúsculo que designa maneira de ver, opinião pensada e entre outros significados semelhantes a estes conforme consta no dicionário Houaiss (2009).

grau de aparecimento da Vontade os indivíduos existem em grande quantidade, sendo que cada um é diferente dos outros, mas a Ideia de cada grau de manifestação da Vontade é sempre uma. Com o princípio de razão há diversos indivíduos que são passageiros. Assim, tanto faz se o número de indivíduos em relação a uma determinada Ideia seja de grande quantidade e diferentes em alguns pontos, o que eles são é apenas a representação de uma Ideia. Como diz Brum (1998, p. 24), as Ideias são os “tipos primordiais por meio dos quais a Vontade se objetiva”.

Desta forma, pode-se dizer também que a Ideia é a objetividade que não foi objetivada no tempo e no espaço e, por isso, também não foi submetida à lei da causalidade. Ela é a objetividade em que foi conservada a forma primeira de todas as aparências, a de ser objeto para um sujeito. A Ideia é objeto e é justamente por isso que ela se diferencia da Vontade. Esta não é aparência, mas coisa em si e assim não subordinada ao princípio de razão e nem objeto para um sujeito. “Objetividade imediata e adequada da Vontade, as Ideias expõem-se fenomenicamente como indivíduos. Os indivíduos, em relação às Ideias, nada mais são que sua cópia já turvada pelas formas subordinadas do princípio de razão” (SOARES, 2010, p. 255). Desta forma, as aparências da Vontade existem no tempo e no espaço, regidas pela lei da causalidade, submetidas ao princípio de razão, enquanto a Ideia é independente do princípio de razão:

A Ideia apenas se despiu das formas subordinadas da aparência, as quais todas concebemos sob o princípio de razão; ou, para dizer de maneira mais correta, ainda não entrou em tais formas; porém, a forma primeira e mais universal ela conservou, a da representação em geral, a do ser-objeto para um sujeito. As formas subordinadas a esta, e cuja expressão geral é o princípio de razão, são as que pluralizam a Ideia em indivíduos isolados e efêmeros, cujo número, em relação à Ideia, é completamente indiferente. O princípio de razão é, por sua vez, de novo a forma na qual a Ideia entra em cena ao se dar ao conhecimento do sujeito como indivíduo. Já a coisa isolada que aparece em conformidade com o princípio de razão é apenas uma objetivação mediata da coisa em si (a vontade): entre as duas encontram-se a Ideia como a única objetividade imediata da vontade, na medida em que a Ideia ainda não assumiu nenhuma outra forma própria do conhecimento enquanto tal senão a da representação em geral, isto é, a do ser-objeto para um sujeito (SCHOPENHAUER, 2015a, § 32, p. 202).

Sendo uma cópia da Ideia, as aparências submetidas ao princípio de razão são a objetividade mediata da coisa em si. Isto quer dizer que cada aparência que se encontra envolvida pelo princípio de razão é uma manifestação da Vontade advinda

das Ideias, não sendo expressão imediata da Vontade, mas tendo as Ideias por modelo. As Ideias, por sua vez, são objetividades imediatas da Vontade. O que diferencia a Ideia das outras objetividades é o fato de que a Ideia não está revestida pelo princípio de razão, mas, mesmo assim, tem a forma da representação em geral, forma essa que consiste em ser objeto para um sujeito.

Desse modo, enquanto o sujeito estiver envolvido pelo princípio de razão não é possível o conhecimento das Ideias, já que estas não se encontram sob tal princípio. Por isso que, segundo Schopenhauer, para deixar de apreender apenas o conhecimento que está envolto pelo princípio de razão para conhecer a Ideia é necessário antes a mudança do sujeito, mudança essa em que o sujeito, quando conhece a Ideia, deixa de ser indivíduo e passa a ser sujeito puro do conhecimento. O indivíduo percebe apenas as coisas de forma isolada, ou seja, percebe cada aparência como sendo diferente uma da outra e as relações causais que existem entre uma aparência e outra. No estado de contemplação há a separação do objeto contemplado da relação com todos os outros objetos e dessa forma é suprimido o conhecimento que tem como base o princípio de razão, apenas permanecendo a pura contemplação da Ideia. Desse modo, o sujeito torna-se o puro sujeito do conhecimento, aquele que leva em consideração não mais o conhecimento que se baseia no princípio de razão, mas apenas o conhecimento da Ideia.

Assim, o conhecimento que tem relação com o tempo, com o espaço e com a causalidade é o que é interessante para o indivíduo, ou seja, tem alguma relação com a Vontade. Por meio do corpo, os indivíduos estão no mundo como objetos entre tantos outros objetos e cada um tem alguma relação com outros indivíduos. Essas relações fazem com que cada um se volte para o seu corpo, assim cada um se volta à realização da Vontade que aparece nele. Desse modo, o conhecimento que está sob o princípio de razão está a serviço da Vontade. Em outros termos, a Vontade se serve do conhecimento que está sob o princípio de razão nas objetividades mais elevadas para que ela atinja seus fins nessas objetividades, fazendo com que tais objetividades utilizem do conhecimento do princípio de razão para a conservação deles mesmos. Assim, quando o indivíduo se torna o puro sujeito do conhecer, o conhecimento deixa de ser útil para a Vontade, ele apenas contempla a Ideia:

A transição possível – embora, como dito, só como exceção – do conhecimento comum das coisas isoladas para o conhecimento das Ideias ocorre subitamente, quando o conhecimento se liberta do serviço da vontade e, por aí, o sujeito cessa de ser indivíduo, tornando-se puro sujeito do conhecimento destituído de vontade, sem mais seguir as relações conforme o princípio de razão: como tal, ele concebe em fixa contemplação o objeto que lhe é oferecido, exterior à conexão com outros objetos; ele repousa nessa contemplação, absorve-se nela (SCHOPENHAUER, 2015a, § 34, p. 205).

Desta forma, o sujeito esquece a própria individualidade ou a própria Vontade. Isto significa dizer que para o sujeito apenas existe o objeto contemplado, tal sujeito não percebe mais a sua individualidade nesse momento de contemplação, sua consciência foi preenchida por completo pela Ideia. Ele é absorvido pela contemplação e assim esqueceu totalmente de si e das coisas ao seu redor.

Schopenhauer considera essas pessoas que conseguem chegar à apreensão da Ideia como sendo as pessoas de gênio. “Quanto à originalidade do gênio, ela está precisamente na sua capacidade de reencontrar a Ideia além dos fenômenos que apenas a sugerem ou balbuciem timidamente a sua significação, em um esboço grosseiro” (PERNIN, 1995, p. 118). Apenas o gênio consegue apreender as Ideias na medida em que ele consegue esquecer completamente a própria pessoa e as relações que a envolvem. O gênio é assim porque ele tem uma capacidade intelectual superior, como veremos a seguir. A genialidade consiste na capacidade que determinados indivíduos tem de poderem ser absorvidos pela contemplação da Ideia e assim afastarem-se do conhecimento que está a serviço da Vontade:

Embora o gênio, de acordo com a nossa exposição, consiste na capacidade de conhecer, independentemente do princípio de razão, não mais as coisas isoladas, que têm a sua existência apenas na relação, mas as suas Ideias, e, nesse caso, seja ele mesmo correlato desta, portanto não mais indivíduo, mas puro sujeito do conhecer [...]. O gênio possui apenas o grau mais elevado e a duração mais prolongada daquele modo de conhecimento, o que lhe permite conservar a clarividência necessária para repetir numa obra intencional o assim conhecido, repetição esta que é a obra de arte. Pela obra de arte o gênio comunica aos outros a Ideia apreendida, a qual, portanto, permanece imutável, a mesma: por consequência, a satisfação estética é essencialmente uma única e mesma, seja provocada por uma obra de arte, seja provocada imediatamente pela intuição da natureza e da vida (SCHOPENHAUER, 2015a, § 37, p. 224-225).

Segundo Schopenhauer, apenas o gênio consegue tanto contemplar a Ideia como reproduzi-la numa obra de arte devido ao fato de que ele tem uma capacidade de conhecimento muito maior que a média de todos os seres humanos comuns.

Essa capacidade de conhecer está ligada à sensibilidade, não à racionalidade, pois o conhecimento da Ideia ocorre de forma intuitiva, não por meio de raciocínios. Devido ao gênio conseguir reproduzir na obra de arte a Ideia, é possível assim contemplar a Ideia numa obra de arte. Desse modo, não é só pela contemplação das coisas em seu estado natural que o gênio consegue contemplar a Ideia, também na obra de arte pode haver a expressão de uma Ideia. Aliás, a obra de arte facilita mais a apreensão da Ideia do que toda a natureza, porque o artista conheceu a Ideia e a reproduziu na obra de arte de forma mais pura que na natureza.

Desta forma, o gênio consegue afastar-se do seu querer e com isso a sua personalidade fica ausente, então permanecendo como puro sujeito do conhecimento. O gênio consegue contemplar a Ideia e com isso se afastar do domínio da Vontade. “O gênio é o portador desse intelecto superior de ultrapassar o ordinário ‘servilismo cognitivo’ separando-se momentaneamente da própria vontade” (ROCHAMONTE, 2010, p. 77).

Desse modo, ao fixar-se na Ideia, o sujeito rompe com a Vontade, pois ele se prende nessa contemplação e os impulsos volitivos não fazem mais efeito sobre ele. Assim, há uma separação do sujeito contemplante com relação à Vontade: os impulsos volitivos permanecem indiferentes no sujeito, pois ele apenas contempla a Ideia. Ao permanecer nessa contemplação, o sujeito permanece livre da ação da Vontade. Dessa forma, o sujeito apresenta um desinteresse pela satisfação dos desejos. O desinteresse, em Schopenhauer, é “a ruptura com os objetos do desejo enquanto tais, enquanto objetos de um querer, dotados de uma finalidade extrínseca a que sejam condicionados” (MORAES, 2010a, p. 65).

Podemos perceber que, na contemplação da Ideia, há uma libertação da Vontade, pois o sujeito se liberta dos ímpetos volitivos para a afirmação da vida. Ao contemplar a Ideia, o sujeito permanece num estado em que não mais se deixa levar pelo conhecimento que tem como fundamento o princípio de razão. Com isso, se torna indiferente a todo objeto que até então o motivava a afirmar o querer viver.

Convém destacar que a contemplação não é definitiva. Havendo um sujeito chegado à contemplação, esta não dura por muito tempo, o sofrimento logo volta a atormentá-lo. Nas palavras de Schopenhauer (2015b, p. 435):

O intelecto, que foi até agora considerado apenas em seu estado originário e natural de servidão à vontade, entra em cena no terceiro livro liberto daquela servidão; todavia, deve-se ao mesmo tempo observar que não se

trata aqui de uma libertação duradoura, mas meramente de uma breve hora de recreio, sim, trata-se só de uma excepcional e, propriamente dizendo, momentânea emancipação do serviço da vontade.

Desta forma, podemos perceber que na contemplação da Ideia há certa negação da Vontade, pois o sujeito já não é mais conduzido pelos motivos a procurar satisfação. Tanto com a negação que ocorre pela superação do princípio de individuação como pelo sofrimento tem-se uma libertação da Vontade pela renúncia as satisfações: em quem ocorre a negação por essas duas vias não quer nenhum prazer. Isso também ocorre na contemplação da Ideia, pois com a contemplação o sujeito fixa-se no contemplar e, assim, se tem o desinteresse pela satisfação, isto é, pelo prazer. Assim, “em sua estética, Schopenhauer apresenta a fruição artística como uma primeira forma de *negação da vontade*, ainda que passageira” (SALVIANO, 2001, p. 53; grifo do autor). Nesse sentido, podemos perceber que há algo em comum entre a ética e a estética de Schopenhauer – trata-se do fato de que em ambas há uma negação da Vontade. Nas palavras de Cacciola (1994, p. 164), “o ponto de vista estético liga-se, pois, intimamente ao ponto de vista ético, referindo-se ambos à negação do fenômeno da vontade”.

Assim, como a negação da Vontade ocorre na contemplação da Ideia, há também o aparecimento momentâneo de uma paz e alegria naquele que contempla. Diferente do que ocorre pela moção dos ímpetus volitivos, a Vontade não atua provocando a sede de prazer sobre o sujeito. Com isso reina uma calma e jovialidade que não tem nenhuma relação com os desejos, embora seja por pouco tempo. Nas palavras de Pernin (1995, p. 107), citando Schopenhauer⁵:

A contemplação estética fornece a prova: quando o sujeito cognoscente se afasta do seu interesse individual, o mundo transforma em um novelo a cadeia dos seus efeitos, que a cupidez desenrolava, para refleti-la calmamente nele. Assim, essa totalidade do mundo é oferecida ao sujeito que, cessando de ser ele próprio, transforma-se em todas as coisas. Logo cessa a infelicidade: “cada um é feliz, quando ele é todas as coisas; infeliz, quando é apenas indivíduo!” Essa trégua provisória suspende a violência do par infernal da ação e da paixão.

Podemos perceber que a negação que ocorre na contemplação da Ideia, bem como o aparecimento da jovialidade e da calma, se dá de forma que haja uma superação do sofrimento. Quando um sujeito atinge a contemplação da Ideia, seu

⁵ Trata-se da página 1090 da tradução de Bourdeau, revista por Ross, *Le monde comme volonté et comme représentation*, edição de 1978.

corpo ainda continua sendo Vontade afirmada, pois ele ainda continua a funcionar para a manutenção da vida, os órgãos continuam a trabalhar, ainda continuam a “pedir” nutrição etc. Nesse sentido, com a contemplação, o sofrimento não deixa de atuar sobre o sujeito, mas liberto de sua individualidade, o sujeito mantém-se indiferente a qualquer perturbação enquanto dure o estado contemplativo. Assim, o contentamento na contemplação da Ideia consiste também em uma indiferença ao sofrimento. Desse modo, temos uma superação do sofrimento na contemplação da Ideia, superação essa que pode ocorrer tanto na contemplação da Ideia pelas coisas da natureza ou ainda pela contemplação da Ideia representada pelo artista genial em alguma obra de arte.

Portanto, o sujeito, ao esquecer-se de si e das coisas ao seu redor na contemplação de uma Ideia, esquece o conhecimento que tem como base o princípio de razão e permanece como puro sujeito do conhecimento. Esse esquecimento daquilo que está envolvido pelo princípio de razão se torna também uma indiferença ao sofrimento. O sofrimento continua a existir, mas se tornou algo que não mais atormenta o sujeito.

2.3. Não há como buscar a superação do sofrimento pela negação da Vontade

A autossupressão da Vontade é um acontecimento que se dá subitamente, independentemente do nosso intento. A negação da Vontade não é algo adquirido por força de vontade, mas procede da relação entre conhecimento e querer e, desta forma, é algo que se atinge de modo inesperado. Assim, ela é um acontecimento que independe do querer do sujeito:

Ora, visto que aquela *autossupressão da vontade* procede do conhecimento, no entanto todo conhecimento e intelecção como tais são independentes do arbítrio, segue-se que também aquela negação do querer, aquela imersão na liberdade, não é obtida de força de resolução, mas procede da relação mais íntima entre o conhecimento e o querer no ser humano; chega, em consequência, subitamente e como de fora [...] o efeito do quietivo é em última instância um ato de liberdade da vontade (SCHOPENHAUER, 2015a, § 70, p. 468; grifo do autor).

A negação da Vontade se dá pelo fato de a própria Vontade, em determinados sujeitos, já não mais preferir afirmar a Vida, mas, pelo contrário

preferir, negá-la. Desse modo, por mais que o sujeito procure negar a Vontade por meio de práticas ascéticas, como a voluntária castidade, o jejum e outras tantas mais, tal acontecimento de negação se dá pelo próprio fato de a Vontade livremente preferir negar a si mesma em determinados sujeitos. Nas palavras de Salviano (2001, p. 48-49),

[...] a negação operada aqui não ocorre à margem da Vontade, mas parece alojar-se em seu seio: é uma *autonegação* da vontade [...]. E o que leva a Vontade a negar a si mesma não é algo exterior a ela, mas certas disposições do intelecto de um indivíduo, portanto algo dentro da própria Vontade (grifo do autor).

Desta forma, a superação do sofrimento que se dá na negação da Vontade é algo que ocorre independente do querer do sujeito. Sendo que não é este que decide negar, mas é a própria Vontade que decide negar a si mesma no sujeito. Assim, a alegria e a paz interior pela negação se dá de forma independente da vontade humana. Em outras palavras, esse acontecimento de superação do sofrimento é inteiramente da própria decisão da Vontade.

Semelhante situação também ocorre com a alegria na contemplação da Ideia. Neste caso, a superação do sofrimento também ocorre de forma independente de esforço físico ou mental. A contemplação da Ideia só é atingível pelos gênios porque esses trazem consigo, de forma inata, a capacidade de um elevadíssimo grau de conhecimento (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 363). Além disso, a faculdade espiritual para essa alegria possibilita sentir um sofrimento maior que o das pessoas comuns. Nas palavras de Salviano (2001, p. 45-46), “a *felicidade absoluta* só consegue aquele que se elevou a sujeito puro do conhecer, que negou a vida, a vontade, a si mesmo” (grifo do autor).

Segundo Schopenhauer, apesar de a negação da Vontade ocorrer de forma independente do querer do sujeito, esse acontecimento é perceptível na vida de vários santos e belas almas do cristianismo, bem como é mais visível ainda no hinduísmo e no budismo. Mas em outras religiões também ocorre tal acontecimento. Por mais que essas pessoas sejam diferentes em relação a seus dogmas, no entanto, na vida podemos perceber a Vontade negar-se nos seus fenômenos:

Aquilo que eu descrevi em débeis palavras e apenas em expressões gerais não é de modo algum um conto de fadas filosófico só hoje por mim inventado: não, foi a vida invejável de muitos santos e belas almas entre os

cristãos, ainda mais entre os hindus e budistas, também entre outras confissões religiosas. Por mais diferentes que tenham sido os dogmas impressos em suas faculdades de razão, ainda em suas condutas de vida exprimiam-se da mesma forma aquele conhecimento íntimo e imediato, intuitivo, único do qual procede toda virtude e santidade (SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 444).

Assim, uma pessoa em quem ocorra a negação da Vontade pode ter crenças totalmente diferentes das de outra pessoa em quem também ocorra tal negação, mas, na conduta de vida de ambos é expresso de modo análogo o acontecimento da negação da Vontade. O nosso filósofo entende que tanto faz se uma pessoa é budista, ou cristã, ou hinduísta, ou que acredite em outro dogma religioso: a conduta que ele expressa não vem do conhecimento abstrato, mas procede de um conhecimento que surge de modo imediato e que é intuitivo.

Podemos perceber que Schopenhauer considera conhecimento abstrato o conhecimento das aparências sob a forma de conceitos. Esse conhecimento refere-se àquele que expressamos e aprendemos por meio da linguagem. Esse conhecimento é próprio apenas ao ser humano, devido ao fato de que o ser humano tem uma faculdade a mais que os outros indivíduos que possibilita desenvolvê-los – a faculdade denominada razão (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 3, p. 7).

Podemos perceber que o conhecimento intuitivo, por sua vez, diz respeito àqueles conhecimentos que são apreendidos de forma imediata e inconscientemente. Este pode ser um conhecimento da essência do mundo e que não é apreendido por meio da linguagem, mas ele simplesmente surge sem a necessidade de ser consciente (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 68, p. 445). Esse conhecimento se dá no ser humano porque a faculdade de razão deste é aguçada, permitindo que, pelo conhecer intuitivo, ocorra a negação da Vontade. Esse conhecimento intuitivo que leva à negação da Vontade não ocorre nos demais animais justamente porque nestes não há a mesma capacidade intelectual do ser humano. A desenvolvida inteligência humana também possibilita conquistar um aprendizado de como conduzir-se, saber esse denominado “sabedoria de vida”, como veremos no capítulo seguinte. Mas esse conhecimento é diferente daquele que leva à negação da Vontade, pois, enquanto este ocorre de forma imediata (independente de qualquer aprendizado), aquele se dá pelo aprendizado de vida.

Desta forma, a Vontade chega a negar a si mesma não por causa de um conhecimento que foi apreendido por meio de conceitos ou normas de conduta. O

conhecimento que leva à negação da Vontade de vida é um conhecimento intuitivo. É por meio desse conhecimento, apreendido sem a necessidade da linguagem, que surge o aquietar da Vontade. Desta forma, para Schopenhauer, os dogmas das religiões não levam nem podem levar por si mesmos à negação da Vontade.

Sendo que o conhecimento que leva à negação da Vontade é intuitivo, a expressão perfeita desse acontecimento é perceptível apenas na conduta das pessoas em que ocorre tal negação. Por isso, Schopenhauer esclarece que, ao explicar de forma conceitual a negação da Vontade, exprime-a apenas de forma débil, ou seja, sem muito detalhe: há impossibilidade de adequação da linguagem para tratar do que não é fenômeno individual e que, só por abstração, pode ser universalizado. Desse modo, o filósofo recomenda conhecer a vida das pessoas em quem se dera tal acontecimento para poder compreender com mais clareza a negação da Vontade, isto é, por suas expressões em modos de vida.

Nesse sentido, a Vontade nega-se a afirmar a sua própria essência no ser humano. Sendo que afirmar a vida é aquilo que faz parte da essência da Vontade, ao negar-se em algum indivíduo humano, a Vontade está se negando a afirmar aquilo que é da sua própria essência, que é justamente o querer viver. Com isso, ela está negando-se a afirmar a si mesma no mundo como representação.

Assim, com a negação da Vontade há uma superação do sofrimento. Nesse sentido, os ímpetus violentos da afirmação da vida são aquietados e então a pessoa na qual a Vontade se nega permanece indiferente a tudo: durante o tempo da negação, o sofrimento já não mais afeta, pois se está em uma indiferença com relação a tudo, a todo sofrimento e até mesmo com relação à morte. Nesse sentido, a negação é o caminho de salvação e de superação do sofrimento, ou, dizendo de forma mais enfática, a negação da Vontade por ela mesma é, no dizer de Simmel (2011, p. 168), o único caminho possível para se alcançar uma superação do sofrimento.

Não existe em Schopenhauer uma fórmula ou uma norma de como se deve agir para ser indiferente ao sofrimento. Desta forma, podemos elaborar a seguinte pergunta: Que lugar há para uma sabedoria de vida, que o próprio Schopenhauer afirma ser “estranha” à doutrina enquanto possibilidade de se atingir a felicidade pelo saber? Para tentarmos responder, o que fazemos no próximo capítulo, é necessário começar traçando considerações sobre sua doutrina do caráter.

3. A POSSIBILIDADE DE UMA VIDA FELIZ PELA AQUISIÇÃO DE UM CARÁTER

Schopenhauer descreve a sabedoria de vida como sendo a arte de dirigir a vida do modo que seja o mais agradável e feliz. Nesse sentido, trata-se da possibilidade de alcançar uma felicidade pela aquisição de um saber que está relacionado à forma de conduzir a vida:

Tomo aqui o conceito de sabedoria de vida inteiramente em sentido imanente, a saber, no da arte de conduzir a vida do modo mais agradável e feliz possível. O estudo dessa arte poderia também ser denominado eudemonologia; seria, pois, a instrução para uma existência feliz [...]. Não obstante, para poder abordar o tema, tive de desviar-me totalmente do ponto de vista superior, ético-metafísico, ao qual conduz a minha filosofia propriamente dita. Por conseguinte, toda a discussão aqui conduzida baseia-se, de certo modo, numa acomodação, já que permanece presa ao ponto de vista comum, empírico, cujo erro conserva. Logo, também o seu valor só pode ser condicional, pois até mesmo a palavra eudemonologia não passa de um eufemismo (SCHOPENHAUER, 2006, p. 1-2).

Desse modo, ao tratar da arte de conduzir a vida, Schopenhauer elabora um estudo na perspectiva da eudemonologia. Apesar de o filósofo compreender que cada indivíduo se encontra num estado de sofrimento, mesmo assim traz uma descrição de como se alcança uma existência feliz. Essa descrição é algo que se pode tentar imitar, ou seja, produzir em si mesmo e até aprender, mas não se pode moldar a vontade pelo intelecto, pois, segundo o filósofo, o intelecto é subalterno à vontade. Schopenhauer esclarece que, ao apresentar sua filosofia, negou a possibilidade de haver uma existência feliz. Essa constatação é contrária à eudemonologia, pois esta afirma a existência da felicidade. No entanto, o filósofo esclarece que na sua eudemonologia há a sustentação do erro que cada pessoa traz consigo de modo inato: achar que pode conseguir uma vida feliz.

Assim, iremos buscar demonstrar que a possibilidade de o ser humano atingir essa vida agradável e feliz se deve ao fato de que as pessoas têm a capacidade da aquisição de um caráter – trata-se do caráter adquirido. Em seguida, também tentaremos descrever em que consiste essa felicidade pela aquisição do caráter e depois traremos alguns esclarecimentos a respeito da eudemonologia de Schopenhauer.

3.1. Introdução à doutrina schopenhaueriana do caráter

O caráter em Schopenhauer é a personalidade própria determinada pela Vontade que cada ser humano traz consigo. Cada pessoa tem uma forma de agir conforme sua natureza individual que, por sua vez, é condicionada pela Vontade (SCHOPENHAUER, 2012a, p. 78) – essa natureza determinada pela Vontade constitui o caráter; fundamento de todas as ações. Desse modo, numa determinada situação, uma pessoa pode agir de um jeito e outra pessoa pode agir de outro, cada qual tendo agido de acordo com o seu caráter. No entanto, nem sempre as pessoas agem da mesma forma, uma vez que a experiência influencia o modo de manifestação de um mesmo caráter. Uma pessoa pode agir de diversas formas dependendo da circunstância e da experiência, mas tais ações sempre possuem como base o mesmo caráter:

Ora, assim como cada coisa na natureza tem suas forças e qualidades que reagem a determinadas influências de determinada maneira e constituem o seu caráter, também o ser humano possui o seu *caráter*, em virtude do qual os motivos produzem suas ações com necessidade. Nesse modo mesmo de agir manifesta-se seu caráter empírico; por seu turno, neste manifesta-se de novo seu caráter inteligível, a vontade em si da qual ele é aparência determinada (SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 332-333; grifo do autor).

Schopenhauer entende que o caráter é um ato da Vontade que determina, desde a origem, o modo de ser das pessoas. Os indivíduos humanos vivem de uma determinada maneira porque o querer deles já foi predeterminado a buscar tal forma de viver. Assim, o modo como cada um tem de viver se deve ao caráter que traz consigo.

Sendo o caráter um ato de objetivação da Vontade, ele é uma manifestação da Vontade no modo de ser das pessoas, ou seja, é uma volição que se torna aparência na personalidade dos seres humanos. A Vontade é o em-si do mundo e, por isso, ela mesma não se torna aparência, mas objetividades ou manifestações da Vontade. Desse modo, na filosofia de Schopenhauer há uma distinção entre caráter e Vontade como coisa em si, pois o caráter é uma expressão da Vontade. Nas palavras de Debona (2013, p. 65), a “Vontade geral não é idêntica a caráter, pois [...] este último é ‘um ato de objetivação da Vontade’”.

Na filosofia de Schopenhauer, a característica marcante na doutrina do caráter se refere ao fato de que o caráter é imutável. Sendo uma autodeterminação

livre da Vontade, o caráter é sem fundamento. Dessa forma, ele é algo que não muda, pois a livre autodeterminação é independente da forma do tempo. Cada pessoa possui um caráter próprio e diferente do das outras, mas tal caráter sempre permanece o mesmo, por mais que elas envelheçam ou adquiram novos conhecimentos. A mudança de comportamento não quer dizer mudança no fundamento das ações diferentes ao longo do tempo e conforme o lugar. Assim, as pessoas podem se comportar de diferentes formas conforme a circunstância em que se encontram, no entanto nela há o mesmo caráter.

No capítulo anterior pudemos refletir sobre o acontecimento da negação da Vontade como um ato em que a Vontade deixa de se afirmar no indivíduo. Nesse caso, poderíamos imaginar que houve uma mudança no caráter desses indivíduos. No entanto, de acordo com Schopenhauer, não se trata de uma mudança do caráter, mas de sua supressão: com a negação da Vontade o caráter não deixa de ser o que é, mas o seu poder de atuação permanece suspenso. Nesse sentido, o caráter ainda continua o mesmo, mas não se manifesta sobre o indivíduo, porque nele se deu um acontecimento que escapa ao âmbito do poder de decisão, que é o acontecimento da negação da Vontade. Nesse caso, é a própria Vontade que decidiu negar-se no indivíduo. Schopenhauer explica esse acontecimento da negação da Vontade e a não mudança do caráter nos seguintes termos:

[...] quando, entretanto, se olha transpassando o *principium individuationis*, quando as Ideias, quando a essência da coisa em si é imediatamente reconhecida como a mesma vontade em tudo e, a partir desse conhecimento, resulta um quietivo universal do querer, então os motivos individuais tornam-se sem efeito porque a forma de conhecimento correspondente a eles é obscurecida e posta em segundo plano por um conhecimento por inteiro diferente. Por isso o caráter nunca pode mudar parcialmente, mas tem de, com a consequência de uma lei natural, realizar como um todo no particular a vontade da qual ele é a aparência: mas precisamente este todo, o caráter mesmo, pode ser completamente suprimido pela antes mencionada modificação do conhecimento (SCHOPENHAUER, 2015a, § 57, p. 467).

Schopenhauer distingue o caráter inicialmente como sendo inteligível e empírico. Esses caracteres não têm direcionamentos opostos, não se trata de entender que o caráter empírico está direcionado para uma coisa e o caráter inteligível está direcionado para outra. O caráter em Schopenhauer é um ato da Vontade que direciona o indivíduo para alguma coisa, sendo o empírico a mera manifestação do inteligível no tempo e no espaço.

Essas noções de caráter inteligível e empírico estão relacionadas à metafísica da Vontade. Debona (2013, p. 64) afirma que “uma maior nitidez das *identificações* quanto das *diferenciações* entre vontade, caráter inteligível e caráter empírico só foi possível a partir do momento em que Schopenhauer passou a tomar a *Vontade como coisa-em-si*” (grifos do autor). Assim, quando Schopenhauer compreende a Vontade como a essência em si do mundo passa a defender de forma definitiva e original em que consiste o caráter na sua forma inteligível como empírica. Schopenhauer já tinha essas noções de caráter antes de compreender a Vontade como a essência do mundo, no entanto tais noções eram entendidas da mesma forma como Kant e Schelling as entendiam (cf. DEBONA, 2013, p. 38). Podemos perceber, de acordo com Debona, que essas primeiras noções de caráter encontram-se especialmente na primeira versão da obra *Sobre a quádrupla raiz do princípio de razão suficiente*, pois esta foi redigida na época em que o nosso filósofo ainda não havia desenvolvido a metafísica da Vontade.

Essa mudança de entendimento não consiste em uma mudança radical, mas se refere à compreensão do caráter inteligível e do empírico a partir de uma visão que coloca a coisa em si como sendo a Vontade e, o caráter, como sendo uma manifestação da Vontade. Schopenhauer reconhece que essa noção de caráter inteligível e empírico, formulada após a metafísica da Vontade, é devedora da filosofia kantiana: trata-se de uma retomada da doutrina kantiana do caráter na perspectiva da metafísica da Vontade. Sobre essa diferenciação da noção de caráter, antes e depois da metafísica da Vontade, Debona explica que há duas fases, sendo que,

Na primeira fase (que vai da primeira edição de *Sobre a quádrupla raiz* até os *Manuscritos póstumos* de 1814), a filosofia schopenhaueriana manifestava uma forte – apesar de não total – identidade com as distinções *kantiana* e *schellinguiana* do caráter empírico e inteligível. O caráter como “ato de vontade posto fora do tempo”, por exemplo, ainda não poderia, neste período, assegurar a originalidade schopenhaueriana de tal conceito. Uma definição mais própria só foi possível quando a Vontade surgiu como unidade não absoluta do mundo (fase que passa a contar a partir dos *Manuscritos* de 1814 e, principalmente, da primeira edição de *O mundo*), e, então, o caráter inteligível passou a *Ideia*, enquanto o caráter empírico, o *fenômeno* particular (DEBONA, 2013, p. 79; grifo do autor).

A partir da formulação da ideia de que a Vontade constitui a essência do mundo, Schopenhauer considera o caráter inteligível como sendo um ato imediato de objetivação da Vontade. Nesse sentido, o caráter inteligível é uma manifestação

que surge diretamente da Vontade e uma diferenciação entre tal caráter e o caráter empírico se refere justamente a como ocorre essa objetivação da Vontade, pois o caráter empírico é uma manifestação da Vontade a partir do caráter inteligível e, por isso, ele é uma objetividade mediata. Nas palavras do filósofo:

[...] foi Kant, todavia, cujo mérito a este respeito é em especial magnânimo, o primeiro a demonstrar a coexistência dessa necessidade com a liberdade da vontade em si, isto é, exterior à aparência, estabelecendo a diferença entre caráter inteligível e empírico: a qual conservo por inteira: conquanto o primeiro é a vontade como coisa em si na medida em que aparece num determinado indivíduo e num determinado grau, e o segundo é esta aparência mesma tal qual ela se expõe temporalmente em modos de ação e já espacialmente na corporização. [...] que o caráter inteligível de cada ser humano deve ser considerado como um ato extratemporal, indivisível e imutável da vontade, cuja aparência, desenvolvida e espraída em tempo, espaço e em todas as formas do princípio de razão, é o caráter empírico como este se expõe conforme a experiência, vale dizer, na conduta e no decurso de vida de alguém (SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 334-335).

Essas manifestações originadas de forma imediata da Vontade ocorrem em todo o mundo como representação. Podemos perceber isso pelas seguintes observações feitas por Roger (2013, p. 12):

Essas manifestações originárias da Vontade são chamadas “Forças” no mundo inorgânico, “Espécies” no reino da vida e “Caracteres inteligíveis” no homem, que aparece, no tocante a isso, “como uma manifestação particular e caracterizada da vontade, em certa medida como uma Ideia particular”.

Desse modo, podemos perceber que apesar das objetividades imediatas da Vontade se darem em todo o mundo como representação, Schopenhauer as nomeia de forma diferente. Por isso, o filósofo chama a manifestação imediata da Vontade que ocorre no mundo inorgânico de “força” e, as que se dão nos reinos da natureza viva, de “espécies”. E, diferenciando o ser humano dos demais, o pensador chama este ato originário da Vontade que nele se objetiva de “caráter inteligível”.

Assim, o caráter inteligível confunde-se com a Ideia. A Ideia consiste numa objetividade imediata da Vontade. Podemos perceber uma identidade entre Ideia e caráter inteligível, pelo fato de que tal caráter também é uma objetividade imediata da Vontade. Desta forma, o caráter inteligível pode ser entendido como sendo certa Ideia que se manifesta no modo de ser dos indivíduos. Nas palavras de Debona (2013, p. 65):

Após a fundação da metafísica da Vontade, o caráter inteligível continuará sendo tomado, em alguma medida, como ato de vontade, mas será enfatizado muito mais enquanto “uma *Ideia* particular, correspondendo a um ato especial de *objetivação da Vontade*”. (grifos do autor)

Debona apresenta duas características que marcam o caráter inteligível desde os primeiros escritos de Schopenhauer, que são a imutabilidade e a liberdade. Essas duas noções foram identificadas antes do entendimento da essência do mundo como Vontade e continuam a ser defendidas após esse entendimento sobre a Vontade. Neste sentido, Debona (2013, p. 68) afirma que “algumas atribuições fundamentais do caráter inteligível continuarão as mesmas: ao passar a ser tomado como *Ideia*, ele continua sendo um caráter *livre e imutável*” (grifo do autor).

Afirmar que o caráter inteligível é imutável e livre significa dizer que ele é um ato que não depende das determinações das motivações ou causalidades. Este é um ato transcendental, ou seja, algo que se origina da Vontade e nada o pode condicionar a ser algo outro do que ele é. Assim, este ato determina o sujeito de tal modo que nenhuma ação do mundo como representação o faz mudar as suas aspirações últimas. Debona, ao se referir à imutabilidade do caráter inteligível afirma que:

Apesar dos contornos que esse caráter pode receber, de acordo com uma experiência variegada de vida e figurações diversas, cada um está preso à própria consciência como à própria pele. Por conseguinte, ninguém pode fugir de sua individualidade, por mais que as realidades externas variem (DEBONA, 2008, p. 40).

Nesse sentido, Schopenhauer chama o caráter inteligível de atemporal. Isto significa dizer que tal caráter não está submetido ao princípio de razão e, desse modo, ele sempre será o mesmo por mais que as circunstâncias sejam diferentes. Assim, cada pessoa tem seu caráter inteligível e, por mais que as circunstâncias sejam diferentes, tal caráter não muda. O caráter inteligível está relacionado com a forma pela qual a Vontade quis ser em cada ser humano; desse modo, não são as condições do princípio de razão que dão forma ao caráter inteligível, mas é a própria essência em si do mundo que o faz se determinar em cada pessoa. Nas palavras de Staudt (2007, p. 282), “em cada homem, as ações são determinadas por sua índole mais íntima, o caráter inteligível [...]. A vontade é como quer e quer como é. Não são as ações que determinam o caráter, mas o caráter se revela na ação”.

O caráter que tem relação com as circunstâncias em que o indivíduo vive é o caráter empírico. Este é uma objetividade da Vontade no âmbito da personalidade que surge a partir do caráter inteligível, no entanto tal objetividade está baseada nas condições em que as pessoas estão envolvidas. Nesse sentido, pode-se dizer também que o caráter empírico é a manifestação do caráter inteligível na esfera do princípio de razão:

Contudo, por mais variado que seja o influxo, o caráter empírico, exprimindo a si no decurso de uma vida, e não importando como se conduza, tem de expor exatamente o caráter inteligível, na medida em que este se adapta faticamente em sua objetivação ao estofo previamente dado das circunstâncias – De fato, o decurso de vida de alguém é essencialmente determinado pelo seu caráter, mas também influenciado pelas circunstâncias exteriores; e temos agora de reconhecer, algo análogo se dá quando a vontade, nos atos originários de sua objetivação, determina as diversas Ideias nas quais se objetiva, ou seja, as diversas figuras de seres naturais de cada espécie nas quais distribui a sua objetivação e que, necessariamente, têm de ter uma relação entre si na aparência (SCHOPENHAUER, 2015a, § 28, p. 184-185).

O caráter empírico pode ser percebido quando se observa o modo de ser das pessoas, pois ele se expressa no comportamento dos indivíduos humanos. Desse modo, as pessoas agem conforme o seu caráter inteligível, mas tal ação não deixa de levar em conta as circunstâncias que lhes sejam apresentadas, constituindo, dessa forma, o jeito de cada um se comportar diante da vida. Assim, o caráter empírico pode ser entendido como o modo como as pessoas se comportam no tempo e no espaço e à luz do entendimento.

Assim, as ações podem ser ora de um jeito, ora de outro, a depender da situação, mas elas são a expressão de um mesmo caráter que é o caráter inteligível. As pessoas não se comportam da mesma forma como quando eram crianças, sendo correto dizer que, ao decorrer da vida, o modo de proceder das pessoas passa por diversas mudanças. No entanto, essas diferentes formas de agir são exemplos de como os comportamentos se alteram sem contradizer a tese de que aquilo que fundamenta cada agir dos indivíduos – ou seja, o caráter inteligível – é imutável. Desta forma, as ações das pessoas seguem sempre o mesmo fundamento e, apesar de poder parecer que o caráter mude, o que na verdade ocorre é a mudança exterior do comportamento, permanecendo o mesmo caráter inteligível:

Os gregos denominavam o caráter ἥθος e a exteriorização do caráter, isto é, os costumes, ἥθη; esta palavra, todavia, vem de ἔθος, hábito, escolhida

para expressar metaforicamente a constância do caráter pela constância do hábito. [...] Na doutrina religiosa cristã encontramos o dogma da predestinação como resultado da eleição ou não eleição pela graça (Romanos 9, 11-24), o qual é manifestamente derivado da intelecção de que o ser humano não muda; antes, a sua vida e conduta, o seu caráter empírico, são apenas o desdobramento do caráter inteligível, são apenas o desenvolvimento de decididas e imutáveis disposições já reconhecíveis na criança; a conduta, por assim dizer, está fixamente determinada desde o nascimento e no essencial permanece a mesma até o fim da vida (SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 339-340).

Além do caráter inteligível e do empírico, Schopenhauer também defende que existe o caráter adquirido. Esse consiste em um caráter diferente dos dois anteriormente apresentados. Segundo o filósofo, trata-se de um caráter obtido na relação com o mundo mediada pela reflexão sobre a experiência com o próprio caráter sobre o que se é e se pode realizar ao longo da vida:

Ao lado do caráter inteligível e do empírico deve-se ainda mencionar um terceiro, diferentemente dos dois anteriores, a saber o *caráter adquirido*, que se obtém na vida pelo comércio com o mundo e ao qual é feita referência quando se elogia uma pessoa por ter caráter ou se a censura por não o ter (SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 350-351; grifo do autor).

Kant aparentemente traz essa noção de caráter adquirido, o que levanta a possibilidade de tal caráter também ser, na filosofia de Schopenhauer, uma herança de Kant. Debona (2013, p. 141) traz essa questão ao descrever que Kant na obra *Antropologia de um ponto de vista pragmático* apresentou a possibilidade de as pessoas adquirirem um caráter, mas não desenvolveu essa noção. Assim, o fato de que Schopenhauer foi um discípulo de Kant explica por que a noção que ele tem de caráter adquirido se assemelha à noção trazida por Kant de que o ser humano pode vir a adquirir um caráter.

O caráter adquirido é o conhecimento mais perfeito que o ser humano possa vir a ter sobre a própria individualidade. Tal caráter está relacionado a um conhecimento que as pessoas podem ter a respeito de si mesmas, no entanto é um conhecimento mais depurado, ou seja, mais completo que a medida do conhecimento comum que as pessoas têm sobre si mesmas:

Assim como só pela experiência nos tornamos cônscios da inflexibilidade do caráter alheio e até então acreditávamos de modo pueril poder através de representações abstratas, pedidos e súplicas, exemplos e nobreza de caráter, fazê-lo abandonar seu caminho, mudar seu modo de agir, renunciar ao seu modo de pensar, ou até mesmo ampliar suas capacidades; assim também se passa conosco. Temos primeiro de apreender pela experiência

o que queremos e o que podemos fazer: pois até então não o sabemos, somos sem caráter, e muitas vezes, por meio de duros golpes exteriores, temos de retroceder em nosso caminho. – Mas se finalmente aprendemos, então alcançamos o que no mundo se chama caráter, o *caráter adquirido*. Este nada mais é senão o conhecimento mais acabado possível da própria individualidade: trata-se do saber abstrato e distinto das qualidades invariáveis do nosso caráter empírico, bem como da medida e direção das nossas faculdades espirituais e corporais, logo, trata-se de saber dos pontos fortes e fracos da nossa individualidade (SCHOPENHAUER, 2015a, § 55, p. 353; grifo do autor).

Esse conhecimento constituinte do caráter adquirido – ou seja, o conhecimento da própria individualidade – se refere a um saber sobre o que o indivíduo quer e do que ele pode fazer. Isso significa dizer que esse indivíduo, por meio da experiência de vida, conquistou um conhecimento aperfeiçoado sobre suas aspirações e sobre suas fraquezas. Assim, não se trata de um mero conhecimento sobre si mesmo, mas uma forma de saber agir de maneira ordenada, ou seja, praticando a sabedoria de vida.

Iremos, no próximo tópico, explicar mais detalhadamente o caráter adquirido levando em consideração que ele consiste em uma sabedoria de vida ou uma razão prática para se chegar a alguma forma de felicidade. Com esse esclarecimento poderemos, em seguida, também analisar em que consiste essa felicidade obtida pelo caráter adquirido.

3.2. Sabedoria de vida, razão prática e a felicidade pela aquisição do caráter

O caráter adquirido pode ser entendido como uma sabedoria de vida. Nesse sentido, tal caráter consiste em um saber viver conquistado mediante a vivência e é um saber que está relacionado com o conhecimento que o indivíduo tem sobre si mesmo a respeito de seus poderes e fraquezas. Não se trata de um saber obtido apenas por raciocínios; a experiência de vida é fundamental para conquistar o caráter adquirido ou a sabedoria de vida:

Nesse sentido, dentro de si uma pessoa pode encontrar todas as diferentes habilidades humanas, mas como cada caráter inteligível traz consigo traços específicos, apesar de revelar uma natureza comum a todos, torna-se difícil saber sempre o que tal pessoa quer e pode fazer em meio a tantas coisas. Por isso cada individualidade não pode ser totalmente clara sem o concurso da experiência de vida (DEBONA, 2010, p. 225).

Como o caráter adquirido é conquistado a partir das experiências de vida, podemos perceber que as pessoas não nascem com tal caráter e, desse modo, não conseguem saber o que elas querem e conseguem fazer. Desta forma, elas não têm o conhecimento delas mesmas a respeito de seu querer e daquilo que podem realizar. Também não é possível conquistar esse saber por uma mera experiência de vida. Somente ao longo de uma considerável vivência pode ser possível adquirir um conhecimento que tem por base o saber relacionado ao que se quer e pode fazer. Assim, é com as experiências de vida refletidas que cada pessoa tem a possibilidade de conhecer a si mesma.

Desta forma, com a experiência de vida as pessoas podem perceber que tipo de inclinações têm, bem como seu possível poder de conseguir realizar tais inclinações. Assim, as pessoas podem alcançar um conhecimento a respeito delas mesmas, conhecimento esse que se refere às suas qualidades e limitações, consistindo nisso o caráter adquirido. Nesse sentido, Debona (2013, p. 143) afirma que o caráter adquirido é sinônimo de autoconhecimento.

Convém destacar que o conhecimento que as pessoas podem ter de si mesmas consiste em um conhecimento abstrato (cf. DEBONA, 2013, p. 149-150). Desta forma, esse conhecimento se diferencia daquele que ocorre com a negação da Vontade, pois, neste caso, o conhecimento é intuitivo e, desse modo, não adquirido por experiência de vida, mas simplesmente surge e não pode ser comunicado. Por outro lado, afirmar que o conhecimento que ocorre pela experiência de vida é abstrato significa que tal conhecimento é passível de ser formulado pela razão, bem como pode ser comunicado; assim, ele é um conhecimento aprendido ao longo da experiência de vida a respeito dos pontos fortes e fracos da personalidade da pessoa que obteve tal saber.

Assim, essa aquisição da sabedoria de vida é possível para o ser humano devido a este ter a capacidade da razão. A sabedoria de vida é fruto da experiência de vida, porém é por meio da razão que cada indivíduo humano consegue fixar em seu intelecto o saber sobre aquilo que quer e pode fazer. Referindo-se ao que seja a sabedoria de vida, Moraes (2016, p. 194) afirma “trata[r]-se do uso da razão não para produção de motivos abstratos e renovados objetos de desejo, mas para o esclarecimento da vontade acerca do que ela quer e pode efetivar”.

Nesse sentido, Debona (2008, p. 29-30) esclarece que a capacidade racional do ser humano também raciocina sobre a ação. Ela não se prende apenas ao plano da abstração dos conceitos, mas também se volta para refletir sobre a melhor forma de agir. Assim, a razão em Schopenhauer não é apenas teórica, mas também é prática. A razão em Schopenhauer serve para formar conceitos e também para aplicar os conceitos à vida cotidiana. Nesse caso, o ser humano usa das noções conceituais que foram captadas pela própria razão sobre o seu modo de viver. Desse modo, o ser humano possui uma razão prática que lhe possibilita ter um autoconhecimento.

Schopenhauer recusa que a razão possa ser prática no sentido de razão que prescreve normas que possam moldar o caráter (cf. SCHOPENHAUER, 2015a, § 53, p. 313). A razão prática para o nosso filósofo refere-se ao aprendizado que cada pessoa possa ter a respeito de si mesmo que possibilita conduzir-se ao longo da vida. Em Schopenhauer a razão prática não é entendida da mesma forma como Kant a entende (cf. LEFRANC, 2007, p. 144-147). Se em Kant a razão prática está voltada para o agir moral, em Schopenhauer está voltada para a noção de caráter adquirido.

O objetivo da sabedoria de vida consiste em chegar a uma felicidade possível. Schopenhauer definiu isso desde antes mesmo de produzir *O mundo como vontade e como representação*, a sua obra principal. De acordo com Debona (2013, p. 137), num trecho de 1814, Schopenhauer definiu quase de forma definitiva o que seria a sabedoria de vida, entendendo-a como um meio de chegar a alguma felicidade que se possa alcançar ou, nas palavras do próprio comentador, “como um recurso para o alcance de uma felicidade possível”. Assim, vemos que a finalidade da sabedoria de vida é chegar a uma felicidade que seja atingível e esse objetivo também se reflete na noção de caráter adquirido. O caráter adquirido é um saber que está relacionado com o modo de conseguir viver uma felicidade possível.

Desta forma, a possibilidade de uma vida feliz se deve ao fato de o ser humano poder adquirir um caráter. O indivíduo humano tem um caráter determinado, que não pode ser mudado – trata-se aí do caráter inteligível e empírico. O caráter empírico não pode ser mudado não por ser um ato originário da vontade, como o inteligível, mas por consistir em algo efetivo já realizado. Nesse sentido, o caráter empírico pode ser entendido como a experiência do que já se fez. Mas, apesar disso, ainda é possível conquistar um terceiro tipo de caráter, o caráter adquirido,

caráter esse que é conquistado a partir da vivência submetida à reflexão e consiste num autoconhecimento. Esse conhecimento a respeito de si mesmo consiste em saber aquilo que o próprio indivíduo quer e as limitações a que ele está sujeito, possibilitando alcançar uma felicidade de que seja capaz.

Convém destacar que ter um caráter adquirido consiste em um acontecimento em que não há mudança do caráter, algo que é impossível segundo o filósofo. Também não se trata de uma supressão do caráter como no caso da negação da Vontade. Nesse sentido, o indivíduo conquistou uma regularidade das ações com a vivência, adquiriu um caráter, caráter esse que nem suprime e nem substitui o caráter inteligível ou o empírico. O caráter adquirido faz com que o indivíduo busque por novos meios o que realmente quer e pode alcançar, mas de modo adequado às suas próprias forças. Em Schopenhauer, o caráter não pode ser mudado, porém os meios para atingir o que o caráter pede podem ser adequados. O caráter é incorrigível, sempre tenderá para aquilo que a Vontade lhe determinou. Mas, devido à capacidade de razão, o ser humano pode adquirir um aprendizado sobre como conduzir-se na vida. Nas palavras de Staudt (2007, p. 285), “o coração do homem permanece incorrigível, o que se pode fazer é aclarar a cabeça, instruir a inteligência para mudar a escolha dos meios, mas não o próprio querer, pois fins gerais cada vontade os põem de acordo com sua natureza originária”.

No texto *Aforismos para a sabedoria de vida*, o filósofo entende a sabedoria de vida como a arte de conduzir a vida de forma que seja a mais agradável e feliz que se possa alcançar (SCHOPENHAUER, 2006, p. 1). Como a sabedoria de vida equivale ao caráter adquirido, podemos perceber que essa vida agradável e feliz consiste em uma conquista advinda do caráter adquirido, ou seja, se refere a uma felicidade passível de ser atingida mediante o autoconhecimento.

Buscaremos compreender a felicidade possível pela conquista do caráter adquirido analisando a eudemonologia de Schopenhauer. Assim, de início, podemos destacar que a eudemonologia de nosso filósofo é composta por três partes. A primeira delas se refere à definição dos bens da vida humana, bens estes que são aqueles que levam à “vida feliz”. A segunda parte traz exortações e máximas para as pessoas se orientarem no seu viver a fim de alcançarem a felicidade pelo caráter adquirido. A terceira parte é destinada a analisar os aspectos das diferentes idades da vida.

Em relação aos bens da vida humana, Schopenhauer os divide em três classes: o primeiro deles está relacionado com o que se é, o segundo se refere ao que se tem e o terceiro diz respeito ao que se representa (cf. SCHOPENHAUER, 2006, p. 3). Esses três tipos de bens são como que condições ou aspectos da vida que determinam a sorte das pessoas. Com relação àquilo “que se é”, está envolvida a personalidade, ou seja, o modo de ser; trata-se do próprio caráter inteligível que cada um traz consigo. São exemplos de bens que pertencem a esta classe: a saúde, a força, a beleza, o temperamento, a inteligência. Já em relação àquilo “que se tem”, trata-se da posse de bens exteriores. A classe de bens denominada “aquilo que se representa” está relacionada às opiniões dos outros, isto é, refere-se àquilo que alguém venha a ser para os outros. Pertencem a esta classe a honra, a posição e a glória.

Em relação à felicidade com aquilo que “alguém é”, ou a personalidade, o filósofo destaca que ela é mais essencial do que a posse de bens ou do que a pessoa possa ser para os outros (cf. SCHOPENHAUER, 2006, p. 8-13). Schopenhauer afirma que isso pode ser observado em tudo. Demonstraremos aqui que “o que se é” contribui mais para a felicidade pelo fato de que uma pessoa espiritualmente rica na solidão consegue se divertir com os próprios pensamentos e fantasias, enquanto que uma pessoa que não tem riqueza espiritual não consegue espantar nem o sofrimento do tédio. Outro fato mostrado pelo filósofo é o de que pessoas de bom caráter, moderadas e brandas sentem satisfação na adversidade, enquanto aqueles de caráter cobiçoso, invejoso e mau não se contentam nem na riqueza. Dessa forma, Schopenhauer entende que o primordial e mais essencial para a felicidade é aquilo que “alguém é”, ou a personalidade, pois ela está presente e se reflete em qualquer circunstância. Ela não está submetida à sorte e ninguém a pode arrancar como é o caso das outras duas classes de fontes de felicidade (“o que se tem” e “o que se representa”). Em relação à análise sobre a riqueza, Schopenhauer ainda esclarece que aqueles que venceram a necessidade se sentem tão infelizes quanto aqueles que lutam contra ela. Dessa forma, dentre essas pessoas que não cultivaram a espiritualidade, o vazio que sentem as faz procurar companhias para, juntas, se divertirem com passatempos que, de início, são os deleites sexuais e, por fim, termina na devassidão.

Assim, o próprio caráter é a única fonte verdadeira de duradoura felicidade (cf. SCHOPENHAUER, 2006, p. 30-31). As fontes de felicidade que estão não na

própria pessoa, mas fora dela, são inseguras, de pouco deleite em relação à felicidade do “que se é” e ainda dependem da sorte. Tais fontes podem se acabar, pois elas não estão sempre à disposição das pessoas. Além disso, na velhice, quase todas as fontes externas de felicidade se esgotam, pois nesse período acabam o amor, os prazeres e a sociabilidade. Também ocorre de amigos e parentes morrerem. Mas a fonte interna de nossa felicidade dura por todo o tempo, mesmo na velhice. Segundo Schopenhauer, a melhor sorte que uma pessoa possa ter é possuir uma individualidade meritória e rica e ainda muita inteligência.

No entanto, vale destacar que tanto as riquezas como a boa imagem possuem valor para a felicidade. Schopenhauer afirma que estas duas últimas fontes de felicidade são importantes, mas são inferiores se comparadas aos bens da primeira fonte (cf. SCHOPENHAUER, 2006, p. 10). Também vale destacar que os bens advindos “daquilo que alguém tem” e “daquilo que alguém representa” podem não ser tirados imediatamente pelo tempo e, além disso, essas duas classes de bens são passíveis de serem encontradas nos objetos.

Em relação aos bens “daquilo que se é” podemos destacar a jovialidade, pois, segundo Schopenhauer (2006, p. 16-17), o que de modo mais imediato traz felicidade é a jovialidade do ânimo ou a alegria – estas não podem ser substituídas por nada; se uma pessoa as possui, é feliz em qualquer condição. De acordo com Barboza (2012, p. 47), “de nada adianta alguém ser belo, rico, estimado se não for jovial; ao contrário, se for jovial, então é indiferente se é belo, jovem ou rico”. Desse modo, Schopenhauer recomenda acolher a jovialidade toda vez que ela surgir, pois ela sempre chega em boa hora.

Outra fonte de felicidade “daquilo que se é” é a saúde. Esta é a que mais contribui para a jovialidade, por isso Schopenhauer recomenda conservar um elevado grau de saúde. E assim, para ter saúde, ele alerta para evitar o excesso em tudo e recomenda que se pratique exercícios físicos ao ar livre, se tome banho de água fria, entre outras medidas de cuidado com o corpo semelhante a estas:

Por conseguinte, deveríamos antes de tudo nos esforçar para conservar um grau elevado de perfeita saúde, de cuja florescência brota a jovialidade. Os meios para atingir tal objetivo são, como se sabe, evitar todo excesso e toda extravagância, movimento de ânimo veemente e desagradável, além de todo esforço espiritual demasiado grande ou duradouro [...]. Se houver uma ausência quase completa do movimento externo, como ocorre na maneira de vida sedentária de inúmeras pessoas, então nascerá uma desproporção gritante e perniciosa entre a calma exterior e o tumulto interior, pois até o

constante movimento interior quer ser apoiado pelo exterior (SCHOPENHAUER, 2006, p. 18-19).

O motivo para se recomendar movimentos físicos diários para manter a saúde justifica-se pelo fato de que o movimento interior do corpo necessita de movimentos exteriores para que haja harmonia entre ímpetos do querer e sua expressão, pois, caso contrário, se tem inquietude. A Vontade na natureza é movimento, ímpeto de realização. Desse modo, os órgãos do corpo estão em um movimento involuntário, rápido e constante como o bater do coração, o puxar e soltar o ar dos pulmões, os movimentos intestinais, a assimilação e secreção das glândulas, entre outros. Esse movimento necessita ser acompanhado por exercícios físicos, sem o que temos um desequilíbrio entre o movimento dos órgãos internos do corpo e a calma exterior do corpo, podendo até chegar ao ponto de as emoções abalarem fortemente o corpo. Assim, os exercícios físicos proporcionam harmonia em todo o corpo e entre este e a vontade.

A nossa felicidade depende e muito do estado de saúde. Segundo Schopenhauer, podemos perceber isso pelo fato de que, com saúde, tudo é aprazível e, sem a saúde, nenhum bem exterior é desfrutável e os bens subjetivos são atrofiados ou indisponíveis. Por isso, o filósofo entende que “a saúde é, de longe, o elemento principal para a felicidade humana. Por conta disso, resulta que a maior de todas as tolices é sacrificá-la seja pelo que for” (SCHOPENHAUER, 2006, p. 20). Desse modo, o filósofo entende que a saúde é mais importante que dinheiro, fama ou prazeres.

Para Schopenhauer, a saúde supera em muito os bens exteriores. Esta superação chega a tal ponto que um mendigo saudável chega a ser mais feliz que um rei doente (SCHOPENHAUER, 2006, p. 8). Ainda segundo o filósofo, nem a riqueza nem a posição social conseguem substituir um temperamento calmo e jovial, ou um entendimento lúcido, vivo e perspicaz que venha de uma saúde perfeita e de uma boa organização.

Já em relação à compreensão do que “se tem” como sendo um bem é entender que a riqueza, o dinheiro, são fatores determinantes para a felicidade humana. Desta forma, o dinheiro contribui para garantir um bem-estar, sendo, assim, um bem. Em outras palavras, o dinheiro tem valor para se ter uma vida feliz porque, por meio dele, as pessoas são capazes de se proteger contra diversas situações que trariam sofrimento. É graças à riqueza que várias pessoas podem não depender

de serviços públicos precários, de poder ter acesso facilitado a tratamentos dispendiosos etc. Desta forma, o dinheiro pode garantir a libertação de muitas atribulações, constituindo-se como um bem. “A *fortuna da qual dispomos* deve ser considerada como um muro protetor contra os muitos possíveis males e acidentes, não como uma permissão ou, menos ainda, como uma obrigação de sair à procura dos prazeres do mundo” (SCHOPENHAUER, 2006, p. 52; grifo do autor).

Podemos perceber que o dinheiro ou a riqueza, em Schopenhauer, têm valor enquanto servem para livrar dos males que surgem ao longo da vida, porém não têm valor enquanto meios para obtenção de prazeres. Isso significa dizer que, para Schopenhauer, o dinheiro ou a riqueza são um bem porque permitem livrar-se de várias dores, não porque permitam certos gozos. A fortuna, para o nosso filósofo, é para ser usada como um meio de se ter uma vida feliz livrando-se de diversas dores que seriam evitadas por seu intermédio. A obtenção de prazer com a riqueza é algo que não deve ser considerado como uma aquisição de mais felicidade. Como a vida é sofrimento, a satisfação dos desejos (isto é, a obtenção de prazer) não é um bem durável, mas apenas uma breve libertação do sofrimento. Desta forma, o prazer não consiste em uma felicidade pela sabedoria de vida, mas é algo que não proporciona felicidade, de maneira que a busca pela aquisição de contentamento com o dinheiro é uma busca vã.

Mais do que um simples bem, a riqueza é entendida por Schopenhauer como um grande bem. Nas palavras do próprio filósofo, “só o dinheiro é o bem absoluto, porque ele combate não apenas *uma* necessidade *in concreto*, mas *a* necessidade em geral, *in abstracto*” (SCHOPENHAUER, 2006, p. 52; grifo do autor). O dinheiro é algo que permite satisfazer qualquer necessidade que venhamos a sentir ao longo da vida, daí o filósofo compreender que “o que se tem” é um bem de grande valor. Podemos dizer que comida, bebida, vestuário não são um bem de grande valor, pois elas apenas saciam respectivamente a fome, a sede, a necessidade de vestimenta; mas o ser humano tem outras necessidades que a comida, a bebida, a vestimenta não resolvem, mas com dinheiro se resolveria. O dinheiro possibilita adquirir diversos bens diferentes, por isso, com o dinheiro, podemos satisfazer muitas de nossas necessidades, pois com ele podemos comprar muitas coisas de que precisamos para viver.

No entanto, Schopenhauer observa que há pessoas que não conseguem perceber o valor da riqueza e confiam demais em si mesmas ou na sorte. Podemos

perceber isso nos casos de pessoas que confiam muito nos seus talentos e, com isso, não preservam a riqueza conquistada, acreditando que, com os seus dotes, sempre conseguirão ganhar mais dinheiro. Mas esses talentos podem se acabar e, com isso, cair-se na miséria. Devido a essa fraqueza que algumas pessoas têm de não valorizar o dinheiro que ganham, Schopenhauer recomenda ter cuidado para não perder os bens, sejam herdados ou conquistados ao longo da vida. Vale destacar que o filósofo afirma que quem herda uma fortuna deve sempre buscar conservá-la. Podemos perceber isso na vida do próprio pensador, pois, tendo herdado uma fortuna, soube administrá-la de tal modo que viveu toda a vida do sustento de sua herança. Segundo Schopenhauer, os herdeiros de riquezas valorizam seus bens devido ao fato de que tal riqueza é considerada por eles como algo essencial para viverem (SCHOPENHAUER, 2006, p. 53).

Aquilo que alguém representa para o outro proporciona uma vida agradável e feliz porque os sinais de aprovação consolam as pessoas da infelicidade existente. Esses sinais de aprovação podem ser uma honraria, uma homenagem, um elogio etc. Podemos observar que esses sinais de aprovação consolam as pessoas quando, por exemplo, um elogio faz com que alguém passe a ter uma perspectiva positiva a respeito de si mesmo. Nesse caso, o elogio pode levantar a autoestima das pessoas fazendo com que elas passem a perceber a si mesmas e o mundo não na sua perspectiva real.

Nas palavras do filósofo: “Os sinais de aprovação dos outros amiúde o consolam da infelicidade real ou da parcimônia com que fluem para ele as duas fontes principais de nossa felicidade” (SCHOPENHAUER, 2006, p. 61). Podemos entender que a preservação da imagem perante as outras pessoas proporciona o respeito destas por aqueles que tenham uma boa imagem, fazendo com que estes evitem sofrer com o desprezo de outras pessoas. Desta forma, não ter uma imagem boa de si mesmo na mente de outras pessoas pode se tornar um motivo para que as outras pessoas tenham juízos depreciativos a respeito de quem não valoriza sua própria imagem, ocorrendo de sofrermos com as consequências desses juízos. Já a boa imagem pode levar as pessoas a terem bons juízos a respeito de quem cuida da sua imagem, pois tal imagem se torna um motivo para a formulação dos “bons” juízos. Com isso, tem-se uma saída para evitar o sofrimento por injúrias. Assim, a conservação da sua representação na mente de outras pessoas pode fazer com que se evite sofrer com as “más línguas”.

“Aquilo que se representa” tem pouco valor em relação às outras duas rubricas. “Aquilo que alguém é” e “aquilo que alguém tem” são de um valor muito maior em relação àquilo que “alguém representa”, pois os dois primeiros dependem da própria pessoa, ao passo que a terceira rubrica depende dos outros, isto é, da avaliação dos outros. Desse modo, a nossa boa imagem na mente das outras pessoas contribui menos para a felicidade que “aquilo que se é” e “se tem”. Assim, a saúde, os meios para a conservação, uma vida sem preocupações são mais importantes para a felicidade do que honras, glórias etc. Nas palavras do filósofo,

[...] será de grande contribuição para nossa felicidade se, com o tempo, conseguirmos finalmente compreender que cada um vive, antes de mais nada e efetivamente, em sua própria pele e não na opinião de outrem, e que, em conformidade com isso, nossa condição real e pessoal, tal como determinada pela saúde, pelo temperamento, pelas capacidades, pelos rendimentos, pela mulher, pelos filhos, pelos amigos, pela residência etc., é cem vezes mais importante para a nossa felicidade do que aquilo que aos outros agrada fazer de nós. A ilusão contrária nos torna infelizes (SCHOPENHAUER, 2006, p. 64).

Desta forma, Schopenhauer considera que é uma grande insensatez sacrificar aquilo que está relacionado ao que somos e temos para conseguir ter uma boa representação na mente das outras pessoas. Pois, sendo aquilo que “se é” e “tem” de valor superior em relação àquilo que representamos para a obtenção de uma vida agradável, trocar esses dois bens pela boa imagem é preferir ter uma vida mais sofrida.

Desse modo, podemos perceber que a felicidade atingível pela aquisição do caráter consiste em ser menos infeliz. Buscando preservar a boa imagem – ou seja, cuidando do “que se representa” – possibilita-se não a aquisição do contentamento, mas livrar-se de sofrimentos como os que vêm junto com as injúrias. O mesmo ocorre com “aquilo que se é”, pois, nesse caso, o “que se é” contribui para a felicidade porque proporciona não sofrer com certas dores relacionadas à falta de cuidado com a própria individualidade, como as doenças causadas por falta de medidas dietéticas. Não é possível fazer nada com relação ao que os outros são, mas, quanto ao que nós mesmos somos, conhecendo-o, poderemos viver de modo mais adequado à nossa própria natureza individual. Assim, também, “aquilo que se tem” proporciona felicidade porque com dinheiro as pessoas conseguem os meios necessários para evitar os sofrimentos minimizáveis pela aquisição de bens materiais, serviços e outras comodidades. A possibilidade de não ter de se

preocupar tanto com a própria sobrevivência pode garantir tempo e paz de espírito para outras atividades mais elevadas, para o corpo como para o espírito. Uma pessoa menos atarefada tende a ser menos assaltada pelas inquietações, devendo, contudo, escapar ao tédio, evitando o vazio. Assim, ser feliz, na eudemonologia de Schopenhauer, é ser menos infeliz. Isto significa conseguir viver de forma que se evite cair em certos sofrimentos para, assim, poder viver de forma suportável em meio à vida de sofrimento.

Essa noção de felicidade como ser menos infeliz pode ser mais bem constatada na segunda parte da eudemonologia do filósofo, parte esta em que se encontra a apresentação das exortações e máximas. Como diz Barboza (2006a, p. XIV) “os conselhos nos ajudam a desviar de muitas desgraças, para assim atingirmos uma intensidade menor de sofrimento e sermos menos infelizes até onde nos é permitido”.

Em relação ao conteúdo das exortações e máximas podemos observar inicialmente que Schopenhauer não pretende trazer ao conhecimento das pessoas todas as máximas que já foram formuladas ao longo dos tempos. Seu objetivo com a apresentação das suas máximas é de trazer algumas orientações que têm como base a máxima de evitar a dor, mesmo à custa dos prazeres. Neste sentido, o ensinamento principal nas máximas de Schopenhauer consiste na recomendação para se evitar cair em alguns sofrimentos evitáveis. Isso é o que podemos constatar na primeira máxima de seus *Aforismos para a sabedoria de vida*, máxima essa em que o filósofo reconhece que o grande mérito do prudente é o de buscar a ausência da dor e não o prazer:

Considero como regra suprema de toda a sabedoria de vida uma máxima enunciada inicialmente por Aristóteles [...]. A versão latina da sentença é fraca, em alemão, ela pode receber uma tradução melhor: *Nicht dem Vergnügen, der Schmerzlosigkeit geht der Vernünftige nach* [O prudente aspira não ao prazer, mas à ausência de dor]. Ou: *Der Vernünftige geht auf Schmerzlosigkeit, nicht auf Genuß* [O prudente persegue a ausência de dor, não o prazer]. A verdade dessa máxima reside no fato de que todo prazer e toda felicidade são de natureza negativa. A dor, ao contrário, é de natureza positiva (SCHOPENHAUER, 2006, p. 140).

Nas máximas de Schopenhauer para a vida feliz não encontramos nenhuma orientação para a obtenção de prazer, mas sempre encontramos apontamentos que estão relacionadas a evitar certos sofrimentos. O filósofo não faz recomendações de procura pelos prazeres para ser feliz porque ele percebeu a sua negatividade.

Podemos entender que o prazer é apenas uma passageira ausência da dor obtida no momento da satisfação dos desejos. O que é positivo (ou seja, o que existe de real) é o sofrimento. Assim, o prazer é um bem de curta duração e algo que não acaba com o sofrimento, pois, com a satisfação dos desejos, surge logo outro desejo para ser saciado ou o tédio.

Analiseemos algumas outras máximas apresentadas por Schopenhauer nos *Aforismos...* por meio das quais podemos perceber que, no fundo, há uma recomendação para evitar a dor devido ao fato de que a felicidade que se pode alcançar refere-se a viver de forma o menos infeliz possível. Assim, ao adentrarmos o conteúdo das exortações e máximas de Schopenhauer, podemos perceber que o filósofo classifica as suas máximas da seguinte forma: “máximas gerais”, “nossa conduta para conosco”, “nossa conduta para com os outros” e “nossa conduta em relação ao curso do mundo e ao destino”.

As máximas gerais são aquelas indicadas para toda e qualquer situação. Além da primeira máxima citada anteriormente, também encontramos uma segunda em que o filósofo chama a atenção para o fato de não se deixar levar pelas aflições, pois as pessoas em quem há pouca aflição são as mais felizes. Ainda numa terceira máxima encontramos uma exortação a não se ter muitas expectativas com meios que prometem grandes felicidades. Isso significa dizer que por esperanças em grandes felicidades futuras significa correr o risco de sofrer com a infelicidade de não conseguir chegar a ter esses grandes bens esperados.

As máximas que descrevem a nossa conduta para conosco trazem orientações sobre como as pessoas devem lidar com os seus sentimentos, pensamentos, esperanças etc. para que, assim, evitem cair em alguma situação de sofrimento. Por exemplo, na quarta máxima, o filósofo exorta as pessoas a conhecerem a si mesmas, isto é, a olharem para suas atitudes passadas para poderem ter compreensão do que lhes é possível obter. Outra orientação marcante deste conjunto de máximas encontra-se na máxima nona, pois ela traz como ponto forte a ideia de bastar a si mesmo. Isso significa dizer que devemos evitar ter gozos, se tais gozos trouxerem consigo problemas. Schopenhauer recomenda também a solidão, pois, segundo o filósofo, na solidão conseguimos uma paz que em sociedade não se tem como alcançar. Essa paz pode significar o evitar alguns sofrimentos que as próprias pessoas nos impõem. No final da máxima, o filósofo

ainda esclarece que, para aqueles que não conseguem viver na solidão, pelo menos é bom manter certa distância das pessoas para evitar sofrer com os seus defeitos.

Encontramos ainda uma observação interessante nas máximas onze e doze. Segundo Schopenhauer, há sofrimentos de que não temos culpa, pois eles são sofrimentos que não conseguimos evitar. Por isso, o filósofo recomenda evitar sofrer com dúvidas sobre se agiu certo ou errado quando vierem os sofrimentos, porque há sofrimentos que nos vêm sem termos culpa. Desta forma, podemos perceber que as orientações formuladas por Schopenhauer servem para evitar certos sofrimentos. Assim, se elas forem seguidas, não garantirão uma vida sem dor, mas apenas a possibilidade de conseguir uma vida com menos sofrimentos.

O grupo das máximas relacionadas à nossa conduta para com os outros traz orientações que ajudam a evitar sofrer mediante o desvio de atitudes que provocariam conflitos com outras pessoas ou causariam sofrimentos pela falta de outras pessoas. Assim, na vigésima primeira máxima, por exemplo, temos um duplo conselho para evitar conflitos. O primeiro é de sempre ter reserva em dinheiro para eventuais problemas com outras pessoas. O segundo é o de não condenar nenhuma individualidade para evitar cometer injustiças e conflitos. Segundo o filósofo, devemos aceitar o jeito de cada pessoa como algo que não muda. Esse segundo conselho é uma condição necessária se quisermos viver entre as pessoas. Já na máxima vinte e dois, Schopenhauer faz algumas considerações sobre encontrar pessoas que tenham o mesmo gosto pelo menos em algum ponto para poder ter amizade, pois compartilhar do mesmo gosto é algo agradável, ou seja, que alivia o sofrimento por algum momento.

No conjunto das máximas que envolvem a nossa conduta em relação ao curso do mundo e ao destino, Schopenhauer faz algumas considerações a respeito do agir para evitar certas situações de falta de sorte. Desta forma, na máxima quarenta e oito, há um alerta para o fato de que a sorte é um importante poder para o nosso bem, mas que não devemos confiar nela. Se o destino nos for favorável, devemos aceitar seus presentes de bom grado, porém não devemos ficar a esperar os benefícios do destino para melhorar de vida; temos que buscar essa melhora mesmo quando o destino for contrário. Na máxima quarenta e nove, Schopenhauer ainda orienta a não confiar na estabilidade da vida. Segundo o filósofo, temos que buscar nos precavermos dos possíveis problemas que possam vir com as mudanças

do destino. Desta forma, o filósofo recomenda que se busque imaginar o contrário do que acontece de bom no agora.

Desta forma, podemos perceber que a base das máximas de Schopenhauer encontra-se na prudência, isto é, no cuidado com a vida, cuidado esse que está relacionado à procura por evitar cair em certos padecimentos. Esta é a atitude de sabedoria que mais chamou a atenção do filósofo e o fundamento disto encontra-se justamente nessa compreensão de que o que existe de real na vida é o sofrimento e não o contentamento, sendo este apenas breve ausência de sofrimento. Desta forma, a felicidade que é alcançável é a de ser menos infeliz, ou seja, ter menos dores.

Na parte destinada a descrever as diferentes idades da vida, Schopenhauer descreve os diferentes períodos de nossa vida mostrando as mudanças que se sucedem desde a infância até a velhice. Podemos perceber que o filósofo faz uma análise dos pontos fortes e fracos da nossa infância, juventude e velhice. Entendemos que esta análise serve para termos conhecimentos a respeito de nós mesmos e para aceitarmos certas coisas que são características dos diferentes períodos de nossa vida. Com essa atitude poderemos evitar sofrer com a inconformidade relativa a pontos fracos de cada idade da vida. A não aceitação das características da idade em que estamos é fonte de dor de tal modo que pode nos impedir de aproveitar o período presente para a obtenção do bem-estar. Como diz o filósofo,

Durante toda a vida, sempre possuímos apenas o *presente*, e nada mais. A única diferença é que, no começo, vemos um longo futuro diante de nós e, no fim, um longo passado atrás de nós. Também o nosso temperamento, não o caráter, percorre mudanças bem conhecidas, sendo que a cada uma se origina uma coloração diversa do presente (SCHOPENHAUER, 2006, p. 247; grifo do autor).

Como podemos perceber, o filósofo afirma que as mudanças que ocorrem no decorrer de nossa vida se referem ao temperamento. O caráter permanece o mesmo por toda a vida, no entanto, a forma como o caráter é expresso varia de acordo com a mudança de idade. Essa mudança na expressão do caráter é algo natural, e está relacionada à mudança da idade. Com o passar dos anos as pessoas adquirem formas diferentes de perceber a vida: à medida que a morte se aproxima, por exemplo, novas perspectivas sobre a vida são tomadas e, com isso, tem-se a

mudança de comportamento, mas tal mudança é apenas uma forma diferente de expressar o mesmo caráter. Nesse sentido, por mais que o tempo passe e, desse modo, a forma de agir mude, há algo da personalidade nas pessoas que permanece o mesmo, isso é o caráter.

Desta forma, a felicidade encontrada nos *Aforismos*... refere-se a viver menos infeliz:

Assim, quem quiser obter o balanço da própria vida em termos eudemonológicos, deve fazer a conta não segundo os prazeres que fruiu, mas segundo os males de que fugiu. Sim, a eudemonologia há de começar com o seguinte ensinamento: seu próprio nome é um eufemismo e, por “viver feliz”, deve-se entender “viver menos infeliz”, ou seja, de modo suportável. Decerto, a vida não está aí para ser gozada, mas para ser vencida e superada... (SCHOPENHAUER, 2006, p. 141).

Podemos perceber que, diante do exposto até aqui, para Schopenhauer, o melhor a se fazer para aqueles em quem não se deu a negação da Vontade é evitar o acúmulo do sofrimento. Portanto, o sofrimento pode ser elevado e jamais pode ser eliminado em definitivo, o que não contradiz a tese de que alguns sofrimentos podem ser evitados.

Assim, a felicidade pela sabedoria de vida está relacionada ao bem-estar, e, de acordo com Moraes, nisso se pode perceber uma diferença entre o sábio e o asceta em relação a sua finalidade na vida: o sábio busca chegar a uma vida agradável, já o asceta procura o seu mal estar. Nas palavras de Moraes (2016, p. 193), “o sábio descobre uma conduta que diz respeito, antes de tudo, a seu próprio bem-estar, ao contrário, porém, do asceta que busca o próprio mal”.

O sábio é aquele que encontra uma forma de conduzir o seu viver com a finalidade de alcançar uma vida que seja moderadamente aprazível, podendo chegar a isso quando consegue alcançar uma sabedoria de vida. Por outro lado, o asceta é aquele em quem se deu a negação da Vontade e, desse modo, alcançou uma felicidade pela negação da Vontade. Assim, o asceta busca a negação por meio da mortificação a fim de permanecer nessa felicidade que é superior à felicidade alcançada pela sabedoria de vida, pois é um acontecimento em que o sofrimento não mais afeta o sujeito enquanto a negação durar. Desse modo, no sábio há uma felicidade pela qualidade de vida e no asceta há uma felicidade pela quebra da afirmação da Vontade.

Desta forma, de acordo com Debona (2013, p. 131), “a ‘teoria da felicidade’ esboçada por Schopenhauer [...] define-se como uma *eudemonologia negativa* e por si mesma eufemística, ou seja, esforça-se por indicar noções que delimitariam um patamar ‘menos infeliz’ da existência humana” (grifo do autor). Isto significa dizer que a eudemonologia em Schopenhauer aponta para a possibilidade de uma felicidade que consiste em ser menos infeliz e, assim, apresenta orientações que ajudam a encontrar essa situação de menor infelicidade. Para o nosso filósofo, ser feliz de forma positiva não é algo possível porque todos os indivíduos se encontram numa situação de insatisfação perpétua, de tal modo que, quando alguém permanece numa situação de plena satisfação, sofre com o tédio, e, caso não esteja nesse estado de satisfação, sofre com a dor da luta pela satisfação dos desejos.

No entanto, vale destacar que não existe em Schopenhauer uma divergência tão profunda quanto anunciada entre a sua teoria metafísica-ética e a sabedoria de vida. Na sua eudemonologia, Schopenhauer consegue desenvolver uma noção de felicidade que não contradiz a sua perspectiva metafísica e ética de que a vida é sofrimento. Noção essa que consiste em ser menos infeliz, diferenciando-a das outras noções que apontam para uma ausência momentânea do sofrimento com a passagem do desejo para a satisfação e da satisfação para um novo desejo. e da noção de felicidade como sendo uma superação do sofrimento com a negação da Vontade.

De acordo ainda com Debona (2013, p. 132-133), a perspectiva da eudemonologia de Schopenhauer garante a suplementação à metafísica e à ética do filósofo. Essa suplementação ocorre da seguinte forma: “à tese metafísica de uma contradição intrínseca a uma ‘vida feliz’ *acrescenta-se* a admissão da possibilidade de uma ‘vida menos infeliz’” (DEBONA, 2013, p. 134; grifo do autor). Nesse sentido, a suplementação em relação à tese metafísica-ética de que a vida é sofrimento consiste na constatação de que há a possibilidade de uma vida feliz, mas que tal felicidade consiste em ser menos infeliz. Assim, a tese da eudemonologia de Schopenhauer de que há a vida feliz consiste apenas em termos eufemísticos, baseando-se o filósofo no erro inato que trazemos conosco de acharmos que existimos para sermos felizes, pois o que conseguimos, no máximo, é viver menos infelizes.

Assim, a eudemonologia de Schopenhauer tem como finalidade fazer com que as pessoas evitem o acúmulo de sofrimento. Nesse sentido, com a aquisição do

caráter, torna-se possível ao indivíduo evitar buscar aquilo que é incompatível com seu caráter inteligível ou seu ser individual, aquilo cuja busca só lhe traz acúmulo de sofrimentos; ou seja, buscar aquilo a que seu caráter inteligível direciona, evitando agir de determinada forma para agir de outro modo que possibilite não acumular ou atrair para si os padecimentos evitáveis.

Desta forma, uma vida agradável e feliz descrita por Schopenhauer nos seus *Aforismos...* propõe, em resumo, o desvio dos sofrimentos que podem ser evitados. Afinal, existem sofrimentos que temos como evitar por meio de alguma atitude ou forma de viver, muito embora, para Schopenhauer, sendo o sofrimento inerente à vida, ninguém pode escapar por completo de padecer. Na eudemonologia do nosso filósofo, não se trata de fazer com que a vida não seja sofrida, algo que é impossível, pois o sofrimento é da essência da vida. Também não se trata de superação do sofrimento em que o sujeito já não mais é atingido pelo sofrimento, permanecendo num estado de felicidade em que não há dor. A felicidade pela aquisição de um caráter seria, assim, uma vida menos sofrida, ou seja, uma via de evitar atrair para si sofrimentos além dos inevitáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à felicidade em Schopenhauer pudemos constatar que ela, enquanto satisfação dos desejos, ocorre apenas num transcurso entre o desejo e a satisfação. Nesse sentido, quando há a passagem de algum desejo à sua realização, tem-se a felicidade com os desejos. Essa felicidade também ocorre no momento da passagem de alguma satisfação para um novo desejo. No entanto, esse período de mudança de um desejo para uma satisfação, e/ou de uma satisfação para um desejo, ocorre por um curto período. Se houver uma prolongada duração entre satisfação-desejo-satisfação tem-se o estado de satisfação e, com isso, o sofrimento com o tédio. E se esse transcurso não ocorrer tem-se o sofrimento com os desejos a satisfazer.

Essa felicidade que ocorre nesse provisório período de desejo-satisfação-desejo é entendida por Schopenhauer como sendo uma ausência momentânea do sofrimento. O filósofo não compreende que haja aquisição de contentamento; para ele, a vida é sofrimento, podendo ocorrer de o padecimento se ausentar num período breve. Assim, o sofrimento pode ficar suspenso provisoriamente, mas nunca eliminado definitivamente. Dessa forma, é uma ilusão as pessoas terem o pensamento de que, satisfeitos os seus desejos, serão felizes – o que obterão é apenas a mudança do polo do sofrimento: se num determinado período de desejos sofria com a dor, em outro período de satisfação sofrerá com o tédio. A felicidade como aquisição de contentamento, segundo o filósofo, não existe, tratando-se de uma ilusão que naturalmente trazemos conosco – em outras palavras, é um engano que a Vontade nos legou para poder haver a busca por alguma ausência do sofrimento, e, assim, haver a afirmação da vida, pois o que existe mesmo, positivamente, é o sofrimento.

Acontece que no indivíduo humano pode ocorrer um ato contrário à afirmação da vida chamado pelo filósofo de negação da Vontade. A Vontade sempre busca afirmar-se e isso significa dizer que ela sempre está promovendo a vida. A negação da Vontade é um acontecimento em que a Vontade, negando-se, deixa de afirmar a vida pela renúncia aos prazeres. O que é destacável nesse ato de negação da Vontade é ter certa relação com a felicidade, pois, quando ocorre, surge no sujeito um estado de paz e de alegria. Essa paz e alegria podem ser entendidas como uma

felicidade, pois é um estado que tem relação com a superação do sofrimento. Nesse sentido, com a afirmação da Vontade, se tem no sujeito a perturbação pela afirmação da vida. A Vontade impulsiona o sujeito à procura de prazer, e este impulso provoca um tormento cuja fonte de alívio é ilusoriamente identificada à satisfação dos desejos, o que é impossível. Após alguma rápida ausência de sofrimento, tem-se o tormento de uma nova dor ou pelo tédio, e, com isso, não se tem o fim das inquietações. Por outro lado, com a negação, a Vontade se aquieta, e, dessa forma, os tormentos pela afirmação da vida se tornam indiferentes ao sujeito no qual houve tal negação. Os tormentos da afirmação da vida são desconsiderados a ponto de serem como algo que não existe mais.

Com a negação da Vontade o sofrimento perde, pelo tempo em que durar a negação, o poder sobre o sujeito de tal modo que nenhum padecimento o pode atormentar nesse período. Assim, com a negação da Vontade ocorre uma felicidade pela superação do sofrimento, pois o sofrimento continua existindo no sujeito, embora este já não mais se angustie. Mesmo que a negação não dure e o sujeito lute por meio das práticas ascéticas para permanecer na negação, tal luta não o angustia. Nem a hora da morte causa angústia ao sujeito no qual a Vontade se negou, pois a morte é encarada como a oportunidade da quebra definitiva da Vontade. Dessa forma, tem-se uma felicidade como superação do sofrimento com a negação da Vontade.

Mesmo havendo essa possibilidade de felicidade pela negação da Vontade, tal felicidade não está sob o poder dos indivíduos, pois essa negação é um acontecimento espontâneo, isto é, que independe do querer do sujeito, mas um ato livre da Vontade. É a própria Vontade que decide negar-se em algum indivíduo, não porque foi o indivíduo, por algum meio que partira da sua própria decisão, que preferiu negar a Vontade. Dessa forma, a superação do sofrimento pela negação da Vontade independe da decisão do sujeito. Desse modo, o acontecimento da negação da Vontade ocorre em virtude de uma intuição, não de uma deliberação. Esse conhecimento não se aprende por meio da linguagem ou de raciocínios e não tem como ser descrito. Nesse sentido, tanto faz se uma pessoa acredita num determinado dogma religioso ou noutro; o que levou à negação foi um conhecimento de âmbito metafísico e, por isso, independente da razão, pois é a Vontade que nega a afirmar a si mesma, não o indivíduo.

Se a felicidade pela negação da Vontade não está sob o poder de uma decisão voluntária das pessoas, já a felicidade que se tem a partir do momento em que a pessoa conquista o caráter adquirido é passível de ser atingida por reflexão, embora, também aqui, não tenhamos uma sujeição da vontade pelo intelecto. O caráter adquirido é um aprendizado de como conduzir-se no decorrer da vida. Esse aprendizado é conquistado ao longo da vida e consiste em saber o que se quer e pode fazer. As pessoas não nascem com tal caráter, sendo pela refletida experiência de vida que o conquistam; por isso, que o caráter adquirido é também entendido como uma sabedoria de vida. O conhecimento conquistado pelo caráter adquirido é um conhecimento abstrato, pois a conquista desse conhecimento se dá pela razão, que, neste caso, por ser utilizada na vida, podendo ser entendida como uma razão prática. Com a conquista do caráter adquirido, os indivíduos não deixam de querer aquilo a que foram determinados a querer, mas passam a buscar o que eles querem por novos meios mais adequados às suas forças e habilidades.

O objetivo desse “desvio da rota” é conseguir um modo de vida que possa ser o menos infeliz. Assim, a felicidade passível de ser atingida pela aquisição de um caráter consiste em ter menos infelicidades. Tal felicidade é aquela que vemos nos *Aforismos para a sabedoria de vida*. Os bens da vida humana apresentados nos *Aforismos...* – ou seja, “o que se é”, “se tem” e “representa” – têm como base a felicidade entendida como ser menos infeliz, pois em tais bens encontramos descrições de como evitar o sofrimento. Da mesma forma, as máximas que o filósofo traz nos *Aforismos...* estão relacionadas com o evitar acúmulos de sofrimentos por meio de atitudes prudenciais e as considerações acerca das idades da vida também apontam para que se evite sofrer com inconformidades que envolvem os aspectos próprios aos diferentes períodos da vida humana.

Desta forma, identificamos três noções de felicidade no pensamento de Schopenhauer. Uma primeira que corresponde à ausência momentânea do sofrimento, felicidade essa que ocorre no momento em que há o transcurso de algum desejo para a sua satisfação ou da satisfação a um novo desejo. A segunda se refere a um estado de superação do sofrimento que ocorre no sujeito em que a Vontade se negou. Nesse sentido, o sofrimento não deixou de existir, mas se tornou algo que é indiferente ao sujeito. A terceira noção de felicidade consiste em ser menos infeliz e ocorre com a aquisição de um caráter conforme à natureza do indivíduo. Esse caráter não livra de sofrer, mas possibilita livrar-se de alguns

sofrimentos. Nesse caso, a felicidade não consiste em uma ausência completa de sofrimento, mas em uma redução a um estado mínimo possível de padecimento. Assim, podemos perceber uma relativização do conceito de felicidade, ou seja, consiste apenas em um conceito eufemístico de felicidade, porque essa felicidade é apenas uma situação de menos infelicidade que as pessoas podem alcançar à medida que conquistam o caráter adquirido.

Levando em consideração essas noções, podemos responder ao questionamento sobre a possibilidade de ser feliz em Schopenhauer, questionamento esse cuja resposta foi o objetivo principal que essa pesquisa pretendia encontrar. Assim, em relação à noção de felicidade que se trata da ausência do sofrimento constatamos que não há possibilidade de conquista-la de forma definitiva. Não se chega a ser feliz procurando permanecer nesse transcurso de desejo para satisfação e de satisfação para um novo desejo. Buscar ser feliz dessa forma é buscar satisfazer todos os desejos, pois essa felicidade surge apenas quando há um desejo satisfeito. Não se chega à felicidade pela busca de satisfação para os desejos, pois, com a satisfação de algum desejo, ou ocorre o sofrimento com novo desejo ou ocorre o sofrimento com o tédio quando já não se tem nenhum desejo para satisfazer. Ficar numa situação de transcurso constante entre desejo-satisfação-desejo também não permite ser feliz, pois satisfação constante dos desejos é situação de saciedade, com isso, tem-se o sofrimento com o tédio.

A respeito da segunda noção de felicidade, que podemos constatar no acontecimento da negação da Vontade e que consiste num estado de superação do sofrimento também não está ao nosso poder de encontra-la. Essa felicidade não está ao alcance do arbítrio das pessoas, pois o acontecimento da negação da Vontade depende apenas da própria decisão livre da Vontade.

Já a felicidade como a vida menos infeliz é passível de ser atingida, pois depende da conquista do caráter adquirido ao longo da vida. Nesse caso, é possível para as pessoas adquirir um aprendizado de como se conduzir para evitar cair em situações que fazem com que a vida seja ainda mais difícil.

Portanto, ao responder o questionamento sobre a possibilidade da felicidade em Schopenhauer, podemos entender que a única felicidade possível consiste em ser menos infeliz, em outras palavras, em relação a ser feliz em Schopenhauer, o máximo que está ao nosso alcance é um estado de diminuição da dor que, de forma relativa ou eufemística, podemos chamar de felicidade. No entanto, essa felicidade

só é possível se o destino não impedir. Isto significa dizer que o destino pode trazer tribulações inescapáveis. Dessa forma, o caráter adquirido não seria capaz de livrar dessas situações.

Podemos ainda fazer uma consideração breve em torno da compreensão de que Schopenhauer é um filósofo pessimista ou otimista levando-se em consideração as noções e a possibilidade da felicidade em Schopenhauer. Duas considerações podem ser feitas inicialmente. A primeira se refere à ideia de que, se admitirmos o otimista como aquele que compreende o mundo como sendo algo bom e que é possível chegar a uma felicidade de acréscimos de contentamentos e o pessimista como aquele que compreende a impossibilidade de tal felicidade uma vez que o mundo é feito de dor, podemos perceber que Schopenhauer é um pessimista. Pois, para o filósofo, a vida é sofrimento, não ocorrendo a obtenção de satisfação. A segunda consideração pode ser assim exposta: se admitirmos o otimista como aquele que considera a existência de alguma forma de felicidade e o pessimista como aquele que não admite nenhuma, Schopenhauer não recairia na classificação “pessimistas”, mas otimista. Afinal, o filósofo considera a possibilidade da felicidade como ausência momentânea do sofrimento com a passagem do desejo para a satisfação e da satisfação para um novo desejo, como superação do sofrimento com o acontecimento da negação da Vontade e como ser menos infeliz a partir da conquista do caráter adquirido.

Nesse sentido, abrimos a possível consideração de que Schopenhauer seja um pessimista moderado. Schopenhauer é um pessimista por considerar a vida como sofrimento. Por isso, não recairia bem colocá-lo no rol dos otimistas. No entanto, mesmo defendendo que o que existe de real é o padecer, não há, na filosofia schopenhaueriana, uma radicalização dessa consideração, pois o pensador ainda percebe noções de felicidade passíveis de ocorrerem. Desse modo, será que não lhe caberia bem indicá-lo como um pessimista moderado? Outro fator que fortalece essa ideia consiste no fato de que mesmo o filósofo identificando noções de felicidade, mesmo assim as identifica de modo negativo, ou seja, para ele não há felicidade como aquisição de contentamento, mas como ausência, superação e estado mínimo de sofrimento.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Jair. *Schopenhauer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BARBOZA, Jair. Em favor de uma boa qualidade de vida. In: SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para a sabedoria de vida*. 2. ed. Tradução Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes, 2006a, p. IX-XVIII.

BARBOZA, Jair. Viver não presta. Ser feliz é viver menos infeliz. Sabedoria e estoicismo em Schopenhauer. In: CARVALHO, Ruy de; COSTA, Gustavo; CARVALHO, Daniel (Orgs.). *Nietzsche-Schopenhauer: Schopenhauer, Nietzsche e a antiguidade*. Fortaleza: EdUECE, 2012, p. 37-49.

BOSSERT, Adolphe. *Introdução a Schopenhauer*. Tradução Regina Schöpke; Mauro Baladi. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

BRUM, José Thomaz. *O pessimismo e suas vontades: Schopenhauer e Nietzsche*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

CACCIOLA, Maria Lúcia Mello e Oliveira. *Schopenhauer e a questão do dogmatismo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

DEBONA, Vilmar. *As formas da razão no pensamento de Schopenhauer e a possibilidade de uma razão ético-mística*. 2008. 107 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

DEBONA, Vilmar. A noção de caráter adquirido: uma “liberdade” pela sabedoria de vida. In: REDYSON, Deyve (Org.). *Arthur Schopenhauer no Brasil: em memória dos 150 anos da morte de Schopenhauer*. João Pessoa: Ideia, 2010, p. 213-229.

DEBONA, Vilmar. *A outra face do pessimismo: entre radicalidade ascética e sabedoria de vida*. 2013. 270 f. Tese (Tese em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GERMER, Guilherme Marconi. A busca da felicidade: Nosso erro, ilusão e existência fundamentais, segundo Schopenhauer. *Revista Voluntas: estudos sobre Schopenhauer*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 113-127, 2º semestre de 2011a.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JANAWAY, Christopher. *Schopenhauer*. São Paulo: Loyola, 2003.

LEFRANC, Jean. *Compreender Schopenhauer*. 3. ed. Tradução Epharaim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 2007.

MAIA, Muriel. *A outra face do nada: sobre o conhecimento metafísico na Estética de Arthur Schopenhauer*. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORAES, Dax. Desinteresse e comprazimento estético: considerações acerca da apreciação da estética kantiana por Schopenhauer face às de Hegel e Heidegger. *O que nos faz pensar*, Rio de Janeiro, v. 28, p. 145-167, dezembro de 2010a.

MORAES, Dax. A afirmação da vontade-de-viver no suicídio: a vida como representação. In: REDYSON, Deyve (org.). *Arthur Schopenhauer no Brasil: em memória dos 150 anos da morte de Schopenhauer*. João Pessoa: Ideia, 2010c.

MORAES, Dax. *Liberdade e negação da vontade: análise do ser-livre como representação e na angústia*. 2011. 275 f. Tese (Tese em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011.

MORAES, Dax. O caráter inteligível como fundamento ontológico para a sabedoria de vida. *Voluntas: estudos sobre Schopenhauer*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 186-206, 1º semestre de 2016.

PERNIN, Marie-José. *Schopenhauer: decifrando o enigma do mundo*. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

ROCHAMONTE, Catarina. *Metafísica e moralidade na filosofia de Schopenhauer*. 2010. 89 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010.

ROGER, Alain. *Vocabulário de Schopenhauer*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SALVIANO, Jarlee O. S. *O niilismo de Schopenhauer*. 2001. 106 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. 2. ed. Tradução Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para a sabedoria de vida*. 2. ed. Tradução Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre-arbítrio*. Tradução Lohengrin de Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012a.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a ética*. Organização e tradução Flamarion C. Ramos. São Paulo: Hedra, 2012b.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a vontade na natureza*. Tradução Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação, tomo I*. 2. ed. Tradução Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2015a.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação, tomo II: suplementos aos quatro livros do primeiro tomo*. Tradução Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2015b.

SIMMEL, Georg. *Schopenhauer & Nietzsche*. Trad César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

SOARES, Daniel Q. F. O indivíduo como sofrimento, a arte como libertação. In: REDYSON, Deyve (org.). *Arthur Schopenhauer no Brasil: em memória dos 150 anos da morte de Schopenhauer*. João Pessoa: Ideia, 2010.

STAUDT, Leo Afonso. O significado moral das ações como negação da vontade, para Arthur Schopenhauer. *Revista de filosofia aurora*, [S.l.], v. 19, n. 25, p. 273-303, jul./dez. 2007.

BIBLIOGRAFIA ADICIONAL RELEVANTE

ALONSO, Juan David Mateu. *La filosofía política y su trasfondo ontológico en la obra de Arthur Schopenhauer*. 2012. 463 f. Tese de Doutorado, Universidade de Valencia, 2012.

ALONSO, Juan David Mateu. Schopenhauer y Gracían: arte de prudencia y sabiduría mundana. *Endoxa*, Madrid, n. 32, p. 63-87, 2013.

ARTHUR Schopenhauer. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RPNNmWLMH2E>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

BARBOZA, Jair. Modo de conhecimento estético e mundo em Schopenhauer. *Revista Trans/Form/Ação*. São Paulo, v. 29, n. 2, 2006b, p. 33-42.

BARBOZA, Jair. Mau radical e terapia em Schopenhauer. In: PEREZ, Daniel Omar (Org.). *Filósofos e terapeutas: em torno da questão da cura*. São Paulo: Escuta, 2007, p. 77-95.

BARBOZA, Jair. *Negação da vontade de vida e significado moral do mundo em Schopenhauer*. 2014. Disponível em: <<https://vimeo.com/103391140>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

BARBOZA, Jair. *Schopenhauer: a decifração do enigma do mundo*. São Paulo: Paulus, 2015.

BASSOLI, Selma Aparecida. *A negação da vontade como um efeito da graça: a redenção na concepção de Schopenhauer*. 2015. 154 f. Tese (Tese em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BEZERRA, Cicero Cunha. Sêneca e Schopenhauer: a arte de ser feliz, *Kalagatos Fortaleza*, v. 3, n. 5, p. 11-32, 2006.

BRÉHIER, Émile. “*L’unique pensée*” de Schopenhauer. [2010?]. Disponível em: <<http://www.schopenhauer.fr/philosophie/unique-pensee.html>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

CABOS, Jordi. Sufrimiento y pesimismo en Schopenhauer: pesimismo como crítica social. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, v. 32, n. 1, p. 143-159, 2005.

CARDOSO, Renato César. *A ideia de justiça em Schopenhauer*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

CHEVITARESE, Leandro Pinheiro. *A ética em Schopenhauer: que “liberdade nos resta” para a prática de vida?* 2005. 162 f. Tese (Tese em Filosofia) – Pontifícia universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

CHEVITARESE, Leandro Pinheiro. A eudemonologia empírica de Schopenhauer: a “liberdade que nos resta” para a prática de vida. In: REDYSON, Deyve (Org.). *Arthur Schopenhauer no Brasil: em memória dos 150 anos da morte de Schopenhauer*. João Pessoa: Ideia, 2010, p. 127-146.

DAMASCENO, Francisco W. M. Ética e metafísica em Schopenhauer: a verdadeira liberdade e o sentido moral do mundo. In: GUSTAVO, B. N.; COSTA, J. M. A.; RODRIGUES, R. C. *Nietzsche, Schopenhauer: gênese e significado da genealogia*. Fortaleza: EdUECE, 2012.

DEBONA, Vilmar. A natureza da eudemonologia de Schopenhauer. *Argumentos*, Fortaleza, n. 11, p. 242-254, jan./jun. 2014.

DICIONÁRIO etimológico da mitologia grega. Disponível em: <www.demgol.units.it>. Acesso em: 26 de outubro de 2016.

GERMER, Guilherme Marconi. Sobre a tese schopenhaueriana da positividade da dor e da negatividade do prazer. *Cadernos de ética e Filosofia Política*, n. 18, p. 137-159, 2011b.

GIACOIA Jr, Oswaldo. *Estética, ética e mística: caminhos da redenção*. 2014. Disponível em: <<https://vimeo.com/88488882>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

GODOI, Willian dos Santos. A noção de felicidade (Glück) em Schopenhauer a partir dos pontos de vista metafísico e prático. *Exagium*, Ouro Preto, 14. ed., p. 65-79, 2015.

LE bonheur négatif. [2010?]. Disponível em: <<http://www.schopenhauer.fr/fragments/bonheur.html>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

LEMOES, Anerson Gonçalves de. *Os sentidos da felicidade: uma introdução ao estudo da metafísica da felicidade e da sabedoria de vida em Schopenhauer*. 2015. 165 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia). – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

MÁRQUEZ, José M. Panea. *Arthur Schopenhauer: del dolor de la existencia al cansancio de vivir*. Sevilla: Kronos, 2004.

MEDIDA, Flemarie Magne G. Schopenhauer's philosophy of pessimism and the search for happiness. *Talisik: an undergraduate journal of philosophy*, Manila, v. 3, n. 1, p. 49-59, 2016.

MORIN, David Santos. *El concepto de la felicidad en el pensamiento de Schopenhauer*. 2010. 134 f. Tese. Universidad Nacional Autónoma de México. Cidade do México, 2010.

MONTEIRO, Fernando J. S. *10 lições sobre Schopenhauer*. Petrópolis: Vozes, 2011.

MORAES, Dax. Schopenhauer e o mito do pecado original: acerca da vontade como querer-ser. *Saberes: revista interdisciplinar de filosofia e educação*, Natal, v. 3, p. 37-46, 2010b (Número especial).

MORAES, Dax. O dualismo kantiano e sua crítica por Schopenhauer: considerações acerca do caráter analógico da filosofia prática e suas limitações. *Princípios: Revista de filosofia*, Natal, v. 20, n. 33, 411-447, janeiro/junho de 2013.

MORAES, Dax. A questão do sujeito em Schopenhauer: breve ensaio sobre sua dimensão fenomenológica em torno do pseudoproblema do solipsismo. In: DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso; KLEIN, Joel Thiago (orgs.). *O sujeito em questão: temas de ética e filosofia política*. Natal: EDUFRN, 2015a.

MORAES, Dax. Mefistófeles e o mundo como vontade: os tipos afirmador e negador, otimista e pessimista, no *Fausto*, de Goethe. In: CARVALHO, M.; DANOWSKI, D.; SALVIANO, J. O. S. *Temas de filosofia*. São Paulo: ANPOF, 2015b. p. 160-175.

NIETZSCHE por Scarlett e Schopenhauer por Cacciola. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3NiRBvRaAsA>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

PRADO, Adriano Costa; GOMES, Arthur Parreira. Felicidade e sofrimento: aproximações entre Freud e Schopenhauer. *Sapere Aude*. Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 160-167, 2º semestre de 2014.

REDYSON, Deyve. *Dossiê Schopenhauer*. São Paulo: Universo dos Livros, 2009.

RIBEIRO, Karla Pinhel. *O sofrimento na filosofia de Schopenhauer*. [2012?]. Disponível em: <http://www.academia.edu/4738819/O_sofrimento_na_filosofia_de_Schopenhauer>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Schopenhauer e os anos mais selvagens da filosofia: uma biografia*. Tradução William Lagos. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

SAMAMÉ, Luciana. Moralidad y felicidad en Schopenhauer y en Kant: conciertos y desacuerdos. *Voluntas*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 140-159, 2011.

SAMAMÉ, Luciana. La fertilidad práctica del pesimismo en Schopenhauer. *Thémata*, Sevilha, n. 53, p. 141-160, 2016.

SCHALKX, Rozemarijn; BERGSMA, Ad. Arthur's advice: comparing Arthur Schopenhauer's advice on happiness with contemporary research. *Springer*, [S.l.], v. 9, 3. ed., p. 379-395, fevereiro de 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ser feliz* exposta em 50 máximas. Organização e ensaio Franco Volpi. Tradução Marion Fleischer, Eduardo Brandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

SCHOPENHAUER, Arthur. *As dores do mundo: o amor – a arte – a moral – a religião – a política – o homem e a sociedade*. Tradução José Souza de Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2014.

SILVA, Antunes F. *Os conceitos de vontade e representação no entendimento do mundo segundo Arthur Schopenhauer*. 2011. 74 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011.

SUÁREZ-ÍNIGUEZ, Enrique. La felicidad en la obra de Schopenhauer. *unam*, Cidade do México, n. 21, p. 219-233, 1999.

TORRES, Joel Neres. *Sufrimento, conhecimento de si e corpo em Schopenhauer*. 2013. 70 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

VIVRE comme si... [2010?]. Disponível em:
<<http://www.schopenhauer.fr/philosophie/vivre-comme-si.html>>. Último acesso: 24 de fevereiro de 2017.

WEBBER, Andrade Vieira de Lima. *Metafísica de Schopenhauer enquanto filosofia prática*. 2013. 97 f. Dissertação (Dissertação em Filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

Virtude e Felicidade em Aristóteles e Hobbes

Yara Frateschi (Unicamp)

The main target of this article is to show that to sustain the social contract as the origin of political power and civil society and to justify the necessity of absolute sovereignty, Hobbes has to oppose not only Aristotle's theory of *zoon politikon* but also his moral theory, particularly the doctrine of the mean.

É conhecido que a construção da filosofia política hobbesiana se faz a partir da crítica e substituição do princípio aristotélico do animal político. Ao recusar a natureza política dos homens, a intenção de Hobbes é estabelecer a origem do Estado pelo contrato e justificar a necessidade da soberania absoluta, que se torna condição necessária para a coexistência de indivíduos exclusivamente auto-interessados. O objetivo deste artigo é mostrar que, para que se concretize seu o projeto, Hobbes deverá não apenas recusar o *zoon politikon* de Aristóteles, mas também a noção de virtude como mediania e suas implicações maiores. Se a recusa da filosofia política de Aristóteles é necessária para que se estabeleça a origem do Estado pelo contrato, a recusa da sua filosofia moral é fundamental para que se justifique a manutenção do Estado absoluto bem como a sua função doutrinadora. Que os homens não são animais políticos e são incapazes de serem educados para a virtude (no sentido aristotélico) são teses solidárias, derivadas do mesmo princípio, a saber, o princípio do benefício próprio, segundo o qual os homens, por natureza e necessidade, buscam sempre e em todas as suas ações realizar o seu próprio bem, sendo todo o resto desejado no interesse desse fim. Este é o princípio que Hobbes mobiliza para recusar tanto a política quanto a ética de Aristóteles em nome da defesa permanente do leviatã.

Trazer à luz os pontos centrais da crítica hobessiana (não enunciada explicitamente) ao tratado da virtude moral de Aristóteles contribui ainda para que se apreenda o ponto mais frágil das interpretações que atribuem a Hobbes uma moral independente da psicologia e anterior à política. É com esse objetivo que Taylor, para citar um expoente dessa linha interpretativa, aproxima Hobbes de Kant e defende haver, no primeiro, um imperativo moral determinado pela reta razão à semelhança do imperativo categórico kantiano¹. Uma leitura detida da primeira parte das três obras políticas de Hobbes, dedicadas à filosofia moral, mostra a deficiência dessa leitura sem que seja preciso explorar as diferenças entre o autor do *Leviatã* e o autor da *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Os argumentos que Hobbes mobiliza contra a moral aristotélica são suficientes para entender porque a sua “lei” moral opera num registro radicalmente distinto do imperativo categórico kantiano. Este texto pretende, então, indicar que as leituras que pretendem atribuir uma base moral à filosofia política de Hobbes dificilmente resistiriam aos argumentos que ele mesmo mobiliza contra Aristóteles.

*
* *

À primeira vista há diversos pontos de contato entre a filosofia moral de Hobbes e de Aristóteles, especialmente no tocante ao modo de operação da razão prática e ao papel central desempenhado pelo desejo. No que diz respeito ao último aspecto, ambos reconhecem que os desejos fazem parte da natureza humana tanto quanto a razão e não vinculam a virtude com a falsa expectativa de uma vida livre de emoções ou paixões. Diferem, nesse sentido, dos estoícos que definem a paixão – em si mesma um pecado – como ignorância e vício². Em seu ideal de *apatheia*, o estoicismo faz do virtuoso um homem que, tendo se libertado inteiramente das paixões, atingiu a plena realização da

¹ A. E. Taylor, “The Ethical Doctrine of Hobbes”, in K. C. Brown (ed.), in *Hobbes Studies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965, pp. 35-55, p. 37.

² *De Finibus*, III, IX, 32. Tratei mais demoradamente desse aspecto do estoicismo em contraste com Hobbes na minha tese de doutorado *A Física da Política: Hobbes contra Aristóteles*. USP. 2003.

perfeição humana e pode, então, viver segundo o *logos*. Hobbes e Aristóteles, em contrapartida, sabem que não é possível condicionar a virtude e a boa conduta à ausência de emoções ou paixões porque a *apathēia* simplesmente não é para os humanos³. Desejos são constitutivos da alma e são, em alguma medida, o motor da ação. Sem eles, qualquer homem seria inerte, sem vida, enfim, incapaz de ação. Em ambos os casos, portanto, não cabe à filosofia moral condenar os desejos como se fossem um mal em si, mas sim discriminá-los a fim de determinar em que medida, quando e por que eles (e quais deles) conduzem à boa ou à má conduta.

Em função do papel central que o desejo desempenha na filosofia moral aristotélica e também na hobbesiana devemos nos deter nesse aspecto, ainda que não demoradamente, a fim de destacar ao menos três pontos gerais de convergência. 1) Hobbes concorda inteiramente com Aristóteles acerca do móbil da ação: é o desejo, e não a razão, que põe fins aos homens, imprimi movimento e conduz à ação⁴. 2) Nos dois autores, a cadeia causal da ação segue esta ordem: o desejo põe o fim, o homem delibera e age. O desejo é o ponto de partida da deliberação, sendo o último passo da deliberação o ponto de partida do movimento que gera a ação. A razão, portanto, é responsável por determinar os meios para que se atinja fins postos pelo desejo. 3) Para ambos, o desejo se relaciona com uma emoção ou paixão⁵ que segue uma opinião, ou seja, a imaginação do prazer, do bem ou do benefício que poderão advir. Enquanto

³ Como aponta Marco Zingano, não se deve temer o anacronismo aqui, pois “o próprio Aristóteles mencionou (sem, porém, os nomear) os que, já em sua época, definiam as virtudes como ‘estados de impassibilidade – *apatheias* – e de quietude’ (EN II 2 1104b24-25); e ele os menciona para imediatamente recusá-los” (ZINGANO, M. “Emoção, ação e felicidade em Aristóteles” in *Estudos de Ética Antiga*. São Paulo, Discurso Editorial, 2007, p. 144).

⁴ Como mostra Marisa Lopes, diferentemente de Platão, para quem a “*phronēsis* é a forma de conhecimento mais elevada e o conhecimento que ela gera é razão suficiente para fazer um homem agir bem”, Aristóteles entende que “ninguém age apenas em função do que sabe ser um bem (...) mas porque deseja agir segundo as razões da bondade da ação ou do fim que se realiza na ação”. LOPES, M. *A Relação entre virtude moral e phronēsis no livro VI da Ética Nicomaquéia*. Dissertação de Mestrado, FFLCH, USP, 2000, p. 8-9.

⁵ Aristóteles assim se refere à emoção: “Entendo por emoções apetite, cólera, medo, arrojo, inveja, alegria, amizade, ódio, anelo, emulação, piedade, em geral tudo a que se segue prazer ou dor (EN II 4 1105b21). Hobbes denomina paixão o que em Aristóteles é emoção. Ver *Leviatã*, cap. VI, os exemplos de paixões são os mesmos, com algumas omissões.

motor da ação, o desejo segue uma emoção ou paixão que é, por sua vez, resultado de uma alteração no sujeito que tem origem numa opinião, imaginação ou juízo.

Acompanhando Aristóteles no que diz respeito à importância do desejo na determinação da ação, Hobbes também traz o prazer para o centro da discussão moral. Numa passagem da *Ética Nicomaquéia* à qual Hobbes daria seu completo assentimento, Aristóteles diz que desde a infância “somos todos criados com ele [o prazer]: por isso nos é difícil desvencilhar desta afecção entranhada na vida” (EN II 2 1105^a1). De seu lado, Hobbes afirma que o prazer é a aparência ou sensação de bem (*Leviatã* VI) e tudo o que os homens fazem é em nome do que consideram um bem. Ambos, portanto, reconhecem que a filosofia moral deve levar a sério a importância do prazer dado o seu papel na determinação da ação. No entanto, a convergência entre os dois autores é muito superficial, a começar daqui. Se Hobbes concorda com Aristóteles quanto à centralidade do desejo e do prazer na determinação da ação, nem por isso concorda com o desdobramento ético dessa constatação. Para Aristóteles, é marca distintiva do homem virtuoso não apenas agir virtuosamente, mas sentir prazer ao praticar ações nobres. Essa identificação do virtuoso com aquele que sente prazer em bem agir está ausente da filosofia hobbesiana, que não vincula a virtude com o prazer de bem agir, mas apenas com o bem agir, mesmo reconhecendo que dores e prazeres, assim como os medos e as esperanças (as paixões de um modo geral) são determinantes da ação. As razões dessa dissonância nos levam ao coração da divergência de Hobbes com Aristóteles no domínio da filosofia prática e revelam a alteração que Hobbes precisa fazer na filosofia aristotélica para justificar a necessidade da soberania absoluta. Para justificar a permanência do leviatã ele precisa recusar a possibilidade da educação do prazer, do desejo ou da emoção e, ao mesmo tempo, enfraquecer o papel da razão e da deliberação na determinação da ação. O caráter repressivo do Estado é justificado na medida em que compensa a falência do projeto aristotélico de educação para a virtude.

Para que possamos acompanhar a crítica que Hobbes faz à filosofia moral de Aristóteles deveremos reter alguns pontos da *Ética Nicomaquéia* que, como veremos, serão sucessivamente retomados e recusados na primeira parte do *Elements of Law*, do *Do Cidadão* e do *Leviatã*. É digno de nota o fato de que Hobbes questiona passo a

passo o tratado da virtude moral de Aristóteles sem, contudo, fazer qualquer menção direta a Aristóteles e tampouco aos seus tratados de ética. Mas a ausência de referência explícita não é capaz de esconder o oponente.

1) Virtude e felicidade, segundo Aristóteles⁶

“Dado que a felicidade é certa atividade da alma segundo perfeita virtude, deve-se investigar a virtude, pois assim, presumivelmente, teremos também uma melhor visão da felicidade. O verdadeiro estadista parece igualmente ocupar-se sobretudo dela, pois pretende tornar os cidadãos bons e obedientes às leis (...).” (EN I 13 1102^a5-10).

A passagem supracitada da *Ética Nicomaquéia* aponta para uma relação entre a ética e a política introduzindo o tema da educação para virtude. Vejamos brevemente como se relacionam felicidade, virtude e educação para a virtude nos livros I e II da *Ética* para, em seguida, retomarmos a crítica de Hobbes. Na *Ética*, precede a apresentação do Sumo Bem a afirmação de que toda ação, assim como toda escolha, tem em mira um bem qualquer, sendo o bem aquilo a que todas as coisas tendem. Há dois tipos de fins, que consistem nas próprias atividades (fins que desejamos por si mesmos) ou nos produtos das atividades (fins que desejamos como meios para uma outra coisa). O Sumo Bem, por sua vez, é um fim que desejamos por si mesmo, e tudo o mais é desejado no seu interesse. Segundo Aristóteles, ele coincide com a felicidade, que é a mais desejável de todas as coisas e, portanto, não pode ser enumerada como um bem entre outros. Ora, uma vez que a função do homem é uma atividade da alma conforme a razão (EN I, 7, 1098^a3-8), a felicidade não se reduz à obtenção de honras ou de prazeres, mas consiste numa certa atividade da alma conforme à virtude, o que está em harmonia com a afirmação de que os bens da alma são bens em sentido mais elevado e completo do que os bens externos e os bens do corpo (EN I, 7, 1098^b13-19). Sabemos ainda que, para Aristóteles, a realização da felicidade não se dá apenas no âmbito individual. Por ser o bem supremo para os homens e tratar-se de algo auto-suficiente,

⁶ Reproduzo nessa seção parte do texto de minha tese doutorado. CF. FRATESCHI. Y. *A Física da política: Hobbes contra Aristóteles*, pp. 133-140.

ela deve ser buscada no âmbito da *polis*, já que o termo “auto-suficiente” é empregado “não com referência a um homem sozinho, vivendo uma vida de isolamento, mas também aos seus pais, filhos e esposa e aos seus amigos e concidadãos em geral” (EN I, 7, 1097^b8-11) visto que o homem é, por natureza, um animal político. Ademais, sendo a virtude moral produzida pelo hábito (EN II, 1, 1103^a17) e sendo a prática da virtude algo que diz respeito também às nossas ações para com os outros (V, 1, 1129^b30-33), ela deve ser estimulada e efetivada na vida (política) da cidade.

Educação para a virtude. A função principal da política é, pois, produzir um certo caráter nos cidadãos a fim de torná-los virtuosos e capazes de ações nobres (EN I, 9, 1099^b30-31). Daí que seja a política a ciência arquitetônica do domínio prático, à qual a ética se subordina: pertence a ela o estudo do Sumo Bem para os homens e o exame da virtude (EN I, 13, 1102^a11-15). Com a função de educar os cidadãos para a virtude, o homem político deve conhecer de certo modo a alma humana para que seja capaz de tornar os cidadãos bons por meio dos hábitos. E, para tanto, sem que seja necessária uma precisão maior do que esta, ele deve saber que a alma tem uma parte racional e outra privada de razão, sendo a primeira subdividida em parte científica ou pensamento especulativo (a que contempla as coisas cujas causas são invariáveis) e parte calculadora ou pensamento prático (a que contempla as coisas variáveis). A alma não racional, por sua vez, subdivide-se em parte vegetativa, que é comum a todas as espécies e é causa da nutrição e do crescimento, e parte desiderativa, *locus* dos desejos e dos apetites. Embora a parte vegetativa e a parte desiderativa sejam espécies de um mesmo gênero, o *não racional* – isto é, o que não tem razão por si mesmo –, o elemento desiderativo pode adquirir alguma racionalidade quando é conforme ao princípio racional.

Importa reter aqui que o desejo humano pode ser aperfeiçoado pela razão, o que garante, em princípio, a possibilidade da racionalidade de todas as nossas ações, o que depende, por sua vez, da educação para a virtude por meio da prática habitual de ações virtuosas. Para que seja frutífera, tal educação deve incidir sobre os prazeres e as dores, já que estes têm efeito determinante sobre as ações: “por causa do prazer cometemos atos vis, por causa da dor nos abstermos de ações belas” (EN II, 3, 1104^b10-11). Aristóteles defende que a educação certa deve começar na infância a fim de

aprendermos a nos deleitar e a sofrer com as coisas que devem causar deleite e sofrimento. Essa educação se faz necessária não apenas porque há uma relação de determinação entre desejo e ação, mas também porque é marca distintiva do homem virtuoso não apenas agir virtuosamente, mas, como vimos, sentir prazer ao praticar ações nobres, justas, virtuosas. Para ele, as ações conformes à virtude são prazerosas por si mesmas, de tal modo que na sua pessoa não há conflito entre os desejos que tem e os que deveria ter, ou ainda entre os desejos que tem e as ações que deveria praticar. A proposta de Aristóteles não é educar para que se aprenda a agir de maneira “correta”, ainda que os nossos desejos nos empurrem para o lado oposto (tal é a moralidade cristã), mas sim educar os desejos para que sejam conformes à conduta virtuosa.

Mediania. Para que a escolha humana seja acertada e conduza a uma ação virtuosa, o desejo deve perseguir o que afirma o princípio racional. Daí Aristóteles afirmar que a escolha deliberada é um raciocínio desiderativo ou um desejo raciocinado (EN VI, 2, 1139^b4-5)⁷. Na origem dessa afirmação, há duas constatações: 1) o homem é um misto de razão e desejo, ou, por outra, a sua alma se divide em partes distintas, mas inseparáveis – a racional e a não racional; 2) em certo sentido, há um elemento na parte não racional da alma que participa da razão: o elemento desiderativo, que pode obedecer à razão (EN I 13 1102b31). Isso nos remete ao último ponto que devemos abordar nessa apresentação dos temas do tratado da virtude moral recuperados e criticados por Hobbes. A virtude moral de Aristóteles não é uma emoção nem uma faculdade, mas uma disposição da alma que torna o homem bom e o faz desempenhar bem a sua função, a qual consiste numa certa atividade conforme ao princípio racional (II, 6, 1106^a23-24) e para desempenhá-la bem, isto é, com excelência, é preciso ter em mira o meio termo: “*A virtude é, portanto, uma disposição de escolher por deliberação, consistindo em uma mediedade relativa a nós, disposição delimitada pela razão, isto é, como delimitaria o prudente*” (EN II 6 1106b36-1107^a10). O meio termo situa-se entre o excesso e a falta e pode ser encontrado tanto no que diz respeito às paixões quanto às

⁷ Marco Zingano traduz essa passagem do seguinte modo: a escolha deliberada é “o intelecto desiderativo ou o desejo reflexionante”. ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea I 13 – III 8. Tratado da virtude moral*. Tradução, notas e comentários de Marco Zingano. São Paulo, Ed. Odysseus. 2008.

ações. No primeiro caso, realiza-se quando, por exemplo, o medo, a confiança, a ira, o desejo, o prazer e a dor são sentidos sem excesso ou escassez, o que seria um mal. É marca da virtude moral que sejam sentidos no tempo e na ocasião corretos, em relação à pessoa certa, pelo propósito certo e da maneira correta (EN II, 6, 1106^b20-23). No que diz respeito às ações, o meio termo também pode e deve ser realizado. A virtude é, pois, uma disposição de caráter que determina a escolha de ações e emoções e que consiste, essencialmente, na observância do meio termo relativamente a nós, o qual é, por sua vez, determinado pelo princípio racional. Não que seja fácil alcançá-la, pois tendemos por natureza mais às ações e às paixões contrárias ao meio termo, de onde se segue que somos mais facilmente levados à intemperança do que à virtude (EN II, 8, 1109^a11-19). Mas embora não seja empresa fácil, também não é impossível encontrar o meio termo e, ao menos em princípio, todos os seres racionais são capazes de fazê-lo e devem ser educados para tanto.

*
* *

Na primeira parte das suas obras políticas Hobbes questiona ponto por ponto os temas acima destacados do tratado da virtude moral de Aristóteles, ainda que sem menção explícita ao oponente. Mais do que isso, ele empreende uma re-significação dos termos centrais daquele tratado (tais como *felicidade*, *virtude* e *deliberação*) pela qual se torna capaz de manter o léxico da filosofia moral tradicional, mas invertendo completamente o seu significado. Como “toda ciência começa por definições”, diz Hobbes, (*De Homine* XIII), alterar as definições da filosofia moral tradicional é condição necessária da alteração das suas conclusões. E assim, redefinindo corretamente os termos - que são o ponto de partida de qualquer investigação científica - “o verdadeiro filósofo moral” será capaz de demonstrar que a medida do bem e do mal, assim como da virtude e do vício, é dada pela lei de cada Estado e que, portanto, a conduta virtuosa não repousa, como queria Aristóteles, numa certa mediania entre dois extremos, mas corresponde à conduta em conformidade com o estabelecimento e manutenção da paz, ou seja, à conduta obediente (*Do Cidadão* III, 32). Vejamos.

2) Virtude e felicidade, segundo Hobbes

Vimos que Aristóteles associa a felicidade a uma atividade (certa atividade da alma segundo perfeita virtude), trata-se agora de mostrar como Hobbes altera aquela definição:

“O sucesso contínuo na obtenção daquelas coisas que de tempos em tempos os homens desejam, quer dizer, o prosperar constante, é aquilo a que os homens chamam felicidade; refiro-me à felicidade nesta vida. Pois não existe uma perpétua tranqüilidade de espírito enquanto aqui vivemos porque a própria vida não passa de movimento e jamais pode deixar de haver desejo, ou medo, tal como não pode deixar de haver sensação.” (*Leviatã* VI)

Para chegar à definição de felicidade como sucesso contínuo na obtenção dos objetos do desejo, Hobbes precisa desmentir a concepção teleológica de natureza sustentada pela tradição aristotélica e colocar, em seu lugar, uma teoria geral do movimento que recusa a causalidade final e admite apenas a causalidade eficiente⁸. Interessa aqui precisamente a conclusão que ele extrai dessa substituição no tocante à teoria da ação: ao eliminar a causa final, ele elimina também a idéia de Sumo Bem e, com isso, condena os homens a uma busca incessante de fins sempre provisórios. Para tanto, ele precisa recusar a distinção feita por Aristóteles, no início da *Ética Nicomaqueia*, entre fins que são atividades e fins que são produtos distintos das atividades, distinção necessária para a identificação da felicidade com uma atividade. O argumento de Hobbes é o seguinte: porque nunca deixamos de desejar e o desejo sempre pressupõe um fim mais longínquo (a obtenção de algo que não temos no presente), a felicidade não é uma atividade e tampouco é fim último ou bem supremo, mas apenas o sucesso contínuo da obtenção dos objetos do desejo⁹. Com isso Hobbes concluirá que a felicidade, tal como definida por Aristóteles, é mera utopia:

“Quanto a um fim último, no qual os filósofos antigos situaram a felicidade e muito discutiram sobre o caminho para atingi-la, não há semelhante

⁸ Tratei mais demoradamente dessa questão na minha tese de doutorado *A Física da Política: Hobbes contra Aristóteles*, cap. 2.

⁹ Tratei mais detidamente dessa questão em “Filosofia da Natureza e Filosofia Moral em Hobbes” in *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, série 3, v. 15, n. 1 (jan.-jun. 2005).

coisa neste mundo, nem caminho para ela, exceto em termos de Utopia; pois enquanto vivermos teremos desejos, e o desejo sempre pressupõe um fim mais longínquo” (*Elements of Law* I, VII, 6).

O fato de o desejo localizar-se necessariamente num objeto ausente (e dos fins serem sempre provisórios) elimina a possibilidade da identificação da felicidade com um *modo de agir* e introduz, inevitavelmente, uma *lógica de resultados*: tudo o que os homens fazem é em nome da aquisição de algo que julgam um bem para si próprios. Trata-se de um cálculo de utilidade condizente com o princípio que orienta a construção de todo o pensamento moral e político de Hobbes: o princípio do benefício próprio, segundo o qual a natureza humana conduz, em primeiro lugar, à procura do que cada um considera bom para si mesmo, sendo todo o resto desejado no interesse desse fim. No limite, todas as ações, coisas e pessoas são tratadas pelo indivíduo como meios, isto é, como instrumentos para a sua preservação e satisfação, de modo que o valor das ações, coisas e pessoas deriva do fato dos indivíduos as *julgarem* úteis para esse fim: “o valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto, não absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem” (*Leviatã* X). Segue-se que todos os valores são acidentais e relativos e que, portanto, não há a possibilidade de um acordo natural em torno das noções de bem e mal, que são estritamente individuais e incomunicáveis. Eis porque a felicidade deixa de ser um modo de agir e se torna o sucesso contínuo na satisfação dos desejos e, ao mesmo tempo, deixa de ser algo a ser procurado no âmbito na polis para se tornar apenas satisfação individual.

Em conformidade com o princípio do benefício próprio, Hobbes altera profundamente a natureza das ações virtuosas, que são boas porque consistem “em meios para uma vida pacífica, sociável e confortável” e não porque derivam de uma “mediocridade das paixões” (*Leviatã* XVI; *Do Cidadão* III, 32). Isso significa que as ações são boas *instrumentalmente*: as virtudes morais são “os meios da paz”. Ocorre que ainda que Hobbes afirme que a razão nos dá a conhecer as virtudes (a justiça, a gratidão, a modéstia, a equidade, a misericórdia), as leis de natureza não são propriamente leis, mas teoremas da razão relativos ao que contribui à paz e à defesa de

cada um, ou seja, incapazes de obrigar ou impor a sua observância. Como a razão não tem esse poder de mando e a lei “é a palavra daquele que tem o direito de comandar os outros” (*Leviatã* XV), não há nenhuma norma fora da sociedade civil, tampouco a norma da virtude e do vício. Com isso Hobbes defende que a virtude moral requer a vida política, mas não porque na cidade é possível disciplinar o caráter dos cidadãos (como poderia afirmar Aristóteles), mas porque a norma da virtude e do vício – a regra do bem e do mal - “não pode ser outra que não a lei de cada Estado” (*De Homine*, XIII, 9).

Com a intenção de defender que há uma teoria moral em Hobbes independente da sua psicologia e anterior à política, algumas leituras da filosofia hobbesiana – tais como as de Taylor e Warrender – precisam negligenciar a afirmação de que a regra do bem e do mal é a lei civil, ou seja, precisam recusar a conclusão principal da filosofia moral de Hobbes. Em linhas gerais a tese Taylor-Warrender defende que a moral hobbesiana não é uma moral meramente prudencial, isto é, uma moral que se construiria a partir do princípio do interesse, que é um princípio egoísta derivado da sua psicologia. Taylor entende que há em Hobbes (como em Kant!) um imperativo moral baseado na reta razão, sendo a moral anterior à política e a filosofia moral independente da psicologia. A exigência de separação entre moral e psicologia deve-se à tentativa de provar que a moral não é construída a partir do princípio do benefício próprio, pois encerra deveres que estão em conformidade com uma norma estabelecida pela razão independentemente do interesse. Daí Taylor encontrar semelhanças entre Hobbes e Kant no que diz respeito ao imperativo moral: haveria em Hobbes, como em Kant, uma diferença entre a ação conforme ao dever e ação por dever.

Não precisamos comparar a “lei” moral hobbesiana com o imperativo categórico kantiano para atestar a inadequação dessa leitura. Antes disso, basta mostrar, a partir do contraste com Aristóteles, que Hobbes não sustenta a idéia de uma moral universalista e independente da política justamente porque não aceita o que Taylor quer lhe atribuir, ou seja, a existência de valores que se sustentam em si mesmos independentemente do benefício que acarretam. A investigação da crítica feita por Hobbes dos temas centrais do tratado da virtude moral de Aristóteles nos poupa de uma aproximação indevida do filósofo inglês com o autor da *Fundamentação da metafísica dos costumes*,

aproximação feita à custa de negligenciar o vínculo inegável entre a moral e a psicologia hobbesiana. Essas leituras, recusando a centralidade do princípio do benefício próprio, atribuem à razão hobbesiana uma função – a de estabelecer um imperativo moral - que ela não tem e não pode ter por ser uma faculdade meramente calculadora operando em indivíduos exclusivamente auto-interessados. Uma comparação com Aristóteles, o oponente principal de Hobbes (ao lado de Cícero) nas questões morais, dá conta de evidenciar onde está a falha dessas interpretações.

Quando Hobbes identifica as virtudes morais com o hábito (*Do Cidadão* III, 31; *Elements of Law* XVII, 14) de agir conforme os teoremas da razão ele até parece se aproximar de Aristóteles, que define a virtude como um hábito e um hábito delimitado pela razão. No entanto, a aproximação é enganosa porque Hobbes exclui o elemento definidor da virtude moral aristotélica, a saber, que a virtude consiste numa *disposição de escolher por deliberação*. As disposições, segundo Aristóteles, são estados da alma em função dos quais nos portamos bem ou mal com relação às emoções (EN II 4 1105b26). Nota-se que se Aristóteles trouxe as emoções para o centro do tratado sobre a virtude moral foi para dizer que elas precisam ser aperfeiçoadas e persuadidas de algum modo pela razão e que isso depende de uma educação capaz de gerar, por meio do hábito, disposições *saúáveis* do ponto de vista moral. Tais disposições são necessárias para que se atinja a mediania relativamente às emoções e ações. Como aponta Marco Zingano, “a virtude não é uma emoção, mas não ocorre sem emoções, dado que é uma disposição e toda disposição é um comportamento estável com relação às emoções”¹⁰. Em Hobbes as disposições (*ingenia*) são inclinações dos homens a determinados fins (*De Corpore* XIII, 1) e quando o hábito consolida disposições favoráveis à paz temos *bons costumes* (*mores*). No entanto, diferentemente de Aristóteles, ele não aposta na idéia de que o enraizamento de boas disposições é capaz de gerar uma estabilidade com relação às emoções (e esse é o cerne da sua filosofia moral). Essa estabilidade depende de um controle externo permanente e vem, sobretudo, do controle que o Estado exerce sobre as opiniões dos súditos mediante doutrinação, promessa de recompensa e ameaça de punição. Vemos, assim, que o ponto central da discordância é que as disposições do homem hobbesiano não gozam da mesma permanência que a disposição de caráter do

¹⁰ ZINGANO, M. “Emoção, ação e felicidade em Aristóteles”. *Estudos de Ética Antiga*, p. 156.

homem virtuoso de Aristóteles. E isso ocorre pelo menos por dois motivos: porque os desejos, em constante migração, são refratários ao controle da razão e porque a razão não é outra coisa senão uma faculdade de cálculo operando em indivíduos auto-interessados. Esses dois fatores geram uma instabilidade interna que frustra a expectativa de uma educação para virtude e faz da felicidade aristotélica mera “utopia” (e que frustra, também, uma aproximação de Hobbes com Kant). Em Aristóteles, é a possibilidade de educação dos desejos que garante a fixidez de caráter do homem virtuoso. Quando Hobbes recusa essa possibilidade lhe resta identificar a virtude com a obediência civil: a norma vem de fora, não de dentro, ela é externa e não interna. Eis a razão pela qual a “lei” moral de Hobbes não antecede, em nenhum sentido, o imperativo categórico kantiano.

3) Razão e desejo, segundo Hobbes

Vimos inicialmente que Hobbes parece seguir Aristóteles ao colocar o desejo em posição privilegiada na determinação da ação. Também no que diz respeito à deliberação, Hobbes parece seguir à risca Aristóteles. No entanto, assim como no caso anterior (da centralidade do desejo), ele faz desaparecer completamente as exigências morais feitas pelo autor da *Ética Nicomaquéia*. Para ambos, na origem da deliberação sempre há um desejo por algo que parece ser um bem. Esse desejo funciona como um móbil, e o agente passa a se engajar num processo de deliberação que tem como fim a obtenção do alvo desejado: trata-se de um processo em que o raciocínio se volta para o alvo do querer. O desejo é o ponto de partida da deliberação, sendo o último passo da deliberação o ponto de partida do movimento que gera a ação. Ora, o trabalho da razão calculadora na deliberação hobbesiana parece coincidir com o da razão prática na deliberação aristotélica. No entanto, ainda que em ambos a razão calcule meios com vistas à obtenção do fim posto pelo desejo, uma investigação cuidadosa do papel da razão e da deliberação em Hobbes mostrará, novamente, que a aproximação é superficial porque este assimila a estrutura geral do processo deliberativo exposto na *Ética*, mas faz desaparecer a distinção entre boa deliberação e deliberação eficaz. Em suma, Hobbes abandona as exigências morais feitas por Aristóteles ao fazer da eficiência a marca distintiva do bom deliberador.

Mesmo recusando que a razão estabeleça fins para os homens, Aristóteles não sustenta uma concepção meramente instrumental de racionalidade prática, ao menos no sentido hobbesiano. Se fosse exclusivamente uma faculdade de calcular meios eficientes, a razão seria responsável apenas pela *eficácia* da ação humana, e o bom deliberador seria o mais capaz em produzir o efeito desejado. Tratar-se-ia de um cálculo de resultados. Isso vale para Hobbes, mas não para Aristóteles. De acordo com Hobbes, delibera bem quem possui, graças à experiência ou à razão, a maior e mais segura capacidade de prever as *conseqüências* das coisas (*Leviatã* VI, 39). Nota-se que o tratamento que ele dá ao tema da boa deliberação está circunscrito à lógica do princípio do benefício próprio, de tal modo que o trabalho da razão é apenas o de encontrar meios eficazes para a preservação ou satisfação individual. Aristóteles, por sua vez, não considera que a boa deliberação seja apenas o cálculo mais eficaz: um homem mau pode deliberar com sucesso e nem por isso deliberar com retidão. Há aqui uma exigência da qual Hobbes se distancia completamente, a saber, que o procedimento implicado no processo de escolha vale mais do que o resultado da ação.

Para o autor da *Ética Nicomaquéia*, a virtude moral exige o hábito de escolher buscando o meio-termo e esse hábito conta mais do que o resultado do ato na hora de determinar o valor moral da ação. Isso não significa que as conseqüências não sejam importantes, mas sim que elas, sozinhas, não são capazes de conferir ao ato a qualidade de virtude. É uma exigência da ética aristotélica que a ação seja feita com base em razões morais. Daí a centralidade da escolha deliberada que “é acompanhada de pensamento e reflexão” (EN 1112^a15) e capacita o agente a justificar a sua decisão por razões propriamente morais. Assim sendo, diz Aristóteles, “os atos são ditos justos e temperantes quando são tais quais os que faria o justo ou o temperante: é justo e temperante não quem os realiza, mas quem os realiza tal como os justos e temperantes os realizam” (II 3 1105b5-8)¹¹. Para Hobbes, em contrapartida, uma ação é boa quando conduz à paz (ou, no caso da guerra, à preservação de si), ou seja, é o resultado que

¹¹ Como mostra Marco Zingano, o valor moral é mais propriamente apreendido não pelo que é feito, mas pela deliberação de como fazer e isso assegura ao domínio interno uma prerrogativa sobre o externo quanto à análise do valor moral da ação. Cf. “Emoção, ação e felicidade em Aristóteles” in *Estudos de Ética Antiga* p. 160.

confere bondade à ação e não o procedimento ou as intenções do agente. Essa preeminência do *resultado* em relação ao *modo de agir* é a consequência mais marcante da crítica que Hobbes faz ao projeto moral e pedagógico de Aristóteles. A virtude não é mediedade (*mediocridade*, segundo Hobbes) porque o que importa é o resultado. Logo, a mais importante contribuição da filosofia moral não é dar os parâmetros do modo de agir verdadeiramente ético (que difere, pela sua motivação, da ação eficaz), mas demonstrar a necessidade da instituição do Estado. E do Estado absoluto.

O contraste com Aristóteles se faz sentir, sobretudo, na medida em que Hobbes reduz o papel da razão - e também da deliberação - na determinação do desejo e, conseqüentemente, da ação. De acordo com o filósofo inglês, o desejo consiste no sentimento de prazer ou desprazer em relação às coisas que percebemos, sentimentos esses que decorrem do movimento do objeto externo e que nos afeta, ajudando ou prejudicando o nosso movimento vital. Ademais, ele está em constante modificação, uma vez que a própria constituição do corpo humano se modifica constantemente, sendo impossível que as mesmas coisas provoquem sempre os mesmos apetites e as mesmas aversões. Ao afirmar que o desejo é determinado pela ação do objeto externo sobre o corpo, Hobbes descarta a possibilidade de que a razão venha a determiná-lo, ou ainda que haja *internamente* no homem a organização dos desejos sob o domínio da razão. Isso não significa que seja impossível um acordo entre desejo e razão. A feitura do pacto evidencia que eles podem convergir para a realização de uma ação, mas essa convergência se dá na medida em que a razão oferece os meios para que se alcance um fim posto pelo desejo e não na medida em que o desejo lhe obedece¹². No que diz respeito à deliberação, vemos o seu papel ser reduzido pelo determinismo - no qual está ancorada a filosofia moral de Hobbes -, que o leva a recusar a liberdade da vontade e a defender que o homem, quando muito, é livre para mover-se na direção do objeto desejado, mas não é livre para querer isso ou aquilo. A vontade não se determina e não é

¹² O papel da razão (*Do Cidadão* III, 31) é fazer com que os homens entrem em acordo sobre um bem futuro. Embora eles não possam entrar em acordo quanto ao bem presente (porque medem o bem e o mal pelos seus desejos), eles podem sim concordar quanto a um bem futuro (as coisas futuras são percebidas apenas pela razão). A paz é um bem futuro que a razão indica enquanto tal.

causa de si mesma, dependente que é do modo como reagimos internamente - e sobre o qual não deliberamos - à ação do mundo exterior. Isso significa que há causas necessárias que fazem com que os homens queiram o que querem¹³. Com isso Hobbes tira dos agentes morais aquela responsabilidade e a possibilidade de “auto-determinação” - ou seja, a capacidade de auto-governo garantida pela disciplina do caráter - que Aristóteles lhes atribui (e deles exige) ao dizer que o homem é princípio e gerador de suas escolhas como é de seus filhos (EN 1113b19). Segundo Hobbes, um indivíduo pode ser responsabilizado pela suas ações, mas não pode ser considerado responsável pelo seu querer porque o seu desejo e a sua vontade não estão sob seu poder.

Em suma, dois elementos profundamente contrastantes com Aristóteles impedem Hobbes de aceitar o projeto de educação para a virtude com vistas à formação do caráter: 1) segundo Hobbes, o princípio motor da ação não se encontra em nós, mas fora de nós, ou seja, nos objetos externos; 2) a razão intervém muito acanhadamente no processo decisório. Isso aponta para uma inversão de primeira grandeza: enquanto Aristóteles aposta na *interioridade*, ou seja, na possibilidade de que o sujeito venha a encontrar internamente a medida da ação, Hobbes, pode apostar apenas no controle externo. Se o princípio motor da ação não reside em nós e à razão está reservado o limitado papel da instrumentalidade eficaz, a medida e o controle da ação deverão ser sempre externos. Daí a impossibilidade da educação para a virtude e, finalmente, a necessidade da soberania absoluta. Há, em Hobbes, uma inflação da repressão justificada pela impossibilidade do “auto-governo” e pela falta de liberdade da vontade.

Vimos inicialmente que Hobbes mantém o vínculo estabelecido por Aristóteles entre o desejo e a opinião do prazer, do bem ou do benefício que poderão advir: o desejo segue uma emoção ou paixão que é, por sua vez, resultado de uma alteração no sujeito que tem origem numa opinião, imaginação ou juízo. Tome-se, por exemplo, a definição de *medo* e veremos que Hobbes assume, sem qualquer alteração, o texto da *Retórica II* 5, onde o medo é definido como uma dor ou perturbação que se segue à imaginação de

¹³ Tratei do determinismo e da negação do livre-arbítrio no artigo “Liberdade e livre-arbítrio em Hobbes”, *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, Campinas, Série 3, vol. 17, 2007.

um mal futuro¹⁴. No entanto, novamente ele extrai daí conclusões inteiramente diversas de Aristóteles. Para este é justamente o fato da emoção ter por base uma opinião ou um juízo que garante a possibilidade de que ela venha a ser aperfeiçoada e moderada pela razão¹⁵. Em Hobbes o desejo também segue uma opinião, mas o princípio do benefício próprio somado à instabilidade do prazer (que ora se localiza em um objeto, ora em outro) faz com que os homens prefiram os benefícios imediatos às conquistas duradouras. A lógica de resultados aliada a essa ansiedade por satisfazer o desejo que agora se impõe frustram o projeto da educação para a virtude. Portanto, resta ao soberano a tarefa de conduzir *externamente* os desejos dos súditos na direção do cumprimento do pacto. Não se trata de educar homens para que passem a desejar conforme a razão, mas sim de fazer com que, pela ameaça de punição e pela promessa de recompensa, eles não desejem descumprir o pacto. Uma vez que os desejos são uma reação ao objeto externo e se configuram na medida em que sentimos ou imaginamos benefícios ou prejuízos, torna-se possível dirigi-los mediante promessas de recompensas e ameaças de prejuízo¹⁶. Feito o pacto e constituída a sociedade civil, a punição e a recompensa podem, pois, fazer com que os desejos estejam de acordo com os teoremas racionais relativos à paz e à defesa. Mas não é a razão que os forma e determina, e sim as ameaças de punição e as promessas de recompensa, que vêm de fora: se estas fazem com que uma ação pareça mais ou menos proveitosa, os homens identificam no cumprimento da lei um benefício e no descumprimento da lei um dano. No *Leviatã*, a força e a retórica aparecem, então, como dois instrumentos eficazes e imprescindíveis para dirigir os desejos no sentido da paz e da obediência às regras civis isto é, das virtudes morais. Ambas podem atuar sobre as opiniões de benefício e prejuízo, tornando

¹⁴ Cf. *Elements of Law* I, XII, 2, onde Hobbes diz que o medo é expectativa do futuro e *Leviatã*, VI, onde o medo é definido como uma opinião de dano proveniente do objeto. A tradução brasileira peca ao traduzir “opinion” por “crença” ao invés de “opinião”.

¹⁵ Sigo aqui a análise de Marco Zingano em “Emoção, ação e felicidade em Aristóteles” Como mostra autor, “já que as emoções se formam a partir de uma cognição, por isso mesmo elas não são refratárias à razão; ao contrário, podem escutar a razão e, deste modo, aperfeiçoar-se, tornando-se assim emoções moderadas” (p. 154).

¹⁶ “Também é evidente que todas as ações voluntárias têm origem na vontade, e dela necessariamente dependem; e que a vontade de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa depende da opinião de cada um sobre o bem e o mal, e sobre a recompensa ou o castigo que se vão seguir à ação ou à sua omissão” (*Do Cidadão* VI, 11).

os homens mais propensos ao cumprimento das leis e mais avessos à desobediência civil¹⁷. A educação para a virtude é substituída, então, por um projeto de doutrinação, que não visa senão o controle das opiniões com vistas à obediência.

Conclusão

Procurei mostrar que tanto a substituição do *zoon politikon* aristotélico pelo princípio do benefício próprio quanto a substituição da *eudaimonia* pela satisfação individual são etapas fundamentais do argumento que culmina com a prova da necessidade da soberania absoluta. O Estado deve ser da dimensão do leviatã para suprir uma carência moral natural. A necessidade da soberania absoluta, em Hobbes, é derivada, em última instância, de uma característica da natureza humana: a precariedade natural do diálogo entre desejo e razão. Entre as duas faculdades não há diálogo, mas sim uma relação clara de autoridade na qual o desejo se impõe e a razão o serve. Como não se verifica o retorno (ou se verifica muito precariamente) da ação da razão sobre o desejo, a relação é marcada sempre pelo senhorio deste último que, por sua vez, fica à mercê das preferências individuais, múltiplas e inconstantes. A razão, destronada, é incapaz de dar a medida do bem e do mal. Portanto, o comando deverá vir de fora, do leviatã e, para justificá-lo, Hobbes precisa recusar a possibilidade de que o desejo venha a ser aperfeiçoado pela razão e que o sujeito venha a encontrar internamente a boa medida, a chave da boa conduta. A primeira parte das suas obras políticas – dedicadas à filosofia moral – está voltada para provar essa impossibilidade. Privando o sujeito dessa *interioridade*, Hobbes demonstra a necessidade da soberania absoluta, que oferece *externamente* a voz de comando que conforma as opiniões e a ação.

¹⁷ No *Leviatã*, Hobbes admite a retórica como um instrumento eficaz para manter a obediência civil. Uma vez que as ações decorrem das opiniões que temos acerca dos benefícios e dos prejuízos que elas podem nos trazer, o bom governo das ações requer o bom governo das opiniões na direção da paz e da concórdia (*Leviatã* XVIII, p. 109).

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea I 13 – III 8. Tratado da virtude moral*. Tradução, notas e comentários de Marco Zingano. São Paulo, Ed. Odysseus. 2008.

HOBBS, T. *De Homine*. Traduction et commentaire par Paul-Marie Maurin. Paris. Librairie Scientifique et Technique Albert Blanchard, 1974.

HOBBS, T. *Leviathan*. Edited by R. Tuck. Cambridge, University Press, 1991.

HOBBS, T. *Human Nature and De Corpore Politico*. Edited by J. C. A. Gaskin. Oxford, University Press, 1994.

HOBBS, T. *On The Citizen*. Edited and. transl. by R. Tuck and M. Silverthorne. Cambridge University Press, 1998.

HOBBS, T. *De Corpore*. Edition critique, notes, appendices et index par K. Schumann. Paris, Vrin, 1999.

FRATESCHI. Y. *A Física da Política: Hobbes contra Aristóteles*. Tese de doutorado. FFLCH, USP. 2003.

FRATESCHI. Y. “Filosofia da Natureza e Filosofia Moral em Hobbes” in *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, série 3, v. 15, n. 1, 2005.

FRATESCHI. Y. “Liberdade e livre-arbítrio em Hobbes”, *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, Campinas, Série 3, vol. 17, 2007.

LOPES, M. *A Relação entre virtude moral e phronêsis no livro VI da Ética Nicomaquéia*. Dissertação de Mestrado, FFLCH, USP, 2000

TAYLOR. A. E., “The Ethical Doctrine of Hobbes”, in K. C. Brown (ed.), in *Hobbes Studies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.

ZINGANO, M. “Emoção, ação e felicidade em Aristóteles” in *Estudos de Ética Antiga*. São Paulo, Discurso Editorial, 2007.



DIREITO À FELICIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UTOPIA OU REALIDADE?

Patrick da Silva Santos¹

Sumário: *Introdução; 1. Origem histórico-filosófica da felicidade; 2. Considerações acerca da felicidade na jurisdição constitucional brasileira vigente; 3. Crítica ao “pamprincipiologismo” de Streck; 4. Um novo olhar do constitucionalismo brasileiro hodierno através da esperança e da felicidade; Conclusão; Referências.*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a possível existência do direito à felicidade na Constituição Federal de 1988. Para isso, apôs-se vários estudos filosóficos acerca da felicidade, bem como entendimento jurisprudencial da Suprema Corte Brasileira acerca desse instituto, notadamente no julgamento do reconhecimento da união homoafetiva. Criticou-se ainda o fenômeno do pamprincipiologismo de Streck, tendo em vista o extremismo de seus argumentos. Observou-se que ao longo do tempo, novas reivindicações e novos direitos ganharam espaço na medida em que o Direito acompanhou o fato social. Destarte, apresentou-se neste trabalho uma nova forma de olhar o constitucionalismo brasileiro moderno através de uma aspiração legítima de felicidade e esperança pelo povo brasileiro e de seus governantes a fim de que valores supremos da Carta Magna permaneçam resguardados ao tempo em que são efetivados.

Palavras-chave: Direito à Felicidade. Constituição Federal de 1988. Pamprincipiologismo. Constitucionalismo da Esperança. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to discuss the possible existence of the Right to Happiness in the Constitution of 1988. For this, affixed up various philosophical studies on happiness, as well like the jurisprudential understanding of the Brazilian Supreme Court about this institute, especially in the judgment of recognition of homoafective union. Still was criticized the phenomenon of pamprincipiologismo of Streck, given the extremism of their arguments. It was observed that over time, new revindications and new rights gained ground to the extent that the Law accompanied the social facts. Thus, was presented in this work a new way of

¹Acadêmico de Direito da Universidade Paulista (UNIP) - Câmpus Brasília; contato eletrônico: silva.patricksantos@gmail.com.

looking at the contemporary brazilian constitutionalism through a legitimate aspiration of happiness and hope by the brazilian people and their rulers in order that supreme values of the Constitution remain guarded until the moment they take effect.

Keywords:Right to Happiness.Federal Constitution of 1988. Pamprinciologismo. Constitutionalism Hope. BrazilianSupremeCourt.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o reconhecimento do direito à felicidade ainda é incluso na pauta de muitas discussões jurídicas. Tal fato se deve a um contingente de deturpações acerca do conceito e da aplicabilidade do instituto. Outrossim, o resultado da desesperança com a política tradicional, faz com que uma parcela da sociedade desacredite do próprio sistema constitucional. São inúmeras as incertezas de uma tutela jurídica protecionista da felicidade presente na vigente Constituição Brasileira. Assim sendo, partiu-se para desenvolver esta temática, uma vez que o presente objeto do trabalho científico mostra-se pioneiro (tema novo e que ainda sofre com as presunções estereotipadas) e de suma importância para o Direito.

1. ORIGEM HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA FELICIDADE

Não obstante existir diferentes abordagens no estudo da felicidade pelas variadas áreas do conhecimento, todas dotadas de um juízo valorativo segundo sua aplicabilidade e funcionalidade, insta esclarecer que o campo filosófico melhor retratará a finalidade deste trabalho, bem como a sua validade perante o ordenamento jurídico.

A acepção²etimológica/filosófica da palavra felicidade advém do grego *eudaimonia*, derivada dos termos *eu* (“bem-disposto”) e *daimon* (“poder divino”) expressão concebida pelos filósofos da Antiguidade que a designavam como a busca pela sabedoria³, em razão de que o fim das ações humanas, individuais ou coletivas, consistiram na perquirição pela sabedoria e por conseguinte, na própria busca pela felicidade.

Diante de uma moral subjetiva que é intrínseca ao vocábulo, inúmeras conceituações são verificadas pelos diversos filósofos que definiram a felicidade, embora algumas semelhanças possam ser observadas, como o fato de ter sido frequentemente associada ao

²LAURIOLA, Rosanna. **De eudaimonia à felicidade. Visão geral do conceito de felicidade na antiga cultura grega, com alguns vislumbres dos tempos modernos.** Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/059/59esp_lauriolapt.htm#_ftn14>. Acesso em: fev. 2015.

³LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade.** Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 7.

prazer vivenciado. Assim, alguns filósofos classistas são de extrema importância serem mencionados ao retratar-se da felicidade como meta individual e social.

Para Sócrates, a felicidade está intimamente relacionada com a virtude e a justiça, uma vez que, embora a satisfação dos desejos e as necessidades do corpo resultem prazer, nem todas as sensações permitidas corresponderão à felicidade, pois sua conduta pessoal também deverá ser justa e virtuosa.⁴

Nesse ínterim, Platão dá azo aos ensinamentos de Sócrates para descobrir a verdadeira virtude, entendendo que a felicidade deveria ser fundada no “autocontrole, na disciplina, na abnegação e no desvio quanto aos excessos, mesmo que prazerosos.”⁵

O referencial platonista trouxe também a ideia de uma felicidade coletiva e outra individual, onde embora fossem distintas em seus objetivos finais, deveriam coexistir em uma cidade-estado, tal como exposto em sua obra *A República*:

[...] a lei não se ocupa de garantir uma felicidade excepcional a uma classe de cidadãos, mas esforça-se por realizar a felicidade de toda a cidade, unindo os cidadãos pela persuasão ou a sujeição e levando-os a compartilhar as vantagens que cada classe pode proporcionar à comunidade; e que, se ela forma tais homens na cidade, não é para lhes dar a liberdade de se voltarem para o lado que lhes agrada, mas para os levar a participar na fortificação do laçado Estado.⁶

Noutro vértice, na visão de Aristóteles, a felicidade também consiste em ter uma vida virtuosa, contudo, esta só é alcançável pela atividade, dada a necessidade do homem em conquistar bens espirituais e materiais. Desse modo, entende-se que a felicidade é autossuficiente, uma vez que é caracterizada como um fim em si mesmo, e não como meio para atingir seus resultados.

Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa. Mas há, talvez, uma diferença não pequena em colocarmos o sumo bem na posse ou no uso, no estado de ânimo ou no ato. Porque pode existir o estado de ânimo sem produzir nenhum bom resultado, como no homem que dorme ou que permanece inativo; mas a atividade virtuosa, não: essa deve necessariamente agir, e agir bem. E, assim como nos Jogos Olímpicos não são os mais belos e os mais fortes que conquistam a coroa, mas os que competem (pois é dentre estes que hão de surgir os

⁴OLIVIERI, Antônio Carlos. **Filosofia e felicidade: o que é ser feliz segundo os grandes filósofos do passado e do presente**. Disponível: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-e-felicidade-o-que-e-ser-feliz-segundo-os-grandes-filosofos-do-passado-e-do-presente.htm#fotoNav=3>>. Acesso em: fev. 2015.

⁵LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 16-17.

⁶PLATÃO, op. cit. Tradução por Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 243.

vencedores), também as coisas nobres e boas da vida só são alcançadas pelos que agem retamente.⁷

Outra importante consideração acerca do pensamento aristotélico é o reconhecimento da felicidade mesmo diante da dor; posição esta contrária aos ensinamentos de Epicuro, pois “enquanto o hedonismo elimina a dor da caracterização da felicidade, Aristóteles afirma que, a depender da personalidade do homem, ele pode ser feliz e estimulado com a dor.”⁸

Desse modo, ainda que a filosofia seja a base sólida para as aspirações jurídicas da evolução humana, vários caminhos teóricos foram trilhados nessa perspectiva, surgindo, dentre elas, uma importante escola filosófica no campo da felicidade: o utilitarismo.

Nas lições de Caroline da Rocha Franco e Diego Nogueira⁹, a doutrina utilitarista tem como escopo a felicidade como finalidade das ações humanas, seja no âmbito político-estatal, jurídico ou individual. Tais esferas devem ser guiadas pelo princípio da utilidade, fundado na ponderação das ações individuais do homem de forma engrandecer a máxima de prazer em contraposição a dor vivenciada, resultando em um verdadeiro estado de hegemonia da felicidade perante a sociedade.

Observe-se que nesta escola de pensamento da filosofia do direito, dois grandes pensadores defenderam a teoria utilitarista, são eles: Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873).

Bentham, seu fundador, entendia que toda decisão pública deveria partir do pressuposto de aumentar a felicidade ao maior número de pessoas e minimizar o quanto possível a dor vivida pela sociedade. Insta salientar que seu pensamento foi duramente criticado por ter sido considerada cruel com as minorias. Em contrapartida, John Stuart Mill constatou que a teoria de Bentham seria falha, pois o cálculo da felicidade baseada na quantidade é anômalo, pois a qualidade é o que diferencia os prazeres, posto que não há felicidade sem liberdade.¹⁰

Embora inúmeras críticas tenham sido tecidas a estes pensadores, a doutrina utilitarista terminou por se difundir entre os países. No processo de independência do Brasil, por exemplo, nota-se que os textos utilitaristas foram de grande valia para fomentar as

⁷ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 57-58.

⁸LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 29.

⁹FRANCO, Caroline da Rocha; Nogueira, Diego. Felicidade mensurável e justiça no utilitarismo. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 17.

¹⁰MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução por Fábio Creder. Série Pensamento Moderno. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 15-39.

manifestações da época, uma vez que a ideologia de John Locke, Adam Smith e Jeremy Bentham foram precursoras na transformação do Estado Nacional.¹¹

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FELICIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA VIGENTE

A exemplo dos ideais revolucionários que culminaram na Independência do Estados Unidos e na Revolução Francesa, constata-se ainda que tais pensamentos serviram de referência para o processo de Independência do Brasil, haja vista a disseminação das convicções libertárias que resultavam na aspiração à felicidade dessas nações.

Segundo Saul Tourinho Leal, “a consulta aos registros históricos inerentes ao processo de independência do Brasil mostra que a felicidade foi elemento central de todos os debates, mostrando a influência que as ideias iluministas tiveram [...]”.¹²

Com efeito, nas lições de Marco Antônio Villa, nota-se que um caminho árduo foi percorrido, uma vez que o Brasil passou por longas discussões para que então a felicidade fosse incorporada ao constitucionalismo que estava prestes a iniciar, depois de muitos anos de colonização portuguesa.

O imperador, tentando dourar seu autoritarismo, chegou até a convocar, em 17 de novembro de 1823, eleições para uma nova Constituinte, porém não estabeleceu data. Pura manobra. O decreto foi logo esquecido. Quatro meses depois, pela “graça de Deus e unânime aclamação dos povos”, o imperador outorgou a nossa primeira Constituição. Fingindo humildade, logo na apresentação, dizia que enviou o projeto às Câmaras aguardando sugestões, que, evidentemente, não ocorreram – nem seriam aceitas. Tudo fez, como escreveu, para a “felicidade política” do povo brasileiro.¹³

O surgimento do constitucionalismo brasileiro foi marcado por inúmeras aspirações de cunho moral, ideológico, político e social. Durante todo este percurso, houveram sete Constituições (a de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Pois bem, me limitarei a esta última.

Antes disso, cumpre ressaltar que a felicidade, na acepção literal da palavra, nunca chegou a ser positivada nas Constituições que foram elaboradas. Contudo, sua existência é percebida através de técnicas hermenêuticas, notadamente na Constituição Federal de 1988,

¹¹ LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 240.

¹² LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 241.

¹³ VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições Brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011, p. 17.

tendo em vista que o referido texto constitucional marcou o advento da democracia e a conquista de vários direitos trabalhistas e sociais.

Nesse contexto, Saul Tourinho Leal entende que a Constituição Brasileira de 1988 “trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na proteção do bem-estar em vários campos da vida coletiva.”¹⁴

Portanto, a felicidade está designada no campo referencial do “bem-estar” na atual Constituição de uma forma mais peculiar. Entretanto, é necessário ter cautela ao associar “bem-estar” como felicidade, diante das variáveis que circundam o termo.

Para Bruno César Oliveira Lopes, por exemplo, “o sentido de bem estar a que o homem pós moderno está submetido [...] é apenas o ter um objeto, qualquer que seja, embora os valores pessoais é que irão determinar que tipo de objeto seja, bem-estar hoje é aparentar-se feliz [...]”.¹⁵

A par disso, em sua obra, Saul Tourinho Leal¹⁶, cita Julián Marías para esclarecer a volatilização da felicidade em bem-estar demonstrando que hodiernamente, o entendimento acerca da felicidade alterou-se diante da própria subjetividade do termo e das invariáveis que o circundam, resultando em um indivíduo descrenta na consecução de seus planejamentos quando seu ideal é a felicidade. Contudo, quando essa impossibilidade é transformada naquilo que é conhecido pelo homem médio como bem-estar, sua finalidade além de se tornar possível, passa a ser intrinsecamente o mesmo, mudando-se tão somente o vocábulo.

Partindo desse pressuposto, depreende-se do texto preambular da Constituição de 1988, que além dos seus valores supremos serem a liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e justiça, há também a previsão do bem-estar, ou seja, a felicidade da sociedade brasileira.

Ainda elucida Saul Tourinho Leal, que o “bem-estar” não está inserido tão apenas no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, mas também em outros dispositivos do texto constitucional, como por exemplo:

De acordo com o art. 182, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o “bem-estar” de seus habitantes. Dessa vez, entendeu-se a felicidade dos habitantes das cidades como a razão de ser das políticas de

¹⁴ LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 153.

¹⁵ LOPES, Bruno César Oliveira. **A Busca da Felicidade e o Bem-Estar no Mundo Pós-Moderno**. Disponível em: <<https://psicologado.com/abordagens/psicanalise/a-busca-da-felicidade-e-o-bem-estar-no-mundo-pos-moderno>>. Acesso em: fev. 2015.

¹⁶ LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 363-364.

desenvolvimento urbano. Esse “bem-estar” há de ser garantido por meio do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. O que fica evidente é que a Constituição se preocupou com a qualidade de vida das pessoas residentes nas cidades, tentando, por meio de políticas específicas, assegurar a felicidade delas.¹⁷

Conforme se observa, o “bem-estar” interpretado como felicidade, tem significado prestacional, haja vista que o Estado deve prover o mínimo existencial a seu povo para garantir que condições mínimas de dignidade sejam atingidas a fim de que todos possam buscar e alcançar a felicidade. Com este propósito, tal direito se assemelha muito com os ditos direitos sociais.

Sobremais, por meio da análise do texto constitucional brasileiro, Saul Tourinho Leal reconhece o direito à felicidade desmembrado em outros vieses¹⁸, e não somente como modalidade incorporada pelo “bem-estar”.

Primeiramente evidencia-se o *direito à felicidade como princípio*, face a abstratividade do preceito e as características de direito fundamental considerados na tese de Robert Alexy. Na sequência, há o *direito à felicidade pública* com fulcro nos ensinamentos de Hannah Arendt, fundado na participação popular. Depois verifica-se o *direito à busca da felicidade*, com características marcantes do liberalismo, segundo o qual o Estado deveria se abster para não intervir nos planos racionais do indivíduo na busca da felicidade.

Em decorrência, constata-se o *direito aos meios à busca da felicidade*, baseado tipicamente em um modelo prestacional por parte do Estado, haja vista ser ele o responsável por atribuir o mínimo existencial aos seus cidadãos, a fim de atenuar as dores quotidianas por eles sentidas, ante as dificuldades enfrentadas na concretização dos direitos sociais. Todos estes vieses em harmonia com a *dignidade da pessoa humana*, vedando portanto, os estímulos aos prazeres sádicos, pois estes, embora possam proporcionar prazer aos seus agentes, a felicidade não os acomete, haja vista a diferença na qualidade dos prazeres para se configurar a felicidade aqui defendida.

Por fim, a *felicidade coletiva como telos da decisão judicial*, baseada na técnica de ponderação para decisões que abarcam o interesse coletivo, devendo-se sempre que possível primar por julgar estes casos levando em consideração a maximização da felicidade ao maior número de pessoas.

¹⁷LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014. p. 370.

¹⁸CRISTO, Alessandro. **Princípios na prática – “Direito à felicidade eleva os propósitos do STF, não os deprecia”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-07/entrevista-saul-tourinho-leal-advogado-professor-idp>>. Acesso em: fev. 2015.

Dadas essas considerações, insta esclarecer que atualmente é notório o reconhecimento de uma das vertentes do direito à felicidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para fundamentar decisões que detêm repercussão nacional, uma vez que “a busca da felicidade nos tribunais é reflexo de uma visão pela qual a lei, para além da letra fria, deve ser interpretada conforme princípios e valores éticos, que concretizem a ideia de Justiça.”¹⁹

Hodiernamente verifica-se latente a relação entre felicidade e direito na jurisdição constitucional brasileira. Tal fato é retratado a exemplo do julgamento no reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal no RE 477554 AgR/MG²⁰.

Nesse prisma, observa-se que o direito à felicidade é avocado como preceito decorrente - de forma oblíqua - dos direitos fundamentais que estão inseridos no meio constitucional brasileiro.

Com supedâneo em tal entendimento, o ministro Carlos Ayres Britto disse “acreditar que, no STF, ‘cada vez mais se avultará a compreensão de que existe essa busca de felicidade’ – tanto individual como coletiva. ‘Dentro de mim, há uma individualidade, mas também uma

¹⁹BASILE, Juliano; MAGRO, Máira. **Direito à Felicidade**. Trata-se de reportagem publicada originalmente no Valor, edição 23/3/2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-a-felicidade>>. Acesso em: fev. 2015.

²⁰“UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. (STF, RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164)[grifado]. Acessado em: 16-02-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos>>.

universalidade’, definiu o ministro. ‘Só que sem o eclipse do ego ninguém se ilumina’, concluiu, referindo-se à busca do bem-estar da sociedade. Para ele, apesar de não estar expressamente mencionada, a felicidade é um conceito implícito na Constituição. ‘Ela está em todo o artigo 5º’, disse, em menção ao capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.”²¹

3. CRÍTICA AO “PAMPRINCIPIOLOGISMO” DE STRECK

O jurista Lenio Luiz Streck ao tratar do constitucionalismo atual, denuncia o fenômeno do pamprinciologismo²², justificando sua ocorrência na realidade brasileira com o intuito de demonstrar uma deturpação da técnica de ponderação de Robert Alexy.

Nesta senda, critica a elaboração exacerbada de princípios despidos de normatividade enfatizando que no Brasil:

[...] os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formulação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra - que será aplicada ao caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...]. De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando pamprinciologismo. Em linhas gerais, o pamprinciologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse pamprinciologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio, da própria legalidade constitucional.²³

Com base nesses ideários, nega a existência de um direito à felicidade (como princípio da felicidade) ante a ausência de previsão normativa, entendendo que esse estado de natureza hermenêutica é um campo aberto para a discricionariedade judicial.

²¹BASILE, Juliano; MAGRO, Máira. **Direito à Felicidade**. Trata-se de reportagem publicada originalmente no Valor, edição 23/3/2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-a-felicidade>>. Acesso em: fev. 2015.

²²Pamprinciologismo: refere-se a um fenômeno marcado pela proliferação de princípios, que consolidam uma leitura equivocada do conjunto principiológico abarcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em que os órgãos julgadores elaboram princípios *ad hoc* sem qualquer normatividade de forma discricionária. cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

²³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

Contudo, não se pode olvidar que o Direito acompanha o fato social a medida em que ele vai se alterando com o intuito de resguardar as próprias normas previstas no ordenamento jurídico.

Impostergável mencionar que tal posição radicalista não deve subsistir, haja vista a tendência de movimentos, a exemplo do neoconstitucionalismo que visa exatamente resgatar uma concentração de premissas éticas à norma escrita, através de princípios que são e continuam sendo a base e o apoio do ordenamento jurídico, dando-lhe contornos e orientação hermenêutica, inclusive para permitir a sua integração.

A título elucidativo, encontra-se o princípio da boa-fé, conforme os ensinamentos de Daniel Cabaleiro Saldanha:

[...] a boa-fé apresenta-se não como conteúdo, mas como forma, na medida em que é exigência da segurança jurídica. Explica-se: a tensão constitutiva do Direito – que oscila entre mudança e preservação – é balizada pelo princípio da segurança jurídica, que implica não apenas a irresistibilidade da consequência jurídica, ligada ao fato pelo nexo de imputação, mas, antes, a previsibilidade dos efeitos jurídicos de determinada conduta. A previsibilidade, que decorre da norma, objetivamente considerada, isto é, no momento de sua elaboração, deve fazer-se também presente no momento de sua aplicação. É justamente aqui que se nos apresenta a boa-fé, como princípio aplicativo do Direito. [...] Mais importante do que isso é a constatação de que a boa-fé atrela-se ao fenômeno de inovação do Direito, oferecendo, no sistema, acolhida àquilo que de novo surge. [...] À parte de sua função como elemento de transição, a boa-fé traz, em seu bojo, uma exigência moral, que socorre o Direito, quando se depara com situações, a princípio, não previstas.²⁴

4. UM NOVO OLHAR DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO HODIERNO ATRAVÉS DA ESPERANÇA E DA FELICIDADE

Eventualmente há de se observar que novos direitos vão surgindo a medida que o constitucionalismo brasileiro evolui e se amolda ao perfil da sociedade, a exemplo do próprio direito à felicidade, bem como do direito ao esquecimento, o direito a diferença, entre tantos outros. Tal constatação, na visão de alguns juristas, ameaçam o sistema constitucional, para outros, enxergam uma oportunidade garantista. Contudo, notório é o fato de que qual sejam as opiniões, todas devem ser consideradas, uma vez que o neoconstitucionalismo depende, além de uma atuação estatal, de um engajamento social.

²⁴SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **Brevíssimo ensaio sobre as origens históricas da boa-fé e sua intercessão com o Direito Público**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 189-203, jan./jun. 2010.

Nesse pretexto, imperioso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 anseia por transformações rumo a concretização dos direitos fundamentais por ela elencados, uma vez que as novas aspirações jurídicas não podem ser tolhidas sem ao menos serem estudadas.

Diante desse explication, Sérgio Paulo Rouanet entende que:

Os fatos sociais só mudam com outros fatos sociais, e o irracionalismo brasileiro é hoje um fato social. Mas a razão, convertida em força histórica, pode criar um fato social oposto, fazendo recuar a onda racionalista que ameaça submergir o país.²⁵

Com base nesses argumentos, que o constitucionalismo da esperança e da felicidade emerge. Saul Tourinho Leal, causídico dessa novel aspiração, infere que a junção desses ideais, além de firmar o compromisso estatal, resulta no triunfo da felicidade coletiva, além de ensejar a busca da felicidade pessoal.

Projetar direitos mesmo quando a maioria não se sente confortável é estabelecer um compromisso com a esperança. Assegurar o exercício de uma liberdade que não gera dano ao próximo é reconhecer que os seres humanos rejeitam a dor e o sofrimento e conduzem suas escolhas sempre em busca da felicidade.²⁶

Nesses argumentos, imprescindível, portanto, que diante de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a felicidade e a esperança se tornem uma justa aspiração perante a jurisdição constitucional brasileira, a fim de que valores supremos como este sejam resguardados e cumpridos à medida que os fatos sociais aparecem.

CONCLUSÃO

Em suma, verifica-se que é inegável o reconhecimento do direito à felicidade, uma vez que o surgimento do constitucionalismo brasileiro foi regado por aspirações de cunho moral, ideológico, político e social, tido como pano de fundo um legítimo anseio de felicidade coletiva. Hodiernamente no campo jurisdicional, observa-se que aos poucos este direito vai se revestindo e criando contornos, embora ainda haja imprecisões acerca do seu campo de atuação. Contudo, tal fator não deve ser visto como um óbice as mutações que o

²⁵ROUANET, Sérgio Paulo, 1987 apud LEAL, Saul Tourinho, 2014, p. 366.

²⁶LEAL, Saul Tourinho. **Um ministro gay para preencher a vaga no STF**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3846482/um-ministro-gay-para-preencher-vaga-no-stf>>. Acesso em: fev. 2015.

constitucionalismo sofre, uma vez que a Constituição Brasileira de 1988 anseia por transformações rumo a concretização dos direitos fundamentais por ela elencados. A mordida do medo não se deve fazer presente em um país que tanto clama pela consecução dos seus direitos: seria como conter a fúria do oceano ao estudar-se a beleza dos mares.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BASILE, Juliano; MAGRO, Maíra. **Direito à Felicidade**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-a-felicidade>>. Acesso em: fev. 2015.

CRISTO, Alessandro. **Princípios na prática – “Direito à felicidade eleva os propósitos do STF, não os deprecia”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-07/entrevista-saul-tourinho-leal-advogado-professor-idp>>. Acesso em: fev. 2015.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito, Felicidade e Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LAURIOLA, Rosanna. **De eudaimonia à felicidade. Visão geral do conceito de felicidade na antiga cultura grega, com alguns vislumbres dos tempos modernos**. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/059/59esp_lauriolapt.htm#ftn14>. Acesso em: fev. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2014.

_____. **A construção dos direitos fundamentais e a esperança: Da África do Sul ao Brasil**. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/2266-a-construcao-dos-direitos-fundamentais-e-a-esperanca-da-africa-do-sul-ao-brasil>>. Acesso em: fev. 2015.

_____. **Um ministro gay para preencher a vaga no STF**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3846482/um-ministro-gay-para-preencher-vaga-no-stf>>. Acesso em: fev. 2015.

LOPES, Bruno César Oliveira. **A Busca da Felicidade e o Bem-Estar no Mundo Pós-Moderno**. Disponível em: <<https://psicologado.com/abordagens/psicanalise/a-busca-da-felicidade-e-o-bem-estar-no-mundo-pos-moderno>>. Acesso em: fev. 2015.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução por Fábio Creder. Série Pensamento Moderno. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

OLIVIERI, Antônio Carlos. **Filosofia e felicidade: o que é ser feliz segundo os grandes filósofos do passado e do presente**. Disponível: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/>>

[filosofia/filosofia-e-felicidade-o-que-e-ser-feliz-segundo-os-grandes-filosofos-do-passado-e-do-presente.htm#fotoNav=3>](#). Acesso em: fev. 2015.

PLATÃO, **A República**. Tradução por Enrico Corvisieri. Edição Integral. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Compreender Direito – Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **Brevíssimo ensaio sobre as origens históricas da boa-fé e sua intercessão com o Direito Público**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 189-203, jan./jun. 2010.

VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições Brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
MESTRADO EM FILOSOFIA

LÉO SPAGNOLO

A VISÃO UTILITARISTA DE JOHN STUART MILL SOBRE A FELICIDADE

Caxias do Sul
Ano 2019

LÉO SPAGNOLO

A VISÃO UTILITARISTA DE JOHN STUART MILL SOBRE A FELICIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, linha de pesquisa em Conceitos Fundamentais de Ética pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Prof. Dr. João Carlos Brum
Torres

Caxias do Sul
Ano 2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

S733v Spagnolo, Léo
A visão utilitarista de John Stuart Mill sobre a felicidade / Léo
Spagnolo. – 2019.
80 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa
de Pós-Graduação em Filosofia, 2019.
Orientação: João Carlos Brum Torres.

1. Utilitarismo. 2. Felicidade. 3. Prazer. 4. Dor. 5. Mill, John Stuart,
1806-1873. I. Torres, João Carlos Brum, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 17.036.2

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)
Ana Guimarães Pereira - CRB 10/1460



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

“A visão utilitarista de John Stuart Mill sobre a felicidade”

Léo Spagnolo

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Conceitos Fundamentais de Ética.

Caxias do Sul, 2 de maio de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Carlos Brum Torres (orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Paulo César Nodari
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Marco Antonio Oliveira de Azevedo
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

CAMPUS-SEDE

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218.2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGTE 029/0089530

Mod. 130033

*“It is better to be a human being dissatisfied than a pig satisfied;
better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied.”*

John Stuart Mill

RESUMO

A dissertação tem como finalidade o estudo da obra de Mill, com atenção especial à relação da concepção de Mill sobre a natureza do prazer, com o modo como deve ser entendida sua doutrina a respeito da “maior felicidade”. Para que este tipo de estudo seja possível, a questão biográfica é essencial, pois, sem levá-la em conta, é difícil compreender as motivações e objetivos do autor. Porém, antes de tratar particularmente de Mill, é realizada uma revisão tanto biográfica quanto conceitual da fundação do utilitarismo por Jeremy Bentham. Após essa revisão das bases utilitaristas, entra-se especificamente no autor chave do trabalho, Mill, e, assim como no caso de Bentham, é feita uma análise biográfica e conceitual na qual é dada especial atenção às divergências entre seus respectivos modos de tratar os pontos centrais da doutrina utilitarista. Tendo sido realizada esta comparação inicial, a dissertação trata de aprofundar-se no estudo da obra de Mill, tratando de destacar a classificação dos prazeres de forma qualitativa, e não apenas a quantitativa, como Bentham fizera. Dentro deste contexto, deu-se ênfase à classificação dos prazeres em superiores, relacionados ao intelecto humano, e inferiores, relacionados aos corpóreos. Procurou-se também examinar a relação entre os valores e a liberdade de escolha frente aos diferentes tipos de prazeres que podem ser desfrutados pelo homem. Com essa base conceitual estabelecida, a dissertação passa a examinar a questão da felicidade, a qual, como sabido, no contexto das doutrinas utilitaristas, está intimamente ligada ao prazer e a minimização ou evitação da dor. Sendo com isso abordado o ponto fundamental do utilitarismo, o princípio da maior felicidade, o qual, é importante frisar “... não é a maior felicidade do próprio agente, mas o maior total de felicidade em termos globais...” (MILL, 2005, p. 52). Com a discussão a respeito da maior felicidade estabelecida foi então possível examinar os preceitos morais que devem ser observados, de modo a tornar mais claro como a visão de Mill sobre a felicidade pode ser admirada e compreendida.

Palavras-chave: Utilitarismo; Felicidade; Prazer; Dor; John Stuart Mill.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to study Mill's work, with special attention to the relation of Mill's conception of the nature of pleasure and how his doctrine of "greater happiness" should be understood. In order for this type of study to be possible, the biographical question is essential, because without taking it into account, it is difficult to understand the motivations and objectives of the author. But before dealing particularly with Mill, a both biographical and conceptual review of Jeremy Bentham's foundation of utilitarianism is carried out. After the revision of the utilitarian bases, it enters specifically in the key author studied in this work, Mill, and as in the case of Bentham, a biographical and conceptual analysis is made in which special attention is given to the divergences between their respective ways of dealing with the central points of utilitarian doctrine. Having made this initial comparison, the dissertation tries to delve deeper into the study of Mill's work, trying to highlight the classification of pleasures qualitatively, as well as quantitative, like Bentham had done. Within this context, the emphasis was placed on the classification of pleasures in superiors, related to the human intellect, and inferiors, related to corporeal ones. It was also sought to examine whether the concept relates values and freedom of choice to the different types of pleasures that can be enjoyed by man. With the conceptual basis established, the dissertation begins to examine the question of happiness, which, as is well known in the context of utilitarian doctrines, and it is also intimately linked to pleasure and minimization or avoidance of pain. With this, the fundamental point of utilitarianism is approached, the principle of greater happiness, which, it is important to emphasize "... it is not the greatest happiness of the agent himself, but the greatest of total happiness in global terms ..." (MILL, 2005, p. 52). With the discussion of the greatest happiness established it was then possible to examine the moral precepts to be observed in order to make clearer how Mill's view of happiness can be admired and understood.

Keywords: Utilitarianism; Happiness; Pleasure; Pain; John Stuart Mill.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 BENTHAM: O FUNDADOR DO UTILITARISMO	10
2.1 Principais elementos biográficos de Jeremy Bentham	10
2.2 O utilitarismo de Bentham.....	14
2.3 Aspectos gerais do utilitarismo	21
3 MILL: O REFINAMENTO DO UTILITARISMO	27
3.1 Principais elementos biográficos de John Stuart Mill	27
3.2 A evolução de Mill em relação ao utilitarismo de Bentham.....	29
4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRAZERES.....	38
4.1 Prazeres superiores e inferiores.....	38
4.2 O valor e a qualidade dos prazeres	42
4.3 A liberdade de escolha entre os prazeres.....	51
5 A FELICIDADE UTILITARISTA.....	56
5.1 A relação entre o prazer e a felicidade	56
5.2 O princípio da maior felicidade	62
5.3 A moral utilitarista e a felicidade	67
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
7 REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Diante das três grandes escolas filosóficas da humanidade ligadas à virtude, ao dever e à utilidade não pude deixar de perceber a minha identificação com a utilidade das ações humanas e a análise de suas consequências em relação ao prazer ou dor gerado por tais ações. Essa identificação me pareceu mais contemporânea e realista se comparada com as impressões que me causaram as outras duas grandes linhas de análise da ética; vi no utilitarismo algo palpável e aplicável no cotidiano, uma filosofia direta e útil para os dilemas morais cotidianos. Principalmente em relação à felicidade, a qual todos buscam, mas muitos se perdem pelo caminho, sem orientação ou meios de obtê-la.

A doutrina de Aristóteles sobre a virtude, o homem e sua felicidade me pareceu utópica, como poderíamos ser felizes e obter todas as virtudes elencadas por ele se somos seres imperfeitos. Mesmo se eu conseguisse uma delas, nem todas estariam ao meu alcance, desta forma como atingiria a felicidade se eu não pudesse obter todas elas e me tornar um homem virtuoso em sua plenitude? E ainda temos a ideia de sermos virtuosos realizando nossas atividades com maestria! Será que a ideia de uma felicidade atingida por realizar bem e com satisfação minhas atividades e meu trabalho realmente seria uma felicidade que eu estaria disposto a abraçar? Até poderia ser para alguns, mas não parecia ser o suficiente para mim, pois precisava de alguma coisa além da virtuosidade proposta por Aristóteles.

Depois surgiu Kant, e sua metodologia ligada ao dever. É nosso dever ser feliz, é nosso dever ajudar o próximo, é nosso dever respeitar as leis, com tantos deveres a serem cumpridos não me pareceu restasse algo relacionado com o livre arbítrio, ou alguma coisa que eu pudesse escolher para ser feliz. Quando falava em imperativo categórico e suas leis universais, fim em si mesmo e legislador universal a doutrina de Kant me pareceu meio egocêntrica e fora da realidade, apesar de ter bons fundamentos em certos pontos. Contudo, não sei se foi a palavra dever ou a complexidade da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, mas a verdade é que não consegui sentir apreço por sua forma de pensar a ponto de dissertar a respeito dele.

Por fim me deparei com o Utilitarismo, no início houve uma grande identificação, pensei que havia encontrado uma escola filosófica realmente prática e que poderia ser aplicada em meu cotidiano. Mas quando comecei a estudar Jeremy

Bentham houve um pouco de frustração com relação a sua forma rígida e limitada de agir e pensar. Ele queria calcular todas as probabilidades das ações e suas consequências como se tudo no mundo fosse exato e previsível. Desconsiderava completamente os sentimentos humanos e colocava a razão acima de tudo. Para um jurista como ele, até que isso é bom, principalmente com as questões vividas em sua época. Porém achei sua visão limitada e teimosa, um clássico caso de dogmatismo filosófico, o que também não achei prudente seguir tendo em vista os diversos conhecimentos abordados e adquiridos com a filosofia.

Mas nem tudo estava perdido, a questão retrógrada e dogmática que me incomodava tanto em Bentham pôde ser resolvida com os estudos de John Stuart Mill. Mill propunha uma aplicação do utilitarismo de uma forma muito mais flexível, uma forma de nos nortearmos em questões pontuais, considerando os reais aspectos do ser humano, como suas emoções e sentimentos. A identificação com algo que não fosse tão rígido me cativou, ele pareceu compreender melhor os dilemas morais, que se mantêm atuais. Além disso, acompanhando sua biografia pude perceber sua luta pelos direitos das mulheres, um tema bem atual. Desta forma Mill veio a complementar e modificar o que não me agradava com relação à filosofia de Bentham: não havia mais cálculos e uma razão rígida e cega; passaram a existir orientações e análises que consideravam um contexto maior para o julgamento das ações em relação aos prazeres e as dores. Assim como uma visão de felicidade que dava importância e que considerava as outras pessoas nessa relação.

Desta forma as ideias de virtude e de dever passaram longe de minhas expectativas, assim como os conceitos utilitaristas iniciais propostos por Bentham. Assim, Mill pôde atender as minhas expectativas com relação aos estudos filosóficos sobre as ações humanas, as quais, como ele sustenta, visam maximizar o prazer e minimizar ou evitar a dor para que se alcance a felicidade. Sem esquecer da moralidade presente em cada uma de nossas ações.

Para tratar desses assuntos dividi o estudo aqui presente em quatro partes, para que assim se possa compreender melhor a visão de John Stuart Mill com relação ao utilitarismo e o modelo felicidade proposto por esta filosofia.

Inicialmente apresenta-se a fundação do utilitarismo, a qual foi efetivada por Jeremy Bentham. Como fundador ele foi responsável por reunir vários ensinamentos já existentes e criar um marco para o estudo da utilidade das ações. Para

compreender sua maneira de pensar foi necessário abordar aspectos de sua biografia para depois aprofundarmos-nos em suas teorias. Sem compreender sua realidade e motivações fica mais difícil de entender quais eram os seus objetivos com o utilitarismo. Desta forma é possível mergulhar em seu cálculo da felicidade e utilizá-lo como ferramenta para melhor escolha entre diferentes ações possíveis. Escolhas estas que, conforme sua lição, devem buscar maximizar o prazer e a felicidade humana através da análise puramente racional das situações apresentadas.

Na sequência é realizado o mesmo procedimento metodológico com relação a Mill, assim torna-se possível, da mesma forma que o foi no estudo de Bentham, conhecer sua realidade, suas motivações e pensamentos. Estão presentes as inquietudes que Mill tinha em relação às análises feitas por seu mestre e o que fez para aprimorar os estudos que Bentham havia iniciado. As diferenças entre Mill e Bentham são notáveis para o aprimoramento e humanização do utilitarismo. Como destaque, temos uma qualificação dos prazeres ao invés de apenas uma quantificação, como era proposto anteriormente por Bentham; e também há a existência de princípios secundários, os quais tornam muito mais plausível a moralidade humana tal como concebida pelo utilitarismo milliano.

Posto isso, no capítulo subsequente apresentam-se os prazeres e suas classificações. O objetivo ali é identificar as especificidades dos prazeres superiores e dos prazeres inferiores, ou os do intelecto e os do corpo. Esta distinção foi crucial para Mill, com isso ele pôde criar uma distinção entre os diferentes tipos de prazeres, e desta forma atribuir diferentes valores para eles. Sem criar nenhuma obrigação com relação às escolhas entre eles, deixando o indivíduo com a liberdade de escolha entre qual prazer irá satisfazê-lo melhor, mas enfatizando que toda a escolha gera uma renúncia e uma consequência, seja ela a curto, médio ou longo prazo.

Tendo sido os prazeres classificados, chegou finalmente a hora de falarmos sobre a felicidade gerada por eles. Desta forma, primeiramente são relacionados os prazeres com a felicidade e expostos os conceitos de felicidade, para então se abordar o princípio da maior felicidade. Mas sem deixar de lado os princípios morais existentes em nossas escolhas, pois não existe moral alguma em uma busca desenfreada por prazer ilimitado, e também não é isso que Mill propõe em seus estudos. Com a moralidade posta na equação da felicidade podemos concluir a

parte pertinente ao estudo da felicidade do ponto de vista utilitarista de John Stuart Mill.

2 BENTHAM: O FUNDADOR DO UTILITARISMO

O utilitarismo é uma teoria ética normativa que tem seu foco principal voltado para a análise das ações humanas e que sustenta que estas são guiadas pela dor ou pelo prazer. Seus principais representantes foram os ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). O utilitarismo também possui alguns princípios básicos como o bem-estar, a análise das consequências, a agregação, a otimização, a imparcialidade e o universalismo das ações humanas como determinações do que seja à felicidade e como referências práticas para que se possa alcançar a esta. Como uma ética consequencialista, os princípios do utilitarismo muitas vezes entram em conflito com outros pensamentos filosóficos consagrados, como por exemplo, os das éticas deontológicas e mesmo, em alguns pontos com os princípios apresentados pelas éticas das virtudes.

2.1 Principais elementos biográficos de Jeremy Bentham

Jeremy Bentham nasceu em Londres no dia 15 de fevereiro de 1748, no bairro de *Hondstich* em Londres. Filho e neto de juristas, Bentham era considerado um prodígio, já sabendo ler em grego e latim antes mesmo dos cinco anos de idade. Menino franzino destacava-se por seu intelecto, com o qual adquiriu grande reputação no internato de *Westminster*, onde escrevia versos em grego e latim. No ano de 1760 entrou no *Queen's College* de *Oxford*, onde obteve o título de bacharel em 1763, se tornando o mais jovem graduado da história inglesa. No mesmo ano foi para o *Lincoln's Inn*, o qual era um alojamento da corte britânica destinado a preparar os estudantes para a prática do direito, desta forma Bentham estaria apto para seguir a profissão de sua família, ingressando no fórum quatro anos depois. (PESSANHA, 1989).

Como estudante, Bentham assistiu às aulas de William Blackstone (1723 – 1780) em *Oxford*, autor dos *Comentários sobre as Leis da Inglaterra*. Aulas estas que serviram de motivação para Bentham tentar melhorar o sistema jurídico inglês, tendo em vista que não concordava com os ideais da época, que, em seu ponto de vista, eram ruins e cheios de falhas. Desta forma Bentham se dedicou a escrever um sistema de jurisprudência, civil e penal que pudesse ser considerado justo em

comparação ao que estava sendo praticado na época. Isso o levou a desenvolver uma teoria baseada em valores, passando assim a dedicar sua vida ao desenvolvimento da teoria do direito. (HARRISON, 2003).

Devido a sua criação, educação formal e sistemática lógica de escrever e pensar juridicamente, muitos de seus críticos o acusavam de falta de imaginação e baixo apreço pelas artes. Contudo, um de seus alunos, John Stuart Mill, descreveu um outro Jeremy Bentham, o qual apreciava a música, e também pintura, escultura, entre outras artes que viessem a vislumbrar seus olhos. Exceto quando se tratasse de poesia, a qual considerava uma abominação, pois não empregava as palavras de forma lógica e precisa como era de sua exigência, o que de certo modo era paradoxal em relação a sua forma de pensar.

Muito mais foi dito, sem qualquer fundamento, sobre o seu desprezo pelos prazeres da imaginação e das belas artes. A música foi ao longo da vida a sua diversão favorita; pintura, escultura e outras artes contemplativas aos olhos, ele estava longe de desprezar, sendo que ocasionalmente as reconhecia como meios verdadeiramente importantes para os fins sociais; embora sua ignorância sobre as fontes mais profundas do caráter humano o impediu (como impediu a maioria dos ingleses) de presumir os quão profundamente tais coisas penetram na natureza moral do homem e na educação, tanto do indivíduo como da sociedade. Mas, no mais tênue sentido, ele não concordava com a forma como eram empregadas as palavras na poesia. Ele pensou que as palavras, foram pervertidas de sua função quando estavam sendo utilizadas em proferir qualquer coisa, exceto a verdade lógica e precisa. Ele diz, em algum lugar de suas obras, que, "ser alfinetado gera a mesma quantidade de prazer do que uma poesia", mas esta é apenas uma maneira paradoxal de dizer o que ele realmente pensava sobre as coisas que mais valorizava e admirava. (MILL, 1969, p. 113).¹

Uma das principais inspirações de Bentham foi a obra de Cesare Beccaria (1738 - 1794), que no livro *Dos delitos e das penas*, já demonstrava preocupação com a questão que viria ser a bandeira do utilitarismo fundado por Bentham: buscar o prazer e evitar a dor, assim como uma fórmula para calculá-los. Nesse sentido,

¹ Tradução de: *Much more has been said than there is any foundation for, about his contempt for the pleasures of imagination, and for the fine arts. Music was throughout life his favourite amusement; painting, sculpture, and the other arts addressed to the eye, he was so far from holding in any contempt, that he occasionally recognises them as means employable for important social ends; though his ignorance of the deeper springs of human character prevented him (as it prevents most Englishmen) from suspecting how profoundly such things enter into the moral nature of man, and into the education both of the individual and of the race. But towards poetry in the narrower sense, that which employs the language of words, he entertained no favour. Words, he thought, were perverted from their proper office when they were employed in uttering anything but precise logical truth. He says, somewhere in his works, that, "quantity of pleasure being equal, push-pin is as good as poetry:" but this is only a paradoxical way of stating what he would equally have said of the things which he most valued and admired.*

Beccaria escreve que “...uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.” (BECCARIA, 2001, p.190).

No ano de 1776 Bentham escreve seu primeiro livro, *Um Fragmento sobre o Governo*, onde critica a antipatia de William Blackstone com relação às reformas judiciárias. Essa obra é considerada por muitos como o marco inicial do utilitarismo britânico e o início de uma série de grandes obras escritas por Bentham. Em 1785 Bentham viaja para a Rússia com o intuito de visitar seu irmão Samuel Bentham, porém no caminho acaba visitando a Itália e posteriormente Constantinopla. Chegando a Rússia, ele escreve outra de suas obras, *O Panóptico*. Então, antes de voltar à Inglaterra em 1788, ele já se considerava um cidadão do mundo, não ficando mais restrito ao seu país de origem e se preocupando com a humanidade como um todo. (PERROT, 2008).

Ainda que tenha sido aluno de Blackstone, Bentham foi elogiado por não seguir a estagnação jurídica de seu professor, mesmo este tendo sido um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos. Buscando sempre desafiar os preceitos históricos jurídicos de sua época. Desta forma Mill elogia seu mestre, Bentham, por enfrentar esta árdua caminhada para desenvolver um novo sistema jurídico na Inglaterra.

A história um dia se recusará a dar crédito à tamanha superstição que vinha protegendo essa bagunça perniciosa de análise ou dúvida, "rejeitou" as representações encantadoras de Blackstone por uma estimativa justa da lei inglesa, e proclamada - a vergonha da razão humana para ser a perfeição disso. Glória a Bentham que lidou com essa superstição, esse sopro da morte – aquele que tem sido o Hércules desta hidra, o São Jorge deste dragão pestilento! A honra é toda sua - nada além de suas qualidades peculiares poderiam ter feito isso. (MILL, 1969, p. 103).²

Em 1789 Jeremy Bentham publica sua maior obra, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, na qual descreve “a utilidade como a submissão, científica e calculada, aos dois grandes princípios que governam toda a

² Tradução de: *History will one day refuse to give credit to the intensity of the superstition which, till very lately, protected this mischievous mess from examination or doubt - "passed" off the charming representations of Blackstone for a just estimate of the English law, and "proclaimed" the shame of human reason to be the perfection of it. Glory to Bentham that he has dealt to this superstition its deathblow - that he has been the Hercules of this hydra, the St. George of this pestilent dragon! The honour is all his - nothing but his peculiar qualities could have done it.*

conduta dos indivíduos e das sociedades: a evitação da dor e a busca do prazer.” (PERROT, 2008, p.129). Definindo assim o sistema utilitarista, mesmo que anteriormente já houvesse apresentado o cerne do utilitarismo em seu primeiro livro, o princípio segundo o qual “...a maior felicidade do maior número que é a medida do certo e do errado...” (BENTHAM, 1891, p. 93).

No ano de 1792, Bentham recebe a cidadania francesa, e em 1817 se torna um dos principais membros do grupo de advogados do *Lincoln's Inn*. Bentham também se dedicou à política, à reforma constitucional da Inglaterra e à defesa do radicalismo, além de defender também uma nova codificação de leis. Muito produtivo Bentham escreveu várias obras, nas quais destacam-se: *Um Fragmento sobre o Governo* (*A Fragment on Government*), 1776; *De Leis em Geral* (*Of Laws in General*), 1782; *Defesa da Usura* (*Defense of Usury*), 1787; *O Panóptico* (*The Panoptic*), 1787; *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*), 1789; *Chrestomathia*, 1817; *Sobre a Liberdade da Imprensa e Discussão Pública* (*On the Liberty of the Press and Public Discussion*), 1820; *A Fundamentação da Recompensa* (*The Rationale of Reward*), 1825; *Razão da Evidência Judicial* (*Rationale of Judicial Evidence*), 1827; *Código Constitucional* (*Constitutional Code*), 1830; *A Razão da Punição* (*The Rationale of Punishment*), 1830; *Fragmentos de Pannomial* (*Pannomial Fragments*), 1831.

Assim durante toda sua vida Bentham se dedicou aos seus estudos sobre a teoria do direito e seu sistema utilitarista, e mesmo após a sua morte, em 6 de junho de 1832, ele procurou de alguma maneira continuar sendo útil e inspirar as gerações futuras. Para cumprir com esse compromisso de utilidade, seu corpo foi embalsamado e exposto sentado com suas roupas em uma vitrine na biblioteca da UCL (*University College London*), em Londres. Esse foi seu desejo antes de morrer, dessa forma as pessoas poderiam continuar a discutir suas ideias em sua presença, levando o seu princípio de utilidade ao extremo e servindo de inspiração para as pessoas até os dias de hoje.

A especulação de Bentham, como já sabemos, começou com a lei; e nesse departamento, ele realizou seus maiores triunfos. Ele encontrou a filosofia da lei num caos, e deixou uma ciência: ele fundou a prática da lei e a deixou

como os Estábulos de Áugias, ele minou o rio e depois varreu os detritos, retirando seu lixo. (MILL, 1969, p. 100).³

2.2 O utilitarismo de Bentham

Inspirado nos conceitos e ideais a respeito da análise do comportamento humano foi fundada a ética utilitarista. A doutrina se preocupa com as consequências das ações humanas e se estas consequências se traduzem em prazer ou dor. Apesar de muitos pensadores tratarem destes assuntos ao longo da história, foi Jeremy Bentham que normatizou estes conhecimentos, criando assim a chamada teoria utilitarista e o chamado cálculo hedonista ou *felicific calculus*.

No livro *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, mais especificamente em seu capítulo III, Bentham relata que existem quatro fontes distintas que normalmente originam para o prazer ou a dor. Essas fontes são de natureza física, política, moral e religiosa, e estão ligadas a uma lei ou regra nas ações do homem, podendo com isso serem vistas e sentidas como sanções, as quais são descritas da seguinte maneira:

III. – Se o prazer ou a dor têm lugar ou se esperam na vida presente e no curso ordinário da natureza, não propositadamente modificado pela interposição da vontade de algum ser humano nem por alguma interposição extraordinária de algum ser invisível superior, podemos dizer que tal prazer ou tal dor derivam da – ou têm relação com a – *sanção física*.

IV. - Se o prazer ou a dor têm lugar ou se esperam de pessoa particular ou de um grupo de pessoas na comunidade, as quais, sob nomes correspondentes ao de *juiz*, são escolhidas para o objetivo específico de administrar, de acordo com a vontade do poder soberano ou supremo de governo existente no Estado, podemos dizer que o prazer e a dor dimanam da *sanção política*.

V. - Se o prazer e a dor estiverem nas mãos de pessoas que *por acaso* ocupam um lugar de destaque na comunidade, segundo a disposição espontânea de cada pessoa, e não de acordo com alguma regra estabelecida ou acordada, podemos dizer que o prazer e a dor derivam da *sanção moral* ou *popular*.

VI. – Se dependerem da mão imediata de um ser superior invisível, quer na presente vida, quer em uma vida futura, pode-se dizer que derivam da *sanção religiosa*. (BENTHAM, 1974, p. 19 -20).

³ Tradução de: *Bentham's speculation, as we are already aware, began with law; and in that department he accomplished his greatest triumphs. He found the philosophy of law a chaos, he left it a science: he found the practice of the law an Augean stable, he turned the river into it which is mining and sweeping away mound after mound of its rubbish.*

Desta forma, se um indivíduo que vive em uma determinada sociedade comete um delito, como por exemplo, roubar de um de seus semelhantes e se for pego, tal indivíduo poderá sofrer sanções das quatro fontes acima citadas. Como sanção física será aplicada a ele uma dor física equivalente ao dano causado ou ao do valor roubado, dentro do pressuposto de equidade. O que será proveniente muitas vezes de uma sanção política, sendo julgado pelos meios legais existentes nesta sociedade. Da mesma forma que ele será atingido pela sanção popular que condena tal ação dentro desta mesma sociedade, causando-lhe dor pelo fato da repreensão moral sofrida pela sua comunidade, levando-o a sentir vergonha, tristeza, arrependimento, resignação, ou qualquer outro sentimento gerado no indivíduo que venha a lhe causar dor. Em decorrência destas sanções o indivíduo poderá também ser atingido por uma sanção religiosa, que o faz refletir sobre suas ações, e se estas ações também serão julgadas por seres superiores em sua próxima vida. Isso tendo em vista que tais seres existam e que possam realizar tal julgamento e ainda aplicar-lhe a devida punição em decorrência do ato por ele executado nesta vida e que gerou tamanha dor para a sociedade em questão.

Com o relato destas quatro fontes de prazer ou dor e as características de suas sanções é possível identificar a presença da religião nas lições de Bentham. John Stuart Mill também descreve essa forma de pensar de Bentham quando afirma que “Ele não exclui a religião; a perspectiva de recompensas divinas e punições que ele inclui sob a cabeça de “interesse próprio”, e o sentimento devocional sob a simpatia com Deus.”. (MILL, 1969, p. 94).⁴

Diante dessa classificação de sanções, pode-se observar as inquietudes presentes na vida de Bentham em relação à realidade de sua época, e as injustiças que presenciava e que o deixavam inconformado. Inquietudes estas que eram originadas nos sistemas jurídico, político e religioso, os quais impunham diferentes formas de punições aos cidadãos, punições estas muitas vezes desmedidas, que visavam causar a maior dor possível aos transgressores das leis vigentes. O que levou Bentham a desenvolver uma forma considerada por ele mais justa para avaliar as sanções a serem aplicadas. Ele fez isso através de cálculos que pudessem estimar o prazer ou a dor de uma pessoa ou sociedade diante de uma determinada

⁴ Tradução de: *He does not exclude religion; the prospect of divine rewards and punishments he includes under the head of "self-regarding interest", and the devotional feeling under that of sympathy with God.*

situação. O cálculo hedonista de Bentham ou *felicific calculus*, considera pelo menos sete circunstâncias para o seu desenvolvimento.

Na determinação do cálculo do maior prazer, o chamado *felicific calculus*, ou simplesmente cálculo hedonista, ao menos sete circunstâncias devem ser consideradas: sua intensidade (prazeres intensos são preferíveis), sua duração (quanto mais tempo durar o prazer melhor), sua certeza ou incerteza (um prazer certo tem mais valor no cálculo do que um incerto), sua proximidade (um prazer que está próximo de ser obtido é preferível a um que está longe), sua fecundidade (a probabilidade de que ele seja seguido por outras sensações prazerosas), sua pureza (a probabilidade de que ele não seja seguido por sensações desprazerosas), e finalmente a sua extensão, isto é, o número de pessoas ao qual o prazer se estende. (NAHRA, 2014, p. 271).

Para exemplificar esse procedimento do cálculo hedonista de Bentham inicia-se escolhendo qualquer pessoa que possa ser afetada por uma determinada ação. Determinada a pessoa, atribui-se empiricamente um valor de intensidade para cada tipo de prazer que possa se apresentar nela diretamente em virtude da ação. Por exemplo, para uma ação Alpha atribui-se o valor 70 enquanto a intensidade de prazer, e para uma ação Beta o valor de intensidade 50 desse mesmo prazer, assim a ação Alpha gerará uma intensidade maior de prazer.

Depois se leva em consideração a duração de cada ação, assim para a Alpha associasse um valor de duração equivalente a 10 e um valor de 20 para a ação Beta, desta forma a Beta será mais duradoura do que a Alpha. Seguindo no mesmo raciocínio tem-se agora que determinar a certeza em relação a ocorrência das ações, coloca-se por exemplo 90 para a ação Alpha e 50 para a Beta, ou seja, a probabilidade da ação Alpha ocorrer é maior.

Segue-se com a atribuição de proximidade, que estima qual das ações está mais próxima de ocorrer, assim coloca-se 20 para a Alpha e 70 para a Beta, portanto a ação Beta está muito mais próxima de acontecer. Posteriormente tem-se que considerar a fecundidade das ações, se elas geram outros prazeres, assim para a ação Alpha associa-se um valor de 30 e para a Beta 60, representando que a ação Beta possui maior probabilidade de gerar outros prazeres futuros.

Agora chega o momento de analisar a pureza das ações, assim analisa-se qual das ações não será procedida por dor, seguindo o exemplo, atribui-se 20 para a ação Alpha e -30 para a ação Beta, o que representa que a ação Beta resultará em dor, decorrido o prazer inicial da ação. Por último é analisada a extensão das consequências das ações, assim para a Alpha tem-se 0 e para a Beta 50, o que

determina que a ação Beta apresentará uma interação com um número maior de pessoas do que a Alpha.

Como resultado final, tabulando-se os resultados atribuídos em cada uma das etapas e somando-os algebricamente, se obtêm o valor de 240 para a ação Alpha e 270 para a ação Beta. O que significa dizer que do ponto de vista utilitarista de Bentham e da aplicação do seu cálculo de felicidade, a ação que resulta em melhores resultados é a ação Beta. Ação essa que gerará o maior prazer para o maior número de pessoas, de acordo com o utilitarismo e o cálculo hedonista de Bentham.

Partindo para um exemplo mais palpável, rotineiro, prático e de certo modo até mesmo banal, pode-se escolher entre comer uma fruta ou um doce quando se está com fome, atentando ao fato que esta ação afeta apenas um indivíduo, que os valores atribuídos são hipotéticos e que se esta for uma ação esporádica ela não resultará em grandes impactos para a vida futura de uma pessoa. Para começar, a ação de comer uma fruta atribui-se o valor 40, enquanto a intensidade de prazer, e para a ação de comer um doce o valor de intensidade 90 desse mesmo prazer, assim a ação de comer um doce gerará uma intensidade maior de prazer. Isso tendo em vista que o doce ou açúcar branco aumenta a produção de serotonina no corpo humano, o que intensifica a sensação de prazer.

Segue-se considerando a duração de cada ação, assim para o doce associasse um valor de duração equivalente a 30 e um valor de 40 para a fruta, desta forma tem-se que a fruta leva mais tempo para ser consumida do que o doce. Seguindo a mesma linha de raciocínio tem-se agora que determinar a certeza em relação a ocorrência das ações, coloca-se por exemplo, 60 para a ação de comer o doce e 30 para a da fruta, ou seja, a probabilidade de se comer o doce é maior do que a de se comer a fruta. O doce muitas vezes se torna mais atrativo para as pessoas em decorrência do seu fácil acesso e sensação inicial de prazer, como já foi abordado anteriormente, assim justifica-se a sua maior probabilidade de ocorrência em relação à fruta.

Agora vem a atribuição de proximidade, que estima qual das ações está mais próxima de ocorrer, assim coloca-se 80 para doce e 60 para a fruta, portanto a ação de comer um doce está mais próxima de acontecer, seguindo a mesma lógica das etapas anteriores. Depois deve-se considerar a fecundidade das ações, se elas geram outros prazeres, assim para a ação de comer um doce associa-se um valor

de -10 e para a fruta 80, representando que a ação de comer uma fruta possui maior probabilidade de gerar outros prazeres futuros. Isso porque a fruta traz consigo diversas vitaminas benéficas para o corpo, enquanto o açúcar branco de um doce não apresenta tais benefícios que se apresentarão futuramente na saúde do indivíduo.

Seguindo, é hora de verificar a pureza das ações, assim analisa-se qual das ações não será seguida por dor, seguindo o exemplo, atribui-se -30 para a ação do doce e 70 para a ação relacionada a fruta, o que representa que a ação de comer um doce resultará em uma quantidade maior de dor após o prazer inicial da ação, indo ao encontro da justificativa anterior. Ao final é analisada a extensão das consequências das ações, assim tanto para o doce quanto para a fruta coloca-se o valor de 0, tendo em vista que esta é uma ação que envolve somente o próprio indivíduo.

Como resultado final do cálculo hedonista de Bentham para esta ação, se obtém o valor de 220 para a ação de comer um doce e 320 para a ação de comer uma fruta. Assim, mesmo um doce apresentando uma maior intensidade de prazer inicial, ao final de todas as considerações do cálculo, a melhor escolha seria comer uma fruta, considerando principalmente a fecundidade e pureza da ação. Lembrando que esta ação isoladamente não representa grande impacto para a vida da pessoa, a referida ação e sua importância só serão relevantes caso o doce passe a se tornar a escolha mais frequente ou única para o indivíduo durante toda a sua vida.

Mesmo este sendo um método empírico e pessoal devido a natureza da atribuição de seus valores, segundo Bentham com esse procedimento é possível calcular se um determinado ato trará benefícios ou não ao indivíduo e à comunidade. Assim pode-se também realizar a comparação entre diferentes ações e estimar qual delas é mais benéfica, gerando o maior prazer tanto para um único ser humano quanto para o maior número de pessoas.

Sendo assim o sistema proposto por Bentham visa analisar as consequências das ações para determinar se tais ações geram prazer ou dor para o maior número de pessoas, de acordo com seus princípios. Princípios estes que tem como objetivo fazer com que as ações humanas tenham um caráter de utilidade para o aumento do prazer e consequentemente da felicidade, baseando-se na aprovação ou não de tais ações e desenvolvendo assim o princípio de utilidade das ações humanas.

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a compreender a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo em particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo. O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo. (BENTHAM, 1989, p. 4).

Bentham, portanto não se preocupava apenas com a felicidade do indivíduo, mas sim com a felicidade da população em geral, sendo assim o governo também possuía sua parcela de contribuição para que fosse possível conseguir lançar a felicidade para o maior número de pessoas. Contudo Bentham continuava a receber duras críticas, pois como seria possível quantificar as ações humanas, transformá-las em números não era uma tarefa fácil. Mas Bentham continuava se apoiando em Beccaria nesta questão, o qual pressupunha que os legisladores tivessem habilidade suficiente para tal, devido à qualidade de sua educação.

Além desta subjetividade na realização de seus cálculos, Bentham também recebia outras críticas em relação à fragilidade de seu princípio utilitarista. Dentre elas a limitação em colocar o homem como escravo apenas do prazer e da dor, as quais possuem apenas diferenças quantitativas e não qualitativas, porque um homem deveria se sacrificar para o prevalecimento do bem-estar da maioria, e como se tornar imparcial para avaliar as ações de forma justa, lembrando que toda a sua teoria se baseia em um fundamento jurídico. Mas Bentham nunca sentiu necessidade de se aprofundar e buscar responder a tais indagações, pois sempre esteve seguro de seus princípios, tratando-os de forma dogmática.

É provável, no entanto, que devemos a Bentham tudo o que foi feito pelo princípio da utilidade; que era necessário para ele encontrar um primeiro princípio, que ele pudesse perceber como auto evidente, e para o qual ele poderia anexar todas as suas outras doutrinas como consequências lógicas:

que a unidade sistemática era uma condição indispensável da sua confiança em seu próprio intelecto. (MILL, 1969, p. 111).⁵

Contudo Bentham também recebeu críticas quanto ao seu trabalho, principalmente por renegar a importância da formação de caráter, as consequências das ações no espírito e a falta de aprofundamento com relação às questões de ética prática. O que levou sua filosofia a ser taxada de sistematicamente mecanizada, ou seja, faltou-lhe tato para compreender a realidade humana, seus anseios e variações. Isso provavelmente se deve ao fato de ter tratado o utilitarismo como uma fórmula para o estabelecimento de padrões a serem seguidos, da mesma forma que as leis o são. Desta forma sua preocupação não estava em deixar sua ética sensível às percepções humanas, como posteriormente fez Mill, mas sim em deixá-la principalmente sistemática, para que qualquer um pudesse aplicá-la em quaisquer circunstâncias, sem que houvesse muitas discrepâncias ou atenuações em sua forma de agir e pensar.

Na medida em que Bentham adotou o princípio da utilidade, isso o induziu a rever sua devoção sobre as “consequências” das ações como sendo a consideração determinante de sua moralidade, até então, ele estava indiscutivelmente no caminho certo: Entretanto, para ir longe sem andar errante, era necessário um conhecimento maior sobre a formação do caráter e das consequências das ações sobre o próprio estado de espírito do agente, isso em relação ao que Bentham já possuía. Sua falta de domínio para estimar esta classe de consequências, juntamente com sua falta de consideração para com aqueles que não possuíam competência para experimentar suas próprias experiências, e dependiam da experiência de outros sobre o assunto, limitou muito o valor de suas especulações sobre as questões de ética prática. Ele também é cobrado por outro erro, que seria inadequado transpor, porque nada tendeu a colocá-lo mais em oposição aos sentimentos comuns da humanidade, e dar a sua filosofia um frio ar mecânico e não original que caracteriza a ideia popular de um Benthamita. (MILL, 1969, p. 111-112).⁶

⁵ Tradução de: *It is probable, however, that to the principle of utility we owe all that Bentham did; that it was necessary to him to find a first principle which he could receive as self-evident, and to which he could attach all his other doctrines as logical consequences: that to him systematic unity was an indispensable condition of his confidence in his own intellect.*

⁶ Tradução de: *In so far as Bentham's adoption of the principle of utility induced him to fix his attention upon the “consequences” of actions as the consideration determining their morality, so far “he was indisputably” in the right path: though to go far in it without wandering, there was needed a greater knowledge of the formation of character, and of the consequences of actions upon the agent's own frame of mind, than Bentham possessed. His want of power to estimate this class of consequences, together with his want of the degree of modest deference which, from those who have not competent experience of their own, is due to the experience of others on that part of the subject, greatly limit the value of his speculations on questions of practical ethics. He is chargeable also with another error, which it would be improper to pass over, because nothing has tended more to place him in opposition to the common feelings of mankind, and to give to his philosophy that cold, mechanical, and ungenial air which characterizes the popular idea of a Benthamite.*

Bentham desenvolveu sua filosofia como se fosse gerir um negócio, suas práticas organizadas e abrangentes de analisar os arranjos sociais é o que engrandece seu trabalho. Colocando-o assim entre os grandes pensadores da história humana, mesmo com os pontos conflitantes presentes em seu trabalho e minados por seus críticos, os quais não eram muito ouvidos por ele, uma vez que estava sempre convicto de seus ideais.

2.3 Aspectos gerais do utilitarismo

Para compreender a origem do utilitarismo e o papel de Bentham em sua concepção é necessário ter sempre bem presente que a teoria ética normativa do utilitarismo possui sua base no princípio da utilidade e da maior felicidade. Contudo a relação entre eles é estabelecida por Bentham como de interdependência, sendo que a felicidade é construída através das ações que nos são úteis em prol do prazer, que por sua vez são norteadas pela razão e pela lei. Como para muitas pessoas as ideias de utilidade e felicidade nem sempre estão diretamente associadas, ele tenta deixar clara essa relação quando descreve que a utilidade de nossas ações visa o prazer e por consequência a felicidade das pessoas afetadas por tais ações que, por conseguinte lhe são úteis.

A palavra “utilidade” não ressalta as idéias de prazer e dor com tanta clareza como o termo “felicidade” (*happiness, felicity*); tampouco o termo nos leva a considerar o número dos interesses afetados; número do reto e do errado, a única que pode capacitar-nos a julgar a retidão da conduta humana, em qualquer situação que seja. Esta falta de conexão suficientemente clara entre as idéias de felicidade e prazer, por uma parte, e a idéia de utilidade, por outra, tem constituído mais de uma vez, para certas pessoas – conforme pude constatar -, um obstáculo para a aceitação do princípio acima, aceitação que, de outra forma, possivelmente não teria encontrado resistência. (BENTHAM, 1984, p. 3).

Além destes princípios o utilitarismo possui como características de seu pensamento o consequencialismo e o hedonismo, os quais norteiam as ações humanas na visão dos utilitaristas de modo geral. Portanto o primeiro passo aqui é expor para então compreender tais conceitos, de modo a esclarecer o florescer iluminista desta escola filosófica. Mesmo que Bentham apresente uma concepção restrita da natureza humana, conforme descreve John Stuart Mill em seus ensaios sobre ética, religião e sociedade.

O homem é concebido por Bentham como um ser suscetível aos prazeres e dores, e governou toda a sua conduta em parte pelas diferentes modificações de interesse próprio, e as paixões comumente classificadas como egoístas, em parte por simpatias, ou ocasionalmente antipáticas, para outros seres. (MILL, 1969, p. 94).⁷

Mas mesmo que Bentham tenha essa concepção do ser humano, isso não altera a definição do consequencialismo da qual o utilitarismo faz parte, o qual se apresenta como uma teoria que considera que o valor de uma determinada ação depende somente de suas consequências. Assim, em um primeiro momento ela não se preocupa com normas ou princípios estabelecidos pelo homem, mas sim com o que é certo ou errado em consequência das ações humanas, diferentemente das teorias das virtudes, que se preocupam com o caráter da ação. E principalmente contrapondo-se as teorias deontológicas, como a ética do dever, desenvolvida por Kant, que se preocupam com as propriedades normativas da ação e não somente com suas consequências.

As teorias consequencialistas diferenciam-se das teorias deontológicas exatamente e primeiramente em função do fato de que as teorias deontológicas estabelecem que a determinação de propriedades normativas seja independente das consequências da ação, estando diretamente vinculadas àquilo que devemos não fazer. As teorias deontológicas estabelecem normas ou princípios que não devemos violar, e a partir destes é definido o que é o certo e o errado. As teorias consequencialistas, ao contrário, estabelecem que o certo e o errado só podem ser estabelecidos no cálculo das consequências da ação. (NAHRA, 2014, p. 268-269).

Para ilustrar essa diferença de pensamento pode-se considerar como exemplo a mentira. Para Kant a mentira é totalmente inadmissível, seja qual for a circunstância, pois se fosse possível e permitido mentir, estaria se destruindo um dos principais alicerces da sociedade e não haveria mais como confiar nas pessoas. Porém os consequencialistas não são tão radicais quanto Kant nesta questão, eles também dizem que a mentira é errada, mas se esta mentira trouxer boas consequências ela é admissível, sobretudo se for para um grande número de pessoas.

O consequencialismo não informa para as pessoas qual ação é certa ou errada, ele serve como um método de orientação para auxiliar no processo de escolha entre diferentes ações propostas. Sendo assim, não é tão simples como

⁷ Tradução de: *Man is conceived by Bentham as a being susceptible of pleasures and pains, and governed in all his conduct partly by the different modifications of self-interest, and the passions commonly classed as selfish, partly by sympathies, or occasionally antipathies, towards other beings.*

parece tomar uma decisão baseada nas consequências das ações, já que as variáveis envolvidas podem não ser totalmente conhecidas ou apresentarem-se controversas para diferentes pessoas. Este fato pode ser observado claramente no exemplo de Cinara Nahra sobre a construção de uma usina hidrelétrica e dos dilemas apresentados com a implantação de tal construção.

Por exemplo, um governo Y decide construir uma usina hidrelétrica que teria capacidade para abastecer duas mil casas em uma área extremamente carente de energia. A hidrelétrica vai acelerar o desenvolvimento econômico na região, tendo como consequência direta a diminuição dos índices de miserabilidade. A construção da hidrelétrica então parece trazer boas consequências, e assim esta deveria ser aprovada.

Acontece, porém, que no processo de construção da hidrelétrica pesquisadores descobriram que exatamente no mesmo local onde deveria ser feita a construção vive um tipo de anfíbio raríssimo, o chamado sapo da barriga vermelha, uma espécie endêmica que não existe em nenhum outro lugar do mundo, e a construção da hidrelétrica colocaria em risco a sua sobrevivência. A construção da hidrelétrica, agora, geraria, além das consequências boas, também consequências ruins, e, portanto teríamos agora razões consequencialistas para argumentar que seria melhor se a hidrelétrica não fosse construída.

Como então decidir esta questão? Aqui o consequencialista diria que devemos fazer o cálculo das consequências da construção e da não construção da hidrelétrica, e só assim, então baseados neste cálculo decidiríamos. Ele nos daria, inicialmente, apenas um procedimento de decisão, um método para resolver a questão. (NAHRA, 2014, p. 269-270).

Esse exemplo se mostra adequado para demonstrar as dificuldades que podem se apresentar diante das escolhas norteadas pelo utilitarismo. O cálculo das consequências proposto para se chegar a melhor solução pode apresentar vários problemas, como a complexidade, a parcialidade dos envolvidos, a falta de conhecimento, entre outros, levando a uma inviabilidade da mensuração de tal situação. Será que o risco de extinção de toda uma espécie é um custo aceitável a se pagar pelo bem maior de uma parcela da população humana. E se ao invés de uma espécie animal estivesse envolvida a vida de um semelhante, um outro ser humano, como é o caso da pena de morte.

Muitos países aplicam a pena de morte como forma de punição aos cidadãos que não seguem suas leis: “De acordo com a Anistia Internacional, 57 países ainda aplicam a pena de morte com frequência. Outros 35 têm legislação que permite a pena capital, mas não a aplicam há mais de 10 anos.” (CASTRO, 2015). Mas será que a pena de morte seria a melhor forma de sanção? Qual crime deveria ser punido com tamanha severidade? E se a punição fosse aplicada a um inocente? Todas estas questões sempre são levantadas quando se trata de um assunto tão

controverso e de tamanho impacto para a sociedade. Diante da análise das consequências ela pode até trazer benefícios para a sociedade como um todo, diminuindo a criminalidade ou servindo como ferramenta de controle e repressão da população. Porém, por outro lado se estaria também quantificando a vida humana, o que a tornaria um bem mensurável, e a partir desse valor estabelecido poderiam se perder os princípios fundamentais da vida e consequentemente do convívio social.

Pode-se perceber que em cada exemplo a ser colocado na perspectiva utilitarista apresenta-se a dificuldade de se implementar a imparcialidade proposta por seus defensores, pois frequentemente existe a possibilidade de se obter diferentes pontos de vista ou diferentes cálculos de valores em virtude de sua empatia e experiências anteriores. Situações estas relacionadas à quantidade de prazer e dor provenientes de tais ações originadas de diferentes escolhas. Escolhas estas norteadas pelo método de análise das consequências apresentadas pelo consequencialismo e suas derivações, as quais sempre seguem o mesmo princípio ou método analítico, como é o caso do hedonismo.

Além do consequencialismo outra forte característica do utilitarismo é o hedonismo, que em grego significa prazer, ou seja, envolve todas as teorias que fazem referência à busca do prazer como o bem supremo do ser humano. O hedonismo começou a ser desenvolvido na Grécia antiga por pensadores como Aristipo, Eudócio e Epicuro, os quais acreditavam que as ações humanas eram decorrentes da busca pelo prazer e ausência da dor. Mas essa concepção não é tão simples quanto parece, pois, primeiramente deve-se considerar que existem diferentes tipos de prazer, para depois considerar que também existem variantes do hedonismo.

Podem ser distinguidas quatro concepções do prazer. 1) O prazer entendido como uma sensação corporal uniforme que se repete. ... 2) O prazer entendido como o que amamos, desejamos ou preferimos. ... 3) O prazer entendido como o que desejamos manter. ... 4) O prazer entendido como uma coloração agradável com muitas nuances e a polaridade geral do desprazer. (WOLF, 2003, p. 715).

Como exemplo de concepção do prazer como uma sensação corporal pode-se citar um som agradável, uma paisagem deslumbrante ou um calor aconchegante em um dia de frio, assim tem-se as sensações corporais como algo externo que é percebido pelos sentidos e geram prazer ao corpo. Para exemplificar o prazer que

amamos pode ser um pouco mais difícil, pois envolve um grau maior de subjetividade, mas mesmo assim é possível observá-lo no amor de um pai ou uma mãe para com seu filho, ou ainda no prazer obtido com a conquista de um campeonato pelo seu time de futebol. No prazer concebido pelo que desejamos manter pode estar presente o desejo de poder continuar fazendo algo que se ama, como alguém que ama seu trabalho e não deseja perdê-lo, ou ainda alguém que deseja manter uma relação afetiva e a cultiva para que ela perdure. Por fim, o prazer visto como uma coloração agradável com muitas nuances está relacionado as sensações mentais de prazer, como um *insight*, e a polaridade geral do desprazer como uma frustração ou um medo, os quais não geram prazer ao indivíduo, mas sim dor.

Em virtude disso apresenta-se a importância de perceber que existem diferentes tipos de hedonismo, assim como existem diferentes tipos de prazer. Desta forma temos o hedonismo psicológico, que trabalha o prazer como um motivador para ação e a dor como um inibidor desta ação, de modo a direcionar o comportamento humano. Temos também o hedonismo axiológico, que além da motivação pela busca do prazer considera também os valores morais envolvidos na ação. Por fim tem-se o hedonismo normativo e suas variantes, o qual afirma que a felicidade deve ser almejada por todos os homens.

No hedonismo normativo encontramos o egoísmo, que leva as pessoas a agirem em virtude de seus interesses próprios, e o hedonismo utilitarista, o qual pode ainda ser dividido em quantitativo e qualitativo para julgar se uma ação é correta, levando ao prazer, ou errada, levando a dor. A quantitativa foi desenvolvida por Bentham, que considera o mesmo valor para todos os tipos de prazer, diferenciando-os apenas na quantidade. E a qualitativa desenvolvida por Mill, que passa a considerar também a qualidade dos prazeres. (WOLF, 2003).

O consequencialismo e seu hedonismo foram trabalhados por vários pensadores e guiaram a vida de muitas pessoas por séculos. A análise das consequências das ações e a busca pelo prazer e ausência da dor sempre foram princípios seguidos por grande parte da humanidade. Sendo assim o que delimitou o início de uma nova ética normativa para o pensamento utilitarista foi que Bentham pegou ideias já existentes e deu a elas um ar normativo, transformando-as em uma receita para a determinação da felicidade, fazendo isso através do seu cálculo hedonista. Fato esse que resultou em um marco para a fundação da doutrina

utilitarista proposta por Jeremy Bentham e colaborou com o direito, e com os legisladores em prol da criação de leis que beneficiassem o maior número de pessoas possível.

Bentham não separa sua crítica da legislação de sua teoria hedônica de valor. Dentro de sua visão, expõe as falhas de uma lei ou instituição considerando o equilíbrio de prazer e a dor produzida, em contraste com o equilíbrio de prazer e dor que poderia resultar de uma lei diferente. Mas a aparente plausibilidade de algumas das críticas de Bentham podem não depender desses cálculos hedônicos. Se acharmos que as leis pobres do século XIX simplesmente aumentam a dependência e destituição dos pobres, que são forçados a entrar em casas de trabalho, não podemos parar para calcular o quão doloroso eles acham sua situação, e o quão agradáveis as pessoas a acham, em comparação com o equilíbrio de prazer e dor que resultariam de medidas mais efetivas. Provavelmente somos influenciados pelo pensamento de que algumas pessoas sofrem imerecidas privações, e que outras pessoas mostram indiferença ou insensibilidade. (IRWIN, 2009, p. 412-413).⁸

Assim o utilitarismo de Bentham e seu legado deixaram muitos ensinamentos para as gerações futuras, sejam para a teoria do direito, sejam para a própria teoria utilitarista e seus seguidores. Ensinamentos estes que podem ser expressos em três princípios básicos segundo Tim Mulgan:

O princípio de utilidade diz aos legisladores para produzirem leis que maximizem a felicidade;
 O princípio de utilidade é a única base possível para a moralidade – qualquer outra coisa é meramente “capricho”;
 O princípio de utilidade deve definir todos os direitos legais. A ideia de direitos naturais é um “absurdo sobre pernas de pau”. (MULGAN, 2012, p. 64).

⁸ Tradução de: *Bentham does not separate his criticism of legislation from his hedonic theory of value. In his view, we expose the flaws in a law or institution by considering the balance of pleasure and pain it produces, in contrast to the balance of pleasure and pain that might result from a different law. But the apparent plausibility of some of Bentham's criticisms may not depend on these hedonic calculations. If we find that 19th-century Poor Laws simply increase the dependence and destitution of the poor who are forced into workhouses, we may not stop to calculate how painful they find their situation, and how pleasant other people find it, in comparison with the balance of pleasure and pain that would result from more effective measures. We are probably influenced by the thought that some people suffer undeserved deprivation, and that other people display indifference or callousness.*

3 MILL: O REFINAMENTO DO UTILITARISMO

O utilitarismo fundado por Jeremy Bentham se mostrou uma metodologia ética adequada para a orientação das pessoas em relação às escolhas das ações que propiciem a maior felicidade para o maior número de pessoas, fazendo isso através da quantificação dos prazeres proporcionados por tais ações. Não obstante isso, esse método sofreu várias críticas por causa de certa insensibilidade em relação ao trato das ações e John Stuart Mill entrou em cena para melhorar a imagem do utilitarismo e torná-lo mais humanizado.

Mill propôs alternativas ao pensamento dogmático de Bentham, buscando com isso refinar o modelo utilitarista e torná-lo menos rígido e mais aplicável ao dia a dia das pessoas. As principais diferenças propostas por Mill estão em defender uma qualificação dos prazeres ao invés de apenas uma quantificação, fugindo assim da acusação de uma visão taxada de animalesca por seus críticos. Além da defesa da existência de princípios secundários e da intercessão em prol de um papel mais atuante das mulheres no cenário social e político.

3.1 Principais elementos biográficos de John Stuart Mill

O pai de John Stuart Mill, James Mill (1773 - 1836), também foi um filósofo. James veio para a Inglaterra, vindo de uma localidade pobre na Escócia, e devido às ambições de sua mãe, o nome da família logo foi alterado de Milne para Mill; ela também procurou aproximar-se das pessoas dignas do local. Desta forma James teve que se esforçar muito também, com 17 anos passou a ser tutor da filha de Sir John Stuart e foi enviado para a Universidade de Edimburgo. Já formado, em 1802, Sir John Stuart ofereceu-lhe um trabalho em Londres como editor e escritor, três anos depois se casou com Harriet Burrow, a qual era filha de uma viúva de *Yorkshire*, e que possuía uma grande riqueza proveniente da administração de um hospital psiquiátrico. O filho resultante da união entre James e Harriet nasceu logo depois, e foi chamado de John. (CRISP, 1997).

John Stuart Mill nasceu em 20 de maio de 1806 em Londres, sua educação começou em casa por intermédio de seu pai James Mill. Assim não frequentou nenhuma escola formal da época, uma vez que seu pai era filósofo e economista

orientado por Bentham, desta forma James Mill se tornou responsável pela educação de seu filho. Desde cedo aprendeu grego e latim, ainda jovem dominava os princípios da economia, matemática, lógica e história. Quando tinha quatorze anos foi para a França e ficou hospedado na casa do irmão de Bentham, Samuel Bentham, para dedicar-se aos estudos de química e biologia, além de continuar a desenvolver problemas matemáticos. No ano seguinte, 1821, retornou para a Inglaterra e entrou em contato com *O Tratado de Legislação*, obra escrita por Etienne Dumont sobre as doutrinas de Jeremy Bentham. Através desse livro Mill começou a ordenar seus pensamentos e orientar seu objetivo de vida para uma reforma mundial. Desta forma começou a coordenar discussões em grupo, escrever para a imprensa, elaborar artigos críticos sobre as leis, as decisões do sistema judiciário e sobre os debates parlamentares da época. (GIANNOTTI, 1989).

Em 1823 começou a trabalhar com seu pai na Companhia das Índias Orientais, entorno dos vinte anos foi atingido por uma profunda depressão nervosa em virtude de sua rígida educação. A poesia foi quem o ajudou a recuperar-se deste problema de saúde, principalmente a poesia de William Wordsworth (1770 - 1850), além da poesia Mill teve contato também com o positivismo e a filosofia das ciências naturais. Esse contato com a poesia serviu como norteador de seus sentimentos, e auxiliado pelos ensinamentos de Auguste Comte e Saint-Simon, Mill elaborou algumas de suas ideias principais para o desenvolvimento de sua filosofia utilitarista. Recuperado de seus problemas de saúde Mill manteve-se fiel aos princípios de Bentham, e, após a morte de seu pai, em 1836, foi promovido para o cargo de supervisor na Companhia das Índias Orientais. (NEIVA, 2007).

No ano de 1851 se casou com Harriet Taylor (1807 - 1858), uma amiga de longa data cujo marido recém havia morrido, e em 1854 viajou para França e Grécia com o objetivo de recuperar-se novamente de problemas em relação a sua saúde. Mill retira-se da Companhia das Índias Orientais em 1858 devido à morte de sua esposa. Em 1865 passa a fazer parte do Parlamento Inglês, eleito pelo distrito de *Westminster*, sendo também nomeado reitor da Universidade de *Saint Andrew*. Inspirado por sua esposa, Mill se tornou um defensor dos direitos das mulheres. Como desdobramento disso, denunciou a opressão sofrida por elas no âmbito social e, em 1867, propôs ao parlamento que o voto político das mulheres fosse adotado, porém não obteve sucesso com tal iniciativa. Mill passou os últimos anos de sua vida com sua enteada Helen em *Avignon* na França, onde ficavam seis meses por

ano desde a morte de sua esposa. Ele continuou escrevendo ensaios e cartas, até a sua morte, que se deu em 8 de maio de 1873 devido a uma forte febre.

Dentre as principais obras escritas por John Stuart Mill destacam-se: *Sistema de Lógica Dedutiva* (1843), *Princípios de Economia Política* (1848), *A Liberdade* (1859), *Utilitarismo* (1861), *O Governo Representativo* (1861) e *Sujeição das mulheres* (1869). (NEIVA, 2007).

O utilitarismo foi a religião de Mill. Ele foi criado pelo seu pai na fé utilitarista e permaneceu fiel a ela por toda a sua vida. Como muitos filósofos antes e depois, Mill procurou prover a sua religião com uma defesa filosoficamente sofisticada, informada pelas principais correntes filosóficas e culturais de sua época. (MULGAN, 2012, p. 31).

John Stuart Mill, frequentemente, é considerado o maior filósofo de língua inglesa do século XIX por sua contribuição e dedicação às diversas áreas em que atuou. Seja com suas publicações, seja por sua dedicação ao desenvolvimento do utilitarismo ou pela defesa dos direitos das mulheres. Mill foi um pensador a frente de seu tempo, que se entregou de corpo e alma para perpetuar seus ideais filosóficos morais e políticos.

Ele não conseguiu converter o mundo para o utilitarismo, e, isso pode ter sido bem demonstrado para ele, em suas tentativas para trazer reformas radicais no sistema político britânico. Mas Mill percebeu que nenhuma pessoa poderia ter alcançado esses objetivos, e suas últimas palavras para sua enteada sugerem que ele estava satisfeito com suas realizações: "Você sabe que eu fiz o meu trabalho". (CRISP, 1997, p. 7).⁹

3.2 A evolução de Mill em relação ao utilitarismo de Bentham

Diante do legado deixado por Bentham, Mill se preocupou em defender o princípio da utilidade como um primeiro princípio ético, e esclarecer os mal-entendidos herdados de Bentham e evidenciados por seus críticos. A crença de Mill era que os críticos do utilitarismo estavam nesta posição ofensiva e ríspida por não conhecerem a fundo seus princípios teóricos.

⁹ Tradução de: *He had failed to convert the world to utilitarianism, and, it may well have appeared to him, in his attempts to bring about radical reform in the British political system. But Mill realized that no single person could have accomplished these goals, and his last words to his step-daughter suggest that he was satisfied with his achievements: 'You know that I have done my work'.*

Mill acredita que o utilitarismo é um nome ruim porque as pessoas estão erradas sobre as suas implicações. Ele não desafia diretamente a psicologia hedonista e a epistemologia moral sentimentalista do utilitarismo anterior; nem enfatiza ou defende-os. Para ele as críticas não entendem a base teórica das reivindicações normativas utilitárias, que não dependem de doutrinas controversas em psicologia e epistemologia. (IRWIN, 2009, p. 398-399).¹⁰

Apesar do assédio de seus críticos, Bentham acreditava fielmente em sua teoria utilitarista, porém ela apresenta algumas falhas e mostra-se de maneira incompleta na visão de muitos pensadores. John Stuart Mill, seguindo os ensinamentos de Bentham procurou uma forma de fazer evoluir o pensamento utilitarista, tornando-o mais completo e humano. Para isso Mill trabalhou em pontos nos quais Bentham acreditava serem dogmáticos em relação a sua doutrina.

Mill não estava satisfeito com as indiretas, e em grande medida negativas, defesas de Bentham do utilitarismo. Ele buscou uma *prova* do princípio utilitarista. Para um empirista, isso significa derivar o princípio da observação. Isso daria ao utilitarismo um embasamento mais sólido do que o de qualquer um dos seus oponentes. Os principais oponentes de Mill em ética eram os intuicionistas – para os quais “a distinção entre o certo e o errado é um fato último e inexplicável, percebido por uma faculdade especial, conhecida como um ‘senso moral’”. (MULGAN, 2012, p. 32).

Diante deste contexto Mill aperfeiçoou o utilitarismo através principalmente de seu empirismo, primeiramente com a introdução da qualificação dos prazeres, não se restringindo somente a quantificação de intensidade e durabilidade, como Bentham fazia anteriormente. Também evoluiu no aprimoramento de outros conceitos utilitaristas de Bentham, como o cálculo da felicidade e a possibilidade de princípios secundários.

Diferentemente de Bentham, que estabeleceu uma fórmula para o cálculo da felicidade, Mill preferiu estabelecer um princípio da utilidade que deve servir como orientação primeira e geral para nossas ações, considerando o prazer, e por consequência a felicidade, como fim último de nossas ações bem como a dor como o mal maior a ser evitado ao mesmo tempo em que admite a possibilidade de princípios secundários, como o princípio da liberdade, cuja observância contribuiria para a consecução do fim maior que é a maior felicidade do maior número. (NAHRA, 2014, p. 275).

¹⁰ Tradução de: *Mill believes that utilitarianism gets a bad name because people are wrong about its implications. He does not directly challenge the hedonist psychology and sentimentalist moral epistemology of earlier utilitarianism; nor does he emphasize or defend them. In his view, critics have misunderstood the theoretical basis of utilitarian normative claims, which does not depend on controversial doctrines in psychology and epistemology.*

As diferenças nos termos são nítidas, enquanto Bentham utilizava palavras como “fórmula” e “cálculo da felicidade” para definir a utilidade das ações em sua teoria, Mill se apropriava de palavras com um caráter menos sistêmico, para se referir à utilidade das ações. Mill não se apoiou em cálculos específicos, mas sim em orientar as pessoas em suas ações para que as consequências de tais ações pudessem levar o indivíduo a alcançar a felicidade. Os princípios secundários defendidos por Mill tiveram um papel importante nisso, onde além do princípio da liberdade, ele introduziu também o princípio secundário do senso comum, o que reforçava seu ponto de vista empírico na busca pelo prazer.

Ele introduz princípios secundários em sua discussão sobre o cálculo utilitarista das consequências. Nos princípios do senso comum, ele argumenta que refletem nossa experiência passada diante das consequências de nossas ações, e assim eles servem como princípios secundários para o utilitarista. Ele tem razão ao afirmar que a experiência passada nos informa sobre algumas das consequências das ações. Mas ele assume que as consequências que conhecemos do passado constituem a experiência que é relevante para o utilitarismo. A suposição é verdadeira apenas se os princípios de senso comum refletem a nossa experiência sobre os efeitos das ações na maximização do prazer geral. (IRWIN, 2009, p. 411).¹¹

A intenção de Mill em acrescentar tais princípios secundários ao utilitarismo é o de evitar uma submissão cega à doutrina de Bentham. Para ele as pessoas não devem ser guiadas apenas pelo princípio da utilidade em todas as suas ações diárias. As pessoas devem recorrer ao princípio da utilidade como um teste para observar se suas ações estão corretas ou não, se elas são moralmente aceitas e conduzem ao prazer, sem deixar que o indivíduo abdique de sua liberdade de escolha.

Os princípios secundários devem oferecer alguma proteção contra o fanatismo utilitário que Mill considera como uma má interpretação fácil do princípio utilitarista. Em sua opinião nós interpretaremos mal o utilitarismo se tomarmos o princípio da utilidade para nos dizer o que devemos apontar em todas as ações. O princípio da utilidade nos dá o “teste de conduta”, mas não prescreve o “motivo exclusivo” sobre o qual devemos agir. O entusiasmo de Comte pelo que ele chamada de “altruísmo” leva-o a desfocar essa distinção entre teste e motivo. O protesto de Mill contra

¹¹ Tradução de: *He introduces secondary principles into his discussion of the utilitarian calculation of consequences. Common-sense principles, he argues, reflect our past experience of the consequences of actions, and so they serve as secondary principles for the utilitarian. He is right to claim that past experience informs us about some of the consequences of actions. But he assumes that the consequences we know about from our past experience are those that are relevant to utilitarianism. The assumption is true only if common-sense principles reflect our experience of the effects of actions on maximum overall pleasure.*

Comte é destinado a deixar espaço em uma estrutura utilitarista para fins que não são essencialmente morais em tudo. Mas também deve deixar espaço para motivos e objetivos que pertencem a moral não utilitarista. (IRWIN, 2009, p. 414).¹²

O problema está em relacionar os princípios primários, das ações guiadas pela utilidade, pela busca da obtenção do prazer e pela evitação ou minimização da dor, com os princípios secundários, muitos os acham contraditórios, mas eles não são. Mill acredita que originalmente somos guiados pelos princípios secundários e no momento em que esses princípios não se tornam mais eficientes para guiar nossas ações a solução é recorrer aos princípios primários. Assim, para Mill os princípios de moralidade, liberdade e senso comum são os que normalmente as pessoas seguem em seu dia a dia, e quando estes entram em conflito, é hora de recorrer aos primários, para que com isso se obtenha uma avaliação mais específica da situação que se apresenta. Com esta distinção pode-se dizer que o princípio utilitarista para se calcular o prazer ou a dor deve ser aplicado em casos pontuais, e não em todas e quaisquer ações humanas, justamente por se tratar de algo sistemático, inviabilizando a vida cotidiana.

Aqueles que adotam a utilidade como padrão raramente podem aplicá-la de verdade, exceto através dos princípios secundários; aqueles que os rejeitam, geralmente não fazem mais do que transformar esses princípios secundários em princípios primários, isto é, quando dois ou mais dos princípios secundários conflitam, é que se torna necessário um apelo direto a um princípio primário; e então começa na prática a importância da controvérsia utilitarista; que é, em outros aspectos, uma questão de arranjo e subordinação lógica, em vez de prática; importante principalmente em um ponto de vista puramente científico, por causa da unidade sistemática e coerência da filosofia ética. (MILL, 1969, p. 111).¹³

¹² Tradução de: *Secondary principles should offer some protection against the utilitarian fanaticism that Mill regards as an easy misinterpretation of the utilitarian principle. In his view, we misinterpret utilitarianism if we take the principle of utility to tell us what we should aim at in every action. The principle of utility gives us the 'test of conduct', but does not prescribe the 'exclusive motive' on which we are to act. Comte's enthusiasm for what he calls 'altruism' leads him to blur this distinction between test and motive. Mill's protest against Comte is intended to leave room in a utilitarian framework for ends that are not essentially moral at all. But it should also leave room for motives and aims that belong to non-utilitarian morality.*

¹³ Tradução de: *Those who adopt utility as a standard can seldom apply it truly except through the secondary principles; those who reject it, generally do no more than erect those secondary principles into first principles, "It is when two or more of the secondary principles conflict, that a direct appeal to some first principle becomes necessary; and then commences the practical importance of the utilitarian controversy; which is, in other respects," a question of arrangement and logical subordination rather than of practice; important principally in a purely scientific point of view, for the sake of the systematic unity and coherency of ethical philosophy.*

Essa aplicação de conceitos no dia a dia deve estar relacionada às questões que estão ao alcance das pessoas, não adianta discutir sobre coisas que se encontram distantes da realidade ou que não afetam diretamente o indivíduo. Esse tipo de situação se torna uma perda de tempo, e vazia em relação às ações que efetivamente se apresentam e afetam a realidade dos envolvidos. Não faz sentido fazer uma análise sobre a fome na África se não pudermos efetivamente fazer algo a respeito ou se essa situação não nos afeta diretamente com relação às ações que realizamos.

Da mesma forma que esta relação e transição entre os princípios primários e secundários podem ser intrínsecas também nas questões de caráter e educação das pessoas. O discernimento para com estas questões se torna essencial para que não ocorram desvios de conduta ou desentendimentos sobre as questões ou conceitos utilitaristas. Para que tal transcendência possa ser alcançada Mill sustenta que os indivíduos devem colocar suas preferências em pé de igualdade com os posicionamentos dos demais indivíduos da sociedade. Contudo, para que essa situação possa ser realmente analisada é necessário que as pessoas sejam educadas com ênfase no desenvolvimento do seu intelecto, criando hábitos culturais e de leitura que conduzam o indivíduo a criar um esclarecimento mental sobre tais questões primárias e secundárias do utilitarismo. “Mesmo a doença, o mais intratável dos inimigos, pode ver indefinidamente reduzida a sua dimensão graças a uma boa educação, tanto física como moral...” (MILL, 2005, p. 56).

Além disso, Mill enfatiza a experimentação crítica desenvolvida com um hábito consolidado, como a melhor forma de confrontar diferentes opiniões. Pois quando se tem conhecimento sobre todas as versões de todos os lados de uma determinada situação, fica mais fácil formar um juízo condizente a respeito disso. E isso a despeito de que esse tipo de análise possa parecer ser prepotente ou soberba em relação à verdadeira realidade que possa estar sendo representada nas diferentes situações apresentadas. Para Mill as pessoas que apresentam um maior grau de instrução e conseqüentemente tenham também um caráter moral consolidado, são as que estão realmente mais preparadas para realizar tal tarefa julgamental e analítica dentro da sociedade.

O hábito firme de corrigir e completar a própria opinião pelo confronto com a dos outros, muito ao contrário de causar dúvida e hesitação no levá-la à prática, constitui o único fundamento estável de uma justa confiança nela.

Porque, conhecendo tudo que se possa dizer, ao menos obviamente, do ponto de vista oposto, e tendo tornado posição contra todos os adversários com a consciência de ter procurado objeções e dificuldades, ao invés de as evitar, e de não ter interceptado nenhuma luz que de qualquer quadrante pudesse ser lançada sobre o assunto, um homem se acha no direito de considerar o seu juízo melhor que o de qualquer pessoa ou multidão que não tenha procedido da mesma forma. (MILL, 2006, p. 49-50).

Mill quase sempre seguiu os princípios utilitaristas de Bentham, porém sua visão não se tornou dogmática em relação a estes ensinamentos. “Mill, tal como Bentham, propõe uma perspectiva hedonista do valor. De acordo com o hedonismo, o bem-estar consiste unicamente no prazer e na ausência de dor.” (GALVÃO, 2005, p.14). Consequentemente “A doutrina utilitarista é a de que a felicidade é desejável, e é a única coisa desejável, como um fim; todas as outras coisas são desejáveis apenas enquanto meios para esse fim.” (MILL, 2005, p. 75).

O primeiro ponto presente na evolução utilitarista de Mill está no fato dos prazeres não serem mais classificados unicamente quanto a sua intensidade e duração. Segundo Mill, os prazeres são diferenciados pela sua qualidade e classificados em superiores, que denotam aos prazeres intelectuais, e inferiores, que se restringem aos corpóreos. Desta forma, a avaliação dos prazeres passou a ter além da quantidade também um caráter de qualidade, assim como qualquer outra coisa que possa ser perceptível ao homem.

É totalmente compatível com o princípio da utilidade reconhecer o facto de que alguns tipos de prazer são mais desejáveis e valiosos do que outros. Seria absurdo supor que, enquanto que na avaliação de todas as outras coisas se considera tanto a qualidade como a quantidade, a avaliação dos prazeres dependesse apenas da quantidade. (MILL, 2005, p. 49).

Desta forma, Mill justifica-se ressaltando que um prazer pode ser mais valioso ou desejável do que outro à medida em que possa ser preferido por um maior número de pessoas. Defendendo assim que as ações preferíveis são aquelas que geram prazer para o maior número de seres humanos.

Se me perguntarem o que quero dizer com diferença de qualidade entre os prazeres, ou o que torna um prazer mais valioso do que outro – entendido como mero prazer -, exceto ser em maior quantidade, só me caberá dar a única resposta possível. De dois prazeres, se houver um que seja claramente preferido por todos ou quase todos os que experimentam um e outro, independentemente de qualquer sentimento ou obrigação moral a preferi-lo, este será o prazer mais desejável. (MILL, 2000, p.189).

A pluralidade para conceber os prazeres preferíveis está presente também quando Mill justifica o sacrifício de si como ato moral. Assim como esse sacrifício é moralmente aceito quando corrobora para a felicidade de um número maior de pessoas, caso contrário torna-se inútil. Essa resposta à aceitação do sacrifício como ato moral é controversa para os críticos do utilitarismo, pois como pode ser plausível aceitar uma ação como sendo moralmente correta se ela não resultar em prazer ou não produzir prazer ao indivíduo. Porque a felicidade geral sobrepõe aos interesses e felicidade individual, isso seria o ponto questionável para a aceitação do sacrifício na ação moral dos utilitaristas.

A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrificarem o seu próprio maior bem pelo bem de outros. Só se recusa a admitir que o próprio sacrifício seja um bem. Para ela, um sacrifício que não aumenta nem tende a aumentar o total de felicidade é um desperdício. A única renúncia pessoal que aplaude é a devoção à felicidade - ou a alguns meios para a felicidade - dos outros, seja da humanidade considerada colectivamente ou de alguns indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses colectivos da humanidade. (MILL, 2005, p.57).

Para que este tipo de moralidade possa ser concebida dentro do utilitarismo se faz necessária mais uma vez retomar os conceitos de moral. Mill explica que a moral é composta por uma autoeducação e por uma regulação das ações externas. Pode-se entender com isso que a moral pode ser posta à prova por nossa razão, e colocada em um patamar de desenvolvimento, assim como o caráter ou as virtudes, ficando estes responsáveis por vigiar os desejos, permitindo-os ou coibindo-os de acordo com os próprios critérios morais. Sem compreender esta relação fica difícil aceitar o sacrifício como uma ação que possa ser plausível para o utilitarismo.

A moral consiste de duas partes. Uma delas é a autoeducação; o treinamento, pelo próprio ser humano, de suas afeições e vontades. Esse departamento está em branco no sistema de Bentham. A outra parte e coigual, a sistematização de suas ações externas, devem ser completamente impertinentes e imperfeitas sem a primeira; pois como podemos julgar quantos homens uma ação afetará, e até mesmo os interesses mundanos de nós mesmos ou dos outros, a menos que tomemos, como parte da pergunta, sua influência na normatização de nossas afeições e desejos. (MILL, 1969, p. 98).¹⁴

¹⁴ Tradução de: *Morality consists of two parts. One of these is self-education; the training, by the human being himself, of his affections and will. That department is a blank in Bentham's system. The other and coequal part, the regulation of his outward actions, must be altogether halting and imperfect without the first; for how can we judge in what manner many an action will affect 'even' the worldly interests of ourselves or others, unless we take in, as part of the question, its influence on the regulation of our, or their, affections and desires.*

Porém a moralidade não é aceita por si só como um princípio único e primário da utilidade. Para Mill existem princípios secundários originados na experiência que guiam a chamada moralidade comum. O uso dos princípios primários dependem dos secundários, e caso os secundários estejam bem definidos não existe a necessidade de se questionar os princípios morais do indivíduo. Essa aceitação da existência dos princípios secundários em Mill mostra a sua preocupação em defender a moral utilitarista, preocupação esta que não estava presente nos escritos de Bentham. Mas com relação à utilidade das ações e suas obrigações morais ambos concordavam.

Se a utilidade é a fonte última das obrigações morais, pode ser invocada para escolher um deles quando as suas exigências são incompatíveis. Embora a aplicação do padrão possa ser difícil, é melhor tê-lo do que não ter qualquer padrão: noutros sistemas, nos quais todas as leis morais aparentam uma autoridade independente, não há qualquer árbitro comum que esteja autorizado a interferir entre elas, as suas pretensões a ter precedência sobre as outras repousam em pouco mais do que sofismas, e, a não ser que estejam determinadas, como geralmente acontece, pela influência não reconhecida de considerações de utilidade, dão carta branca aos desejos e parcialidades pessoais. Devemos recordar que só é forçoso recorrer a primeiros princípios nos casos de conflito entre princípios secundários. Em todos os casos de obrigação moral há princípios secundários envolvidos, e, se só houver um deles, raramente pode existir qualquer dúvida genuína quanto à sua identidade na mente de uma pessoa que reconheça o próprio princípio. (MILL, 2005, p. 66).

Assim as diferenças entre Mill e Bentham representam mais uma evolução e humanização da ética utilitarista do que novos princípios ou ideais. Os ajustes feitos por Mill procuraram aprofundar questões que anteriormente não eram consideradas, o que o levou a ser conhecido por seu utilitarismo qualitativo em virtude destas novas considerações. A flexibilidade também fez parte do pensamento de Mill, aceitando a existência de princípios secundários e a importância de um papel mais relevante da mulher perante a sociedade. Talvez sem a influência de Mill sobre a ética utilitarista ela estivesse parada no tempo e não estaria tão presente, representada e/ou identificada com o atual cenário social.

Após a morte de Bentham em 1832, Mill se sentiu mais livre e menos culpado para escrever críticas a respeito das ideias de seu mentor. Em 1838 Mill realizou um ensaio onde coloca alguns pontos da ética de Bentham à prova, expondo com isso seu real pensamento sobre o trabalho de uma pessoa que sempre admirou. Suas principais e mais duras observações ficam focadas justamente na natureza moral do homem, a qual Bentham deixara de lado.

O assim chamado sentimento de aprovação ou desaprovação moral, quer seja para nós mesmos ou para nossos companheiros, ele parece não conhecer a existência; e nem a palavra auto-respeito, nem a ideia para a qual a palavra é aplicada, ocorre uma só vez, na medida em que nossa lembrança alcança, em todos os seus escritos.

Nem é apenas sobre a parte moral da natureza do homem, no sentido estrito do termo - o desejo de perfeição, ou o sentimento de aprovação ou de acusação da consciência - que ele negligencia; ele pouco reconhece como um fato da natureza humana, a busca de qualquer outro fim ideal por si só. (MILL, 1969, p. 95).¹⁵

¹⁵ Tradução de: *The feeling of moral approbation or disapprobation properly so called, either towards ourselves or our fellow-creatures, he seems unaware of the existence of; and neither the word self-respect, nor the idea to which that word is appropriated, occurs even once, so far as our recollection serves us, in his whole writings.*

Nor is it only the moral part of man's nature, in the strict sense of the term - the desire of perfection, or the feeling of an approving or of an accusing conscience - that he overlooks; he but faintly recognises, as a fact in human nature, the pursuit of any other ideal end for its own sake.

4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRAZERES

A classificação dos prazeres a ser abordada destaca a visão de John Stuart Mill a respeito do assunto. Ela ressalta o valor e a qualificação dos prazeres, juntamente com sua divisão entre os superiores e inferiores, assim como a liberdade de escolha do homem diante dos tipos de prazeres. Questões estas que não estavam presentes e não eram trabalhadas nos estudos anteriores realizados por Jeremy Bentham e que passaram a ganhar importância após as publicações feitas por Mill.

Mill defendia que os prazeres não poderiam ser apenas quantificados basicamente quanto a sua intensidade e duração, como pregava Bentham, mas que eles deveriam também ser **qualificados**. Essa qualificação proposta por Mill dividiu os prazeres em superiores, que atingem os chamados prazeres da alma, e os prazeres inferiores, os quais estão presentes nos prazeres corpóreos. Quanto ao valor e à qualidade, deve estar presente a distinção de Mill entre quais dos prazeres devem ser preferíveis e quais devem ser evitados ou apreciados em menor quantidade para o estabelecimento da felicidade do indivíduo. Assim como a liberdade de escolha influencia no gozo de tais prazeres ou no hábito da escolha entre os diferentes tipos de prazer.

4.1 Prazeres superiores e inferiores

Os prazeres não são todos iguais, e Mill, diferentemente de Bentham, afirma que os prazeres são diferenciados pela sua natureza e qualidade, e não somente pela sua intensidade e durabilidade. Assim Mill não fica preso ao hedonismo de Bentham e diz ainda que alguns prazeres são preferíveis aos homens em função das faculdades superiores dos seres comparativamente a dos demais seres vivos, pois no caso dos seres humanos é preciso distinguir prazeres distintos em função da diferenciação de nossa constituição, o que leva à hierarquização dos prazeres em superiores e inferiores.

A inovação essencial de Mill relativamente ao hedonismo de Bentham consiste em defender que, além da duração e da intensidade, temos de atender à qualidade dos prazeres. Alguns tipos de prazer são, em virtude da sua natureza, intrinsecamente superiores a outros. E, para maximizarmos o

nosso próprio bem-estar, devemos dar uma forte preferência aos prazeres superiores, recusando-nos a trocá-los por uma quantidade idêntica ou mesmo maior de prazeres inferiores. (GALVÃO, 2005, p. 15).

Mas o que diferencia estes prazeres e torna preferíveis os que são superiores é algo que está presente em sua relação com a natureza humana. Natureza esta na qual os prazeres intelectuais são chamados superiores, deixando em segundo plano os chamados prazeres corpóreos ou também conhecidos como inferiores. Esta constatação foi bem observada por Galvão (2005, p.16), “Em termos gerais, Mill identifica os prazeres inferiores com os prazeres corporais e considera superiores aqueles prazeres que resultam do exercício das nossas faculdades intelectuais.”

Estando os prazeres inferiores relacionados às sensações corpóreas pode-se dizer que qualquer animal, humano ou não, é capaz de apreciá-los. Caso o homem se deleite apenas em gozar deste tipo de prazer, este estará se comportando apenas como um animal irracional. Estes prazeres são mais fáceis de serem alcançados e satisfeitos, justamente por causa de sua simplicidade e natureza animal, mas o homem como portador de faculdades superiores não pode se dar por satisfeito apenas com esse tipo de sensação.

É incontestável que o ser cujas capacidades de deleite sejam de grau inferior tenha maiores chances de vê-las plenamente satisfeitas, enquanto um ser dotado de capacidades superiores sempre sentirá como imperfeita a felicidade que lhe é possível buscar no mundo tal como o existe. ... É melhor ser uma criatura humana insatisfeita do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. (MILL, 2000, p. 191).

Para as pessoas de modo geral, abre-se um leque infindável de opções quando se trata de satisfazer os prazeres inferiores, seja degustando uma boa comida, ou um bom vinho, seja relaxando em um banho ou aproveitando uma roupa nova. As opções são vastas e variadas, podendo agradar a todos os gostos e desejos, assim como se agrada a um animal. Mas quando se trata de prazeres superiores não é que as opções fiquem reduzidas, o que ocorre é que o seu acesso se dificulta por não se tratar de algo tão imediato como os inferiores. O gozo dos prazeres superiores requer que a pessoa esteja disposta a vivenciar uma experiência prazerosa que não está diretamente ligada a um bem de consumo, por exemplo. Esses que são conhecimentos também como prazeres relacionados à alma, são vivenciados quando a mente é estimulada e o intelecto se sobressai de

modo a gerar prazer, seja com a leitura de um livro, aprendendo coisas novas com os estudos, trocando experiências ou ainda assistindo a documentários, filmes ou outros que estimulem nossa percepção mental e prazer intelectual.

Mas a disponibilidade indiscriminada e de fácil acesso dos chamados prazeres inferiores a todos pode se tornar um obstáculo caso as autoridades políticas não se preocupem em satisfazer ambas as necessidades da população, as físicas e as intelectuais. Normalmente o governo se preocupa em atender as necessidades básicas e oferecer um acesso mais fácil e direto aos prazeres do corpo do que aos prazeres da alma, que por sua vez exigem um atendimento mais especializado e individualizado para satisfazer as diferentes necessidades e desejos das pessoas. Terence Irwin observou este fato quando se preocupou em relacionar o aumento da população com o atendimento das necessidades dessa população, e percebeu que os prazeres superiores não aumentavam na mesma proporção que a população.

Uma maior quantidade de prazer pode resultar de uma política de aumento da população de animais capazes de experimentar prazer sem consumir muitos recursos naturais; mas esta política pode não garantir a multiplicação de prazeres superiores. (IRWIN, 2009, p. 404).¹⁶

Por serem mais fáceis de satisfação, os prazeres inferiores podem ser preferíveis e desejáveis pela maioria dos homens. Entretanto os homens que são seduzidos e conduzidos apenas por seus desejos e sensações de satisfação imediata acabam por gozarem de uma felicidade enganosa e superficial, um prazer momentâneo. Um prazer inferior, como a dependência de uma droga para nossos corpos e mentes, desorientando o seu raciocínio e os princípios da sociedade humana, levando a uma vida considerada pobre.

A vida seria uma coisa pobre, muito mal fornecida de fontes de felicidade, se não houvesse esta provisão da natureza pela qual objectos inicialmente indiferentes, mas que conduzem ou estão associados de outro modo à satisfação dos nossos desejos primitivos, tornam-se em si mesmos fontes de prazer mais valiosas do que os prazeres primitivos devido à sua permanência, ao espaço da existência humana que são capazes de abranger e até à sua intensidade. (MILL, 2005, p. 78).

¹⁶ Tradução de: *A greater quantity of pleasure might result from a policy of increasing the population of animals capable of experiencing pleasure without consuming too many natural resources; but this policy might not ensure the multiplication of higher pleasures.*

Desta forma o homem não deve seguir apenas seus desejos primitivos e procurar satisfazê-los a qualquer preço. Como ser racional e social o homem almeja algo a mais para satisfazer-se por completo. Este algo a mais está presente nos prazeres superiores ou aqueles decorrentes da interação com o intelecto humano. Tais prazeres não são fáceis de ser alcançados e nem sempre estão próximos de serem conseguidos, sendo assim existe um maior grau de sofrimento envolvido na busca destes prazeres, mas mesmo assim continuam sendo mais aprazíveis que os outros.

Um ser com faculdades superiores precisa de mais para ser feliz, provavelmente é capaz de um sofrimento mais agudo e certamente é-lhe vulnerável em mais aspectos. Mas, apesar destas desvantagens, não pode nunca desejar realmente afundar-se naquilo que se lhe afigura como um nível de existência inferior. Podemos explicar esta recusa como nos apetecer - podemos atribuí-la ao orgulho, um nome que é dado indiscriminadamente a alguns dos mais e a alguns dos menos estimáveis sentimentos de que os seres humanos são capazes; podemos referi-la ao amor à liberdade e à independência pessoal, ao qual os estóicos recorreram, fazendo dele um dos meios mais eficazes para a inculcar; ao amor ao poder ou ao amor à excitação, que realmente participam e contribuem para ela. (MILL, 2005, p. 50).

Essa dificuldade sempre será enfrentada, tendo em vista que o cultivo intelectual é mais difícil de se conseguir do que o corporal. Porém, o intelectual é mais duradouro e esclarecedor para o ser humano, já que o prazer corpóreo mesmo que seja mais intenso não se propaga pelo tempo da mesma forma que um prazer superior. A ideia é prolongar ao máximo a sensação de prazer, e sendo assim os superiores são mais eficazes para a obtenção de uma vida satisfatória do que os prazeres corpóreos.

Um estado de prazer exaltado dura apenas alguns instantes ou, em alguns casos, e com intervalos, horas ou dias, e representa o lampejo ocasional do deleite, não sua flama permanente e constante....Os principais elementos constitutivos da vida satisfeita parecem ser dois, e muitas vezes um ou outro é por si só suficiente para esse propósito: tranquilidade e emoção. (MILL, 2000, p. 196).

4.2 O valor e a qualidade dos prazeres

Os prazeres possuem diferentes características de valor, e para qualificá-los deve estar compreendida esta distinção de valor, assim como a distinção existente entre os prazeres inferiores e superiores. Diferentes classes de prazer não podem e nem devem ser comparadas, com o risco de se obter uma falsa impressão a respeito de seus valores, não há como comparar pedras com peixes ou maçãs com cavalos, pois são de naturezas diferentes.

Por isso não vou acreditar, por exemplo, que eu poderia compensar a perda de meus amigos aumentando minha diversão em banhos de sol; pois eu não acho que, em geral, uma maior quantidade de prazer em x pode ser substituída por prazer em y e não afetar minha felicidade. (IRWIN, 2009, p. 407).¹⁷

Porém, como é possível mensurar um prazer, dar um valor maior a um determinado prazer sem considerar apenas a sua natureza. Mill revela que o valor de um prazer está ligado a sua apazibilidade, e que não há como um prazer inferior se transformar em um superior através do aumento de sua intensidade e durabilidade. Dessa forma, é necessário que o prazer inferior sofra uma mudança de valor, e se qualifique de tal forma a se transformar em um prazer superior, aumentando com isso a sua apazibilidade para os homens. Assim, Mill descreve que o valor de um prazer está diretamente ligado à qualidade desse mesmo prazer em relação a outros.

De acordo com ele (Mill), o valor de uma experiência prazerosa depende não só de sua duração e intensidade, mas também de sua qualidade, sua natureza intrínseca. Mill pode sugerir, então, que o prazer superior é valioso devido à sua apazibilidade, e assim evitar a primeira parte do dilema. A única maneira pela qual o prazer inferior poderia superar o prazer superior seria que sua natureza fosse transformada para que não fosse mais um prazer inferior. Apenas aumentar sua quantidade - ou seja, a duração e intensidade da experiência prazerosa - não será suficiente. Nem precisamos que Mill se abstenha de alegar que o prazer superior é mais prazeroso e, portanto, mais valioso, desde que a conveniência principal seja descartada. Isso significa que Mill pode evitar a segunda parte do dilema, sobre o qual ele não poderia mais ser um hedonista, postulando, antes de mais nada, nenhuma propriedade de bem-estar além do prazer. Um prazer

¹⁷ Tradução de: *Hence I will not believe, for instance, that I could compensate for losing my friends by increasing my enjoyment in sunbathing; for I do not think that in general an increased quantity of pleasure in x can be substituted for pleasure in y without affecting my happiness.*

superior é bom para as pessoas puramente por causa de sua apazibilidade. (CRISP, 1997, p.33).¹⁸

Indo ao encontro do pensamento de Mill, tem-se que um prazer superior é melhor por causa de sua apazibilidade, de modo que cabe buscar estes prazeres como um fim em si mesmo, ou eles são meios para se atingir a um determinado fim, que, como consequência, é apazível. Quando se lê um livro, o objetivo é sentir prazer pela ação de se estar lendo um livro ou é sentir prazer pela história e conteúdo presentes nele. Muitas vezes a realização de uma ação para a obtenção de um determinado prazer não vem a gerar o mesmo prazer provido pelo processo de se chegar até o determinado fim.

Se ele (Mill) adere a uma concepção hedonista de fim, coisas que são desejáveis para o prazer "inerente" de serem aqueles que causam prazer por si mesmo, e aqueles que são desejáveis como "meios" devem ser aqueles que causam prazer porque eles produzem algum efeito que provoca prazer. Daí, ambos os tipos de coisas desejáveis deveriam, estritamente falando, ser um meio prazeroso. Cozinhar é um meio para produzir o jantar, enquanto comer o jantar não precisa produzir qualquer efeito adicional além do efeito de comer, a fim de produzir prazer, mas (se o fizermos bem) produzirá prazer por si só. (IRWIN, 2009, p. 399).¹⁹

Porém, como é possível mensurar um prazer, dar um valor maior a um determinado prazer se cada pessoa possui valores diferentes. Para enfrentar este problema Mill recorre à qualidade dos prazeres e à qualidade de ensino das pessoas. Segundo ele, pessoas que possuem um grau maior de educação estão mais aptas a avaliar a apazibilidade das ações humanas, e consequentemente qual

¹⁸ Tradução de: *According to him, the value of a pleasurable experience depends not only on its duration and intensity, but also on its quality, its intrinsic nature. Mill can suggest, then, that the higher pleasure is valuable because of its pleasurable nature, and thus avoid the first horn of the dilemma. The only way in which the lower pleasure could outweigh the higher pleasure would be for its nature to be transformed so that it would no longer be a lower pleasure. Merely increasing its quantity - that is, the duration and intensity of the pleasurable experience - will not be enough. Nor need Mill flinch from claiming that higher pleasures are more pleasurable, and hence more valuable, as long as full cardinal commensurability is ruled out. This means that Mill can avoid the second horn of the dilemma, on which he could no longer be a hedonist, by postulating no good-making property other than pleasurable nature in the first place. Higher pleasures are good for people purely because of their pleasurable nature.*

¹⁹ Tradução de: *If he sticks to a hedonist conception of the end, things that are desirable for their 'inherent' pleasure should be those that cause pleasure by themselves, and those that are desirable as 'means' should be those that cause pleasure because they produce some effect that causes pleasure. Hence both types of desirable thing should, strictly speaking, be means to pleasure. Cooking is a means to producing dinner, whereas eating dinner does not need to produce any further effect beyond the effect of eating in order to produce pleasure, but (if we have cooked it well) produces pleasure by itself.*

prazer possui maior valor ou deve ser o preferível para se atingir um grau maior de satisfação.

Por felicidade não entendiam uma vida de êxtase, mas uma existência com dores escassas e transitórias, preenchida por momentos de muitos e variados prazeres, com uma predominância decidida dos activos sobre os passivos, e baseada no seu todo na ideia de não esperar da vida mais do que aquilo que ela nos pode dar. Para os que têm sido suficientemente afortunados para a obter, uma vida assim constituída parece ter sido sempre digna do nome de felicidade. E, mesmo hoje, uma tal existência é a sorte de muitos durante uma parte considerável das suas vidas. A deplorável educação actual e as deploráveis estruturas sociais são o único verdadeiro obstáculo que impede que esta esteja ao alcance de quase todos. (MILL, 2005, p. 54).

Desta forma, Mill afirma que uma boa educação juntamente com uma boa estrutura social facilita consideravelmente a busca por uma vida feliz. Portanto os valores devem ser medidos com relação ao prazer, levando-se em conta que sua qualidade também está associada a fatores externos ao ser humano. Como é possível que uma pessoa viva feliz em uma sociedade carente de educação e desesperada por condições dignas? Como isso será possível em vista da precariedade do sistema educacional e do sistema de saúde, juntamente com a violência, a corrupção e o desemprego, que somados causam uma grande quantidade de dor? Pois é evidente que essa dor se torna mais intensa do que os momentos de prazer, distanciando assim as pessoas de sua felicidade. Mas mesmo assim há uma saída para que se consiga atingir a felicidade nessas condições desfavoráveis. Diz Mill:

Para os que não têm afectos públicos nem privados, as excitações da vida são muito reduzidas, e, em todo o caso, perdem valor à medida que se aproxima o momento em que, com a morte, todos os interesses egoístas têm de terminar. Mas aqueles que deixam atrás de si objectos de afeição pessoal, especialmente os que cultivaram também um sentimento de solidariedade para com os interesses colectivos da humanidade, preservam um interesse pela vida que é tão intenso na véspera da morte como no vigor da juventude e da saúde. (MILL, 2005, p. 55).

Se as condições sociais não são favoráveis é possível conseguir gozar do prazer e da felicidade nas afeições pessoais. Desta forma os bens materiais perdem valor, e o que se enriquece são as relações humanas. Assim, por menor que sejam as riquezas materiais de uma pessoa, e mesmo diante das dificuldades e desigualdades sociais, é possível alcançar a felicidade. Valorizando as pessoas e cultivando os sentimentos e laços afetivos dentro da comunidade, superando as

dores materiais e acolhendo os prazeres provenientes dos sentimentos existentes nas relações entre as pessoas.

Existem muitos relatos de pessoas pobres e felizes, enquanto não se ouve isso com tanta frequência de pessoas ricas. Observa-se que pessoas moradoras de bairros menos favorecidos tendem a se considerar mais felizes, seja pelo convívio social, presença da família ou satisfação com as coisas simples da vida, como revela uma pesquisa feita pelo instituto Data Popular em 2014, a qual afirma que 94% dos moradores de favela são felizes, isso com base em uma amostragem de 2 mil pessoas em 63 favelas do Brasil.

Mas essas alegações de Mill com relação aos valores e às qualidades dos prazeres não são bem aceitas por seus críticos, os quais têm dificuldade em aceitar seus argumentos com relação a distinção entre qualidade e quantidade. Eles questionam também se sua distinção é plausível e se caso ela for aceita afirmam que isso viria a refutar a teoria utilitarista.

Segue-se as argumentações em relação à distinção, acusada de inconsistente entre qualidade e quantidade de prazer. São indagadas as questões em que Mill coloca como o prazer de maior qualidade é aquele que é preferido por todos ou quase todos que experimentaram aquele prazer. Segundo os críticos essa é uma diferenciação por quantidade e não por qualidade, mesmo quando ele diz que os juízes possuem a competência adequada para julgar tais prazeres.

É difícil defender Mill na primeira questão. Pois ele parece oferecer duas inconsistentes caracterizações de qualidade em prazer: (a) Ele diz que, por "maior qualidade", significa que se todos ou a maioria dos que têm experiência de dois prazeres preferem o segundo ao primeiro, o segundo prazer é o de maior qualidade. (b) Ele diz que se juízes competentes dos dois prazeres preferem o segundo, o segundo é o de maior qualidade. A primeira concepção de qualidade é inadequada. Não distingue a qualidade da quantidade, uma vez que não descarta a possibilidade de que minha preferência por um prazer sobre outro pode ser baseada na quantidade. Mais importante, oferece uma prova de qualidade que dá surpreendentes resultados. Se alguém que teve a menor experiência de um prazer intelectual e um sensorial, encontra um preferível a outro, a sua preferência conta, de acordo com a condição (a), ao decidir se um prazer ou o outro é maior. (IRWIN, 2009, p. 401).²⁰

²⁰ Tradução de: *It is difficult to defend Mill on the first question. For he seems to offer two inconsistent characterizations of quality in pleasure: (a) He says that by 'higher quality' he means that if all or most of those who have experience of two pleasures prefer the second to the first, the second pleasure is of higher quality. (b) He says that if competent judges of the two pleasures prefer the second, the second is of higher quality.*

Analizando a posição de Mill em relação a estas questões acredito que ele defenderia o argumento de que os juízes têm competência suficiente para avaliar tal questão, uma vez que são capazes de apreciar melhor os prazeres superiores, pois desenvolveram melhor suas capacidades intelectuais. Já a grande maioria da população não possui tal instrução formativa e nem a aspiração intelectual como a de um juiz. Mas se esta é a visão de Mill, o que justificaria ele ter dito que o prazer de maior qualidade seria o que fosse preferido pela maioria das pessoas. A não ser que isso não dependesse das escolhas, e sim das faculdades superiores envolvidas no processo, assim se agregaria uma condição de valor do prazer diante de sua justificativa. Porém para defender sua escola utilitarista, Mill volta para a quantificação quando sugere a realização de comparações e análises para a classificação dos prazeres.

A "escola intuitiva" (como Mill a chama) requer que para que sejam feitos julgamentos de valor com base em comparações e avaliações para as quais não se podem dar regras definitivas, que sejam inteligíveis e aplicáveis regras sem referência a princípios morais controversos. Mill acredita que, se quisermos evitar reivindicações contestáveis que resultem de esforços para aplicar regras indefinidas, temos um bom motivo para aceitar o utilitarismo. Sua posição está aberta a dúvidas, então, se ele apresenta o tipo de comparações e avaliações que ele atribui à escola intuitiva. Mas, uma vez que ele introduz uma abordagem hedonista qualitativa sobre o valor, ele parece apresentar semelhantes comparações e avaliações. Pois precisamos de alguma maneira identificar os maiores prazeres. Se seguirmos Mill e, portanto, atraímos a experiência dos juízes competentes, precisamos de alguma forma identificar esses juízes competentes. A identificação deles pode introduzir alegações morais discutíveis que devemos evitar, aceitando o utilitarismo. (IRWIN, 2009, p. 425).²¹

The first conception of quality is inadequate. It does not distinguish quality from quantity, since it does not rule out the possibility that my preference for one pleasure over another might be based on quantity. More important, it offers a test for quality that gives surprising results. If anyone who has had the slightest experience of an intellectual and a sensory pleasure finds one preferable to the other, their preference counts, according to condition (a), in deciding whether one pleasure or the other is higher. By this test, intellectual pleasures will be lower if most people have only a little experience of them, but on this slim experiential basis prefer sensory pleasures.

²¹ Tradução de: *The 'intuitive school' (as Mill calls it) requires us to make judgments of value on the basis of comparisons and evaluations for which we can give no definite rules that are intelligible and applicable without reference to disputable moral principles. Mill believes that if we want to avoid disputable claims that result from efforts to apply indefinite rules, we have a good reason to accept utilitarianism.*

His position is open to doubt, then, if he introduces the sorts of comparisons and evaluations that he attributes to the intuitive school. But once he introduces qualitative hedonism about value, he seems to introduce disputable comparisons and evaluations. For we need some way to identify higher pleasures. If we follow Mill, and so appeal to the experience of competent judges, we need some way to identify competent judges. Identification of them may introduce the disputable moral claims that we are supposed to avoid by accepting utilitarianism.

Alguns pensam que Mill estaria fugindo dos princípios utilitaristas e criando uma nova escola filosófica, refutando assim alguns dos principais objetivos do utilitarismo de Bentham. Isso vem à tona pelas questões de valores levantadas por Mill, as quais se diferem das de Bentham.

Não seria meramente presunçoso, então, argumentar que Mill realmente não defende o utilitarismo, e que ele abandona os principais objetivos teóricos do utilitarismo, uma vez que ele abandona as reivindicações sobre o valor que nos permitem atingir esses objetivos. Se simpatizarmos com os objetivos teóricos de Bentham, não devemos nos confundir supondo que possamos consegui-los aceitando a versão do utilitarismo de Mill. A posição de Mill pode ser preferível ao utilitarismo Benthamita; mas deve ser considerada como uma posição distinta e não como uma defesa do utilitarismo. (IRWIN, 2009, p. 425).²²

Mill se defende dessas críticas exemplificando o que ele considera a maioria numérica de qualquer sociedade. Diz então que não devemos utilizar as mesmas métricas para coisas diferentes, que, quando ele fala em maioria, ele se refere à maioria daquela classe social mais preparada, e não está se referindo à totalidade da população como os críticos analisam. Essa diferenciação visa respeitar as diferenças, tratando seus iguais como iguais, comparando as pessoas pertencentes a mesma classe, e não um rei com um escudeiro. Respeitando as diferenças entre as pessoas, Mill consegue aplicar sua teoria e relativizar as questões quantitativas, ao mesmo tempo em que qualifica e valoriza os prazeres adaptando o utilitarismo de forma a englobar todas as pessoas da sociedade em suas especificidades. Ele não coloca a todos em um mesmo patamar como foi especulado por muitos de seus críticos ao analisarem sua teoria. Talvez essa seja a humanização pela qual o utilitarismo de Bentham estivesse esperando, uma preocupação e respeito com a posição social de cada indivíduo.

A maioria numérica de qualquer sociedade deve consistir de pessoas que estejam em sua totalidade na mesma posição social, e tendo, no essencial, as mesmas atividades, exemplificando, trabalhadores manuais não qualificados; e não queremos demonstrar desprezo para com eles: o que quer que digamos em sua desvantagem, dizemos igualmente de uma maioria numérica de lojistas, ou de escudeiros. Onde há compatibilidade de posições e perseguições, também haverá compatibilidade de parcialidades,

²² Tradução de: *It would not be merely pedantic, then, to argue that Mill does not really defend utilitarianism, and that he abandons the main theoretical aims of utilitarianism once he abandons the claims about value that allow us to achieve those aims. If we sympathize with Bentham's theoretical aims, we ought not to confuse ourselves by supposing that we can achieve them by accepting Mill's version of utilitarianism. Mill's position may be preferable to Benthamite utilitarianism; but it should be considered as a distinct position, and not as a defence of utilitarianism.*

paixões e preconceitos; e dar a qualquer conjunto de parcialidades, paixões e preconceitos, poder absoluto, sem contrabalançar suas parcialidades, paixões, e os preconceitos de um tipo diferente, é a maneira de tornar a correção de qualquer dessas imperfeições sem esperança; para fazer um tipo estreito e médio da natureza humana de forma universal e perpétua, e para esmagar todas as influências que tendem ao melhoramento da natureza intelectual e moral do homem. (MILL, 1969, p. 107).²³

Outra questão abordada por Mill em relação à valorização dos prazeres está relacionada ao uso da razão, e como as virtudes decorrentes desta razão se encaixam no sistema utilitarista. Mill concorda com Aristóteles com relação ao fato do ser humano preferir cultivar e realizar ações racionais ao invés de ações que não resultem de um pensamento racional. Sendo que Aristóteles pensa a distinção entre esses tipos de ações de forma a classificá-las como ações que resultam em prazeres corporais ou em prazeres da alma; Mill faz uma distinção similar, quando os divide em superiores, que são os da mente, e inferiores sendo os corpóreos. E sustenta que essa preferência se consolida independentemente da quantidade de prazer que ela proporciona, o que vem a tese de que isso se dá pela sua qualidade superior em relação a comparação com as ações que não envolvem o discernimento da razão humana.

Desta forma Mill estaria abrindo mão novamente dos princípios utilitaristas ou só estaria fazendo deles algo mais próximo da vida cotidiana, ou seja, ajustando mais uma vez os ensinamentos de Bentham a uma aplicabilidade mais palpável ao admitir em sua crença as diferenças existentes entre as sensações corpóreas e intelectuais, e as suas devidas particularidades. O que é dizer que um prazer corpóreo não pode ser comparado com um prazer do intelecto, ou seja, eles se encontram em níveis diferentes e não podem ser equiparados de forma equitativa.

Mill não está satisfeito com essa tentativa de ajustar os diferentes tipos de prazer ao esquema utilitarista. Ele argumenta, assim como Aristóteles, que nossa preferência por atividades racionais não descansa simplesmente com a crença de que nós os apreciamos mais do que outras coisas. Não trocamos uma vida de atividade racional para uma com maior quantidade de prazer em alguma condição não racional. Nossa preferência pela atividade

²³ Tradução de: *The numerical majority of any society whatever, must consist of persons all standing in the same social position, and having, in the main, the same pursuits, namely, unskilled manual labourers; and we mean no disparagement to them: whatever we say to their disadvantage, we say equally of a numerical majority of shopkeepers, or of squires. Where there is identity of position and pursuits, there also will be identity of partialities, passions, and prejudices; and to give to any 'one' set of partialities, passions, and prejudices, absolute power, without counter-balance from partialities, passions, and prejudices of a different sort, is the way to render the correction of any of those imperfections hopeless; to make one narrow, mean type of human nature universal and perpetual, and to crush every influence which tends to the further improvement of man's intellectual and moral nature.*

racional baseia-se na convicção de que é melhor, independentemente de quanto prazer podemos tirar disso. (IRWIN, 2009, p. 402).²⁴

Além da preferência por prazeres provenientes da razão, pode haver também a valorização de um prazer em detrimento de outro em virtude do ser humano ter suas ações muitas vezes guiadas por experiências anteriores. Mill acredita que inicialmente podemos realizar uma determinada ação pelo prazer resultante desta ação, mas com o passar do tempo, quando esta se torna um hábito, ela é preferida mesmo sem que haja a expectativa do prazer. Com isso Mill vai novamente ao encontro de Aristóteles, pois admite que a repetição de uma determinada ação tende a determinar o caráter do indivíduo e consequentemente suas virtudes e vícios, como é o caso de uma pessoa quando esta se torna avarenta.

Um avarento vem a se preocupar com o dinheiro por sua própria causa, por causa de sua conexão instrumental anterior com prazer; é assim que nos voltamos a tratar sobre os fins que nos preocupamos por eles mesmos. Nós originalmente buscamos fama ou virtude por causa do prazer resultante dos seus efeitos, não pelo prazer que resultou diretamente a partir dele. Mas, mais tarde, buscamos isso mesmo além de qualquer perspectiva de prazer resultante de seus efeitos. (IRWIN, 2009, p. 406).²⁵

Ao aceitar o valor da virtude e sua influência na qualificação dos prazeres para a sua proposta de utilitarismo, Mill afirma que gostamos de ser virtuosos por causa de nossas experiências anteriores, e baseados nisso temos a convicção que é melhor valorizarmos as virtudes do que os vícios.

Ao dizer que agora buscamos ou valorizamos a virtude por seu próprio bem, Mill combina dois pontos: (1) Viemos a gostar de ser virtuosos, mesmo além dos seus efeitos adicionais, porque de sua associação anterior com novos efeitos agradáveis, assim como um velho casal pode se dar ao desfrute de ouvir uma melodia que costumava ser tocada quando eles saíam juntos, antes de serem casados. (2) Nós consideramos a própria virtude como parte do nosso bem, porque nós a consideramos como um bem não-instrumental. A associação de Mill pode explicar o primeiro resultado, mas não explica o segundo. O primeiro resultado não faz parte da virtude da

²⁴ Tradução de: *Mill is not satisfied by this attempt to fit different types of pleasure into the utilitarian scheme. He argues, as Aristotle does, that our preference for rational activities does not rest simply on a belief that we enjoy them more than other things. We would not exchange a life of rational activity for a greater quantity of pleasure in some non-rational condition. Our preference for the rational activity rests on the conviction that it is better, irrespective of how much pleasure we get out of it.*

²⁵ Tradução de: *A miser comes to care about money for its own sake because of its previous instrumental connexion with pleasure; that is how we come to care about the ends we care about for their own sakes. We originally pursue fame or virtue for the sake of the pleasure resulting from its effects, not for the pleasure resulting directly from it. But later we pursue it even apart from any prospect of pleasure resulting from its effects.*

nossa felicidade. Se se tornar parte de nossa felicidade (nosso bem), não se torna parte de nosso prazer. (IRWIN, 2009, p. 406).²⁶

Porém alguns podem argumentar que esta felicidade proveniente do cultivo das virtudes não está relacionada ao prazer e, portanto não pode ser aceita como justificativa para tal.

O fato de Mill recorrer a conceitos Aristotélicos não desmerece ou invalida seu trabalho, pois seu papel foi tentar justamente reverter a sistemática inflexível de Bentham. Mill procurou agregar novos valores e acrescentar mais flexibilidade ao sistema utilitarista, mesmo que alguns acreditem que ele tenha subvertido os princípios éticos da escola. Mas se isso fosse verdade, e o que Mill propôs não fosse mais um sistema utilitarista, porque então ele ainda é considerado um dos principais ícones do utilitarismo e a pessoa que o humanizou e o deixou mais amigável. Mesmo acrescentando novas visões de valores e qualificando os prazeres, Mill continuou desenvolvendo o utilitarismo para mantê-lo atualizado, o que não resultou na criação de uma nova escola filosófica. O utilitarismo continuou sendo utilitarismo.

Mill conclui essa discussão de prazeres superiores, assegurando aos leitores que sua doutrina é "Parte de uma concepção perfeitamente justa de utilidade ou felicidade". Ele afirma, no entanto, que não faz diferença para o padrão utilitarista de moral, porque o cultivo de nobres caracteres beneficia os outros e, desse modo, aumenta a utilidade, seja ou não bom para o individual. O utilitarista, portanto, teria que cultivar os traços de caráter que (de acordo com Mill) produzem maiores prazeres para seus possuidores, mesmo que eles realmente não derem prazer para seus possuidores; pois são meios indiscutíveis para o prazer dos outros. ... Mill reconhece isso em uma reformulação do princípio utilitarista. Na sua opinião, o utilitarista deve perseguir a quantidade máxima de prazer juntamente com uma existência tão rica quanto possível em prazeres superiores. (IRWIN, 2009, p. 403-404).²⁷

²⁶ Tradução de: *In saying that we now pursue or value virtue 'for its own sake', Mill combines two points: (1) We come to enjoy being virtuous even apart from its further effects, because of its past association with pleasant further effects, just as an old married couple might enjoy hearing a tune that used to be played when they went out together before they were married. (2) We come to regard virtue itself as a part of our good, because we regard it as a non-instrumental good. Mill's associationist account may explain the first result, but it does not explain the second. The first result does not make virtue part of our happiness. If it becomes part of our happiness (our good), it does not become part of our pleasure.*

²⁷ Tradução de: *Mill concludes this discussion of higher pleasures by assuring readers that his doctrine is 'part of a perfectly just conception of utility or happiness'. He asserts, however, that it makes no difference to the utilitarian standard of morality, because the cultivation of noble character benefits others, and thereby increases utility, whether or not it is good for the individual. The utilitarian, therefore, would have to cultivate the traits of character that (according to Mill) yield higher pleasures to their possessors, even if they actually gave no pleasure to their possessors; for they are indisputable means to the pleasure of others. ... Mill acknowledges this in a reformulation of the utilitarian principle. In his view, the utilitarian should pursue the maximum quantity of pleasure together with an existence that is as rich as possible in higher pleasures.*

4.3 A liberdade de escolha entre os prazeres

As pessoas não são regidas unicamente pela razão, as emoções também influenciam diretamente em suas escolhas, e apesar de se saber do maior benefício e durabilidade dos prazeres superiores, os chamados prazeres da alma, muitas vezes elas acabam por optar em gozar dos prazeres corporais. O que é perfeitamente normal e compreensível para todos os seres humanos. Mas se a preferência em favor dos prazeres inferiores acabar por se tornar recorrente, esta pode se dar somente devido a sua facilidade de acesso ou pode estar relacionada também ao caráter da pessoa.

Pode-se objectar que, sob a influência da tentação, muitos daqueles que podem aceder aos prazeres superiores preferem ocasionalmente os inferiores. Mas isto é inteiramente compatível com um total reconhecimento da superioridade intrínseca dos prazeres superiores. Devido à fraqueza de carácter, os homens elegem frequentemente o bem que está mais à mão, embora saibam que este é menos valioso; e isto ocorre tanto quando a escolha é entre dois prazeres corporais como quando é entre prazeres corporais e mentais. (MILL, 2005, p.26).

Mas pode ser que não seja apenas uma questão de caráter a preferência pelos prazeres corpóreos. Muitas vezes este é o único tipo de prazer a que a pessoa tem acesso e pode usufruir, principalmente com as questões consumistas e de valorização do ter impostas pelo mundo globalizado e capitalista que nos cerca. Pois os prazeres inferiores estão ao alcance das mãos da maioria das pessoas a qualquer momento, enquanto os superiores exigem um desprendimento maior de esforço e tempo para serem alcançados. Contudo não se pode deixar que a escolha dos prazeres corpóreos acabe por se tornar um hábito em relação aos superiores.

Os homens perdem as suas aspirações superiores à medida que perdem os seus gostos intelectuais porque não têm tempo ou oportunidade para se lhes dedicarem, e não se viciam nos prazeres inferiores porque os preferem deliberadamente, mas sim porque são os únicos a que têm acesso ou são os únicos com que ainda conseguem deleitar-se. (MILL, 2005, p.27).

Essa questão de acesso dos prazeres às pessoas vai de encontro ao que os utilitaristas descrevem como felicidade, tendo em vista que não devemos nos limitar a nós mesmos, mas sim levar em consideração todas as pessoas da sociedade. O ideal seria disponibilizar ambos os tipos de prazeres para todo o ser humano, não só os corpóreos, com isso seria possível observar como as pessoas reagiriam e se

comportariam para alcançar a sua felicidade. Felicidade a qual não deve ficar restrita somente a ela e deve estar em harmonia com toda a sociedade da qual o indivíduo faz parte, e esta relação social das pessoas é mencionada, em (MILL, 2000, p. 202), “... a felicidade que os utilitaristas adotaram como padrão do que é certo na conduta não é a do próprio agente, mas a de todos os envolvidos.”.

Assim, o fim último das condutas humanas é a felicidade, mas, como a maioria das pessoas não sabe ao certo como consegui-la, elas acabam por ser influenciadas por tudo e por todos ao seu redor, principalmente pela sociedade em que vivem e pelas mídias sociais e de comunicação. Ao observar o mundo, pode-se perceber que as pessoas estão sendo bombardeadas a todo instante por propagandas e campanhas que transmitem uma imagem de felicidade associada a um determinado comportamento ou principalmente associada a um produto. Isso induz a população a encontrar a felicidade através do desenvolvimento de um determinado comportamento ou da compra de um determinado produto, Cortina destaca este fato através da perda da liberdade das pessoas enquanto consumidores desta sociedade.

Os consumidores não são soberanos, porém tampouco pelo momento costumam ser tão livres como seria de se desejar, porque nem sequer decidem de forma autônoma o que consomem. Seja por falta de recursos econômicos, seja por falta de oferta, por falta de informação ou por pressão social. (CORTINA, 2002, p.126).²⁸

A problemática da liberdade de escolha, portanto não está presente somente no ser humano. Ela está condicionada também pelos princípios do sistema capitalista e pelos padrões morais da sociedade. Isso deixa a liberdade de escolha em segundo plano, ou será que essa é uma forma da pessoa se sentir aceita por essa mesma sociedade? Qualquer uma das alternativas leva ao mesmo ponto, o convívio em sociedade e a necessidade do ser humano em socializar-se com seus semelhantes. Socialização esta que seria um caminho ao alcance de todos para se chegar à felicidade.

Segundo Roger Crisp (1997), o princípio da liberdade defendido por Mill é que uma sociedade paternalista não deve tentar proteger seus indivíduos de si mesmos,

²⁸ Tradução de: *Los consumidores no son soberanos, pero tampoco por el momento suelen ser tan libres como sería de desear, porque ni siquiera deciden de forma autónoma lo que consumen. Sea por falta de recursos económicos, sea por falta de oferta, por falta de información, o por presión social.*

caso isso venha a interferir em sua liberdade. Essa liberdade pode ser concebida também como um princípio secundário de Mill, de forma a garantir um tratamento legal e moral da sociedade. Contudo, para Mill existem certas escolhas na vida de uma pessoa que não devem sofrer interferências de nenhuma espécie.

A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela está submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2006, p. 28).

Desta forma, estaria o indivíduo livre para escolher entre qualquer tipo ou espécie de prazer, desde que este não interferisse no prazer ou na dor do outro. Assim, Mill não restringe a quantidade ou a qualidade de prazeres alcançados por uma pessoa, pois ela tem total liberdade para desfrutar dos prazeres. O limite destas ações fica restrito a interação com o outro, a partir do momento que o meu prazer influencia também uma segunda pessoa, este já deve se submeter às premissas da moralidade social. Mas esta interação com o outro nem sempre é clara e lúcida, ela pode se apresentar também de maneira indireta. “Quando digo apenas a si própria, quero dizer diretamente e em primeira instância; pois qualquer coisa que afete a si mesmo, poderá afetar os outros através de si;” (MILL, 2006, p. 30).

Diante desta colocação Mill considera três aspectos da liberdade, a liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade de gostos e objetivos, e a liberdade de associação entre os indivíduos. Pode-se relacionar cada um destes aspectos com o prazer presente em cada ação ou pensamento que leve a tal prazer. Compreendendo e respeitando o outro dentro dos limites morais da sociedade humana.

Ela compreende, primeiro, o domínio interno da consciência, liberdade de pensamento e sentimento; absoluta liberdade de opinião e sentimento sobre todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos.

A liberdade de expressar e publicar opiniões pode parecer que se enquadra em um princípio diferente, uma vez pertencente àquela parte da conduta de um indivíduo que interessa a outras pessoas, mas, sendo quase tão importante quanto é a liberdade de pensamento em si, e baseando-se em grande parte nas mesmas razões, é inseparável dele. (MILL, 2006, p. 30-31).

Esse primeiro domínio é algo que não pode ser tirado do ser humano, essa liberdade está presente nos aspectos que definem o próprio indivíduo. Não há como

retirar isso do ser humano, o que pode acontecer é uma indução sobre a forma de pensar, sendo essa exercida pelos meios de comunicação, mídias sociais, princípios morais da sociedade, entre outros. Algo que pode ocorrer também no segundo domínio da liberdade, aquela que está voltada para os gostos e objetivos do ser humano.

Em segundo lugar, o princípio requer liberdade de gostos e objetivos: construir os planos de nossa vida para que se adaptem ao nosso caráter, fazer como gostamos, sujeitos às consequências que possam surgir: sem impedimento de nossos próprios semelhantes, contanto que o que fizermos não os prejudique mesmo que eles achem que nossa conduta é tola, perversa e errada. (MILL, 2006, p. 31).

Aqui no segundo domínio entra outro aspecto, o caráter, o qual tende a guiar nossas escolhas e conseqüentemente as ações que levam ao prazer. O caráter define os gostos e os objetivos de vida das pessoas, desta forma ele pode ser o juiz que irá definir até que ponto as escolhas referentes ao prazer e a dor não afetaram ou prejudicaram a liberdade ou o próprio prazer do próximo. O que leva ao terceiro domínio da liberdade, a liberdade de associação entre diferentes indivíduos, desde que estes sejam maiores de idade e não estejam sendo forçados ou enganados diante de suas escolhas.

Em terceiro lugar, a partir desta liberdade de cada indivíduo, segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação dentre indivíduos; liberdade para unir-se, por qualquer propósito que não envolva danos a outros: supõe que tais pessoas sejam maiores de idade e não sejam forçadas ou enganadas. (MILL, 2006, p. 31).

Por fim, Mill volta a defender que a liberdade e a busca pelo prazer não pode causar danos a outras pessoas, nem coagi-las a realizar alguma ação e tampouco ludibriá-las para tal. Uma sociedade só garante a liberdade de seus membros a partir do momento em que respeite estes três domínios, assim como qualquer pessoa também pode ser considerada livre se respeitá-los.

Nenhuma sociedade na qual estas liberdades não sejam, no todo, respeitadas, é livre, qualquer que seja sua forma de governo; e nenhuma será completamente livre se não houver liberdade absoluta e irrestrita. A única liberdade que merece tal denominação é aquela em que buscamos nosso próprio bem da nossa própria maneira, contanto que não tentemos privar os outros do seu, ou impedir seus esforços em consegui-lo. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, quer do corpo, mente e espírito. (MILL, 2006, p. 31).

A liberdade de escolha entre diferentes tipos de prazer pertence ao próprio indivíduo, e como consequência estas escolhas criam um senso de responsabilidade a partir do reconhecimento do outro como ser pensante e autônomo. Ninguém pode querer impor seus pensamentos, desejos, gostos e objetivos ao próximo sem comprometer a liberdade do mesmo, nem mesmo uma sociedade ou governo devem burlar essa regra básica da liberdade humana defendida por Mill. Como diz Sidgwick: “A liberdade de acção é uma fonte importante de felicidade para os agentes e um estímulo social útil para as suas energias.” (SIDGWICK, 2013, p. 617).

5 A FELICIDADE UTILITARISTA

A felicidade do ponto de vista utilitarista vai além da maximização do prazer e minimização da dor, ela depende também da harmonia social e do bem estar de todos os homens; as ações devem seguir a moralidade e o espírito ético. Tudo isso a fim de que todos os seres humanos consigam a felicidade através do convívio social, da valorização do ser e do equilíbrio de nossos desejos em nossas atitudes e comportamento, o que Mill expressa ao dizer: “Fazer aos outros o que gostaria que lhe fizessem e amar ao próximo como a si mesmo constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista.” (MILL, 2000, p.202).

Tanto a felicidade quanto o utilitarismo podem parecer questões complexas para se trabalhar no dia a dia. Contudo Mill pensa que pode existir uma espécie de acordo entre os homens, uma universalidade, para que através dos princípios morais se encontrem os meios necessários para a coexistência destes conceitos no cotidiano da vida social. Isso viria a gerar uma harmonia entre as pessoas, que apesar de suas diferenças conseguiriam solucionar tais implicações a respeito da felicidade.

Nós pensamos utilidade, ou felicidade, como sendo algo muito complexo e indefinido, para ser alcançado, exceto por meio de vários fins secundários, sobre os quais pode haver, e muitas vezes há, acordo entre pessoas que diferem em seu padrão final; e sobre o qual prevalece uma unanimidade muito maior entre pessoas do que se pensa, do que se poderia supor da sua divergência fundamental sobre as grandes questões da metafísica moral. (MILL, 1969, p. 110).²⁹

5.1 A relação entre o prazer e a felicidade

Voltemos à questão das relações entre a felicidade e o prazer. Mill relaciona o prazer e a felicidade sustentando que eles são tão necessários para o ser humano quanto o hidrogênio e o oxigênio são para a composição da água. Um acompanha o outro e um não existe sem o outro. Para Mill, a felicidade pode ser vista como um

²⁹ Tradução de: *We think utility, or happiness, much too complex and indefinite an end to be sought except through the medium of various secondary ends, concerning which there may be, and often is, agreement among persons who differ in their ultimate standard; and about which there does in fact prevail a much greater unanimity among thinking persons, than might be supposed from their diametrical divergence on the great questions of moral metaphysics.*

bem, bem este que se resume no somatório dos prazeres em sobreposição às situações de dor, sendo que esses prazeres devem ser tratados de forma igualitária para todos os indivíduos, ou seja, de maneira imparcial. Em contrapartida ele sabe que é impossível gerar prazeres ilimitados para toda a população, por isso essa questão é relativizada para que envolva a maior parte possível da população como sendo a maior felicidade agregada possível para a sociedade, assim como é defendido por Terence Irwin:

O comentário de Mill sobre a "soma" de bens individuais sugere que ele possa estar dependendo de alguma suposição sobre imparcialidade. Ele espera que concordemos que, se a felicidade de A, a felicidade de B, e assim por diante são todos os bens, temos as mesmas razões para promover a felicidade de cada um, já que é igualmente bom, e por isso temos razões para promover a felicidade agregada. Através de uma visão imparcial, não temos boas razões para promover a maior felicidade de uma pessoa do que a de outra.

Mas esta explicação de "felicidade geral" como "felicidade agregada" não se encaixa na explicação normal de Mill. Ele normalmente se refere à "maior felicidade", entendida como o superávit total e máximo de prazer sobre a dor. Não temos motivos para supor que isso coincida com a felicidade de todos. Se conseguíssemos um maior prazer total fazendo uns felizes e outros infelizes, o que conseguiríamos, fazendo com que todos fossem felizes, devemos escolher o total mais elevado. O fato (concordando que seja um) que a felicidade de cada pessoa é boa, não parece fazer o máximo de felicidade total boa. (IRWIN, 2009, p. 416-417).³⁰

Mas se Mill afirma que a imparcialidade deve estar presente na hora de disponibilizar o prazer para uma pessoa e que não é possível gerar prazer para todas as pessoas, o que acontece com aqueles menos favorecidos de prazer e mais suscetíveis a dor? A questão que se apresenta é como este tipo de felicidade da maioria pode ser boa se ela não considera que todas as pessoas devem gozar de prazeres. O que acontece com aqueles que ficam com a dor, isto estaria gerando uma parcialidade contraditória em Mill, e sua felicidade geral não seria tão boa e tampouco imparcial dependendo das situações que se apresentem para cada

³⁰ Tradução de: Mill's remark about the 'sum' of individual goods suggests that he may be relying on some assumption about impartiality. He expects us to agree that if A's happiness, B's happiness, and so on are all goods, we have equal reason to promote the happiness of each, since it is equally good, and so we have reason to promote the aggregate happiness. From the impartial view, we have no better reason to promote one person's happiness than another's.

But this explanation of 'general happiness' as 'aggregate happiness' does not fit Mill's normal explanation. He normally refers to the 'greatest happiness', understood as the maximum total surplus of pleasure over pain. We have no reason to suppose that this coincides with everyone's happiness. If we could achieve a higher total pleasure by making some happy and others unhappy than we would achieve by making everyone happy, we ought to choose the higher total. The fact (granting that it is one) that each person's happiness is good does not seem to make the maximum total happiness good.

pessoa no meio social. Talvez a solução esteja em rever a diferença existente entre prazer e felicidade, que apesar de coexistirem, não são a mesma coisa dependendo do ponto de vista.

Podemos entender Mill de forma errada, ainda assim, se levarmos a sério a diferença entre prazer e felicidade. Precisamos distinguir duas concepções de felicidade: (a) A concepção pessoal. Nós falamos da felicidade de A como a condição em que A é feliz como oposição a infeliz. Por isso, queremos dizer (qualquer que seja nossa concepção de felicidade) que as coisas estão indo bem no geral, em vez de mal para A. Neste sentido, a felicidade é uma coisa distinta do prazer; se A tiver um pouco de prazer e muita dor, A é infeliz ao invés de feliz no geral. Ao dizer que a felicidade é nosso objetivo final, pensamos em felicidade nesse sentido. (b) A concepção quantitativa. Falamos de felicidade como uma quantidade do qual podemos ter mais ou menos. Neste sentido, a felicidade é idêntica ao prazer, de modo que se A tiver um pouco de prazer, A tem um pouco de felicidade, por mais dores que possam sofrer com isso. Nesse sentido, A ter adquirido a felicidade (ou seja, alguma quantidade de prazer) não implica que A é feliz. Portanto, ser feliz, ao invés de felicidade, é nosso objetivo final. (IRWIN, 2009, p. 417).³¹

No primeiro momento Mill aborda uma visão pessoal, relacionando o prazer e a felicidade como sendo coisas diferentes, desta forma o prazer por si só não irá gerar felicidade e fazer a pessoa feliz. Neste ponto de vista o prazer não aparece como único responsável para a felicidade do indivíduo, mas sim como um complemento necessário para torná-lo feliz. Se for isso, pode-se dizer que o indivíduo é feliz quando sua vida está em paz e harmonia. Ao passo que na sua visão quantitativa de prazer, este se equipara à felicidade, se você sente prazer, você sente também a felicidade. Contudo isso não significa dizer que a pessoa é feliz, diz apenas que ela está desfrutando de prazeres, os quais são momentâneos. A questão é definir qual desses aspectos deve ser considerado para a felicidade, uma vida harmoniosa e de paz onde as coisas se encaminham bem ou uma vida de prazeres na qual a aprazibilidade se equipara à felicidade. Mill não descarta

³¹ Tradução de: We may misunderstand Mill, however, if we take too seriously the difference between pleasure and happiness. We need to distinguish two conceptions of happiness: (a) The personal conception. We speak of A's happiness as the condition in which A is happy as opposed to unhappy. By this we mean (whatever our conception of happiness) that things are on the whole going well rather than badly for A. In this sense, happiness is to be distinguished from pleasure; if A has a little pleasure and a great deal of pain, A is unhappy rather than happy on the whole. In saying that happiness is our ultimate aim, we think of happiness in this sense. (b) The quantitative conception. We speak of happiness as a quantity of which we may have more or less. In this sense, happiness is identical to pleasure, so that if A has a little pleasure, A has a little happiness, however much pain may go with it. In this sense, A's having acquired happiness (i.e., some quantity of pleasure) does not imply that A is happy. Hence being happy, rather than happiness, is our ultimate aim.

nenhuma das duas hipóteses, e sim as agrega. Sendo assim, as duas devem ser consideradas, pois as duas são coisas boas.

Mill fala de felicidade em ambos os sentidos. Sua concepção holística baseia-se na concepção pessoal, mas sua explicação oficial depende da concepção quantitativa. Para entender sua transição da bondade da felicidade de A para a bondade geral da felicidade, devemos considerar ambas as concepções. Até agora, vimos que a concepção pessoal não garante sua transição. Mas se ele pretende a concepção quantitativa, sua explicação diz que se o prazer de A é bom, o prazer de B é bom, etc., qualquer soma de prazeres também é bom. A propriedade dos prazeres por diferentes pessoas é irrelevante para decidir se os prazeres são bons. (IRWIN, 2009, p. 417).³²

Como os prazeres são bons por si só, o oposto também pode ser considerado, ou seja, as dores não são boas, e sim más em si mesmas, essas qualidades lhe sendo intrínsecas. Portanto essas propriedades não são o problema para a concepção de qual delas é melhor e pode levar a felicidade, tendo em vista que todos os homens buscam o bem ou bom como fim em si mesmo. Dessa forma, sabendo o caminho que deve seguir, o homem consegue orientar seus desejos e prazeres em prol da felicidade. Sendo esse caminho carregado de preceitos morais relacionados à conduta humana, não surpreende que eles estejam presentes no agregado da vida social, como se vê expresso quando Mill diz:

Não pode ser dada nenhuma razão do porque a felicidade geral é desejável, exceto que cada pessoa, na medida em que ela acredita que seja atingível, deseja sua própria felicidade. Isso, no entanto, sendo um fato, temos não apenas a prova final que se pode admitir, mas tudo o que é possível exigir sobre a bondade da felicidade: que para cada pessoa a felicidade é um bem, e a felicidade geral, portanto, é um bem para a soma de todas as pessoas. A felicidade tem em seu próprio título um dos fins da conduta e, conseqüentemente, um dos critérios da moralidade. (CRISP, 1997, p.72).³³

³² Tradução de: *Mill speaks of happiness in both ways. His holistic conception relies on the personal conception, but his official explanation relies on the quantitative conception. To understand his transition from the goodness of A's happiness to the goodness of the general happiness, we must consider both conceptions. So far we have seen that the personal conception does not warrant his transition. But if he intends the quantitative conception, his explanation says that if A's pleasure is good, B's pleasure is good, etc., any aggregate of pleasure is also good. The ownership of the pleasures by different people is irrelevant for deciding whether the pleasures are good.*

³³ Tradução de: *No reason can be given why the general happiness is desirable, except that each person, so far as he believes it to be attainable, desires his own happiness. This, however, being a fact, we have not only all the proof which the case admits of, but all which it is possible to require, that happiness is a good: that each person's happiness is a good to that person, and the general happiness, therefore, a good to the aggregate of all persons. Happiness has made out its title as one of the ends of conduct, and consequently one of the criteria of morality.*

Essa análise moral da conduta humana presente nas ações que geram prazer não está relacionada de forma alguma com o egoísmo, pois o utilitarismo manifestamente não se apresenta como uma teoria individualista, mas antes coletiva em sua essência. Pois as ações não podem ser analisadas isoladamente no universo humano, todas elas apresentam consequências que reverberam na natureza e na sociedade. Com isso se uma ação gera prazer para um único indivíduo e dor para os demais membros de sua sociedade, não se pode dizer que ela é um bem, pois seu impacto no universo não é positivo.

No entanto, quando o egoísta avança, implícita ou explicitamente, a proposição de que o seu prazer ou felicidade é bom não só para si, mas também do ponto de vista do universo – ao dizer que a natureza o concebeu para procurar a própria felicidade -, torna-se importante apontar que a sua felicidade não pode ser uma parte mais importante do bem, considerado universalmente, do que uma igual felicidade de qualquer outra pessoa. (SIDGWICK, 2013, p. 590).

A convergência das ações que geram o bem como consequência não pode ser tratada isolada e individualmente, de modo que as outras pessoas presentes na sociedade também fazem parte da equação da felicidade. E diante disso as relações de afeto, mesmo não se encaixando diretamente no critério de imparcialidade, ainda é o que faz dos seres humanos um único conglomerado para ser analisado com relação à sustentação da felicidade, que deve ser entendida como a do maior número de pessoas, ou maior felicidade. Esta está associada também às emoções e não fica restrita apenas à razão, uma vez que essas relações emocionais geram novas emoções que também geram prazer nos indivíduos que desfrutam delas, criando de certa forma uma corrente do bem, o que resulta em um aumento da condição da felicidade para a sociedade.

...a subsistência de afectos benevolentes entre os seres humanos é em si um meio importante para o fim utilitarista, dado que os nossos prazeres mais intensos e valorizados derivam desses afectos, pois a própria emoção é extremamente aprazível e transmite essa qualidade às actividades que suscita e sustenta, e a felicidade assim produzida aumenta constantemente através do eco simpático dos prazeres concedidos aos outros. (SIDGWICK, 2013, p. 606).

Existem assim vários aspectos que devem ser considerados na relação entre o prazer e a felicidade, de onde uma complexidade de fatores a serem considerados. Portanto, na felicidade se incluem a razão, que analisa as

consequências das ações e regula os desejos, as emoções, que intensificam as sensações de aprazibilidade, a benevolência que se apresenta na empatia do convívio social, o coletivo que visa agregar e maximizar a felicidade para o maior número de pessoas. Ponto importante a ter presente é a necessidade de compreender que todas essas relações devem ser vistas como tendo flexibilidade em suas interações, pois esta é a forma como Mill apresenta e desenvolve seu pensamento. A partir do momento em que se compreende essa flexibilização de Mill em relação à Bentham pode-se tanto analisar como compreender a postura utilitarista diante das abordagens negativas de seus críticos. Apesar destas considerações não há como chegar à conclusão de que todas as pessoas podem estar felizes ao mesmo tempo. O que Mill mostra é como o prazer máximo pode ser alcançado pela sociedade, o qual resultará necessariamente de um somatório do prazer em relação à ausência de dor entre os indivíduos de uma determinada sociedade. É o que explica Irwin:

Sua conclusão diz que a felicidade (ou seja, o prazer) é boa e não importa quem esteja feliz ou quantos estejam felizes (ou seja, melhor no geral); Tudo o que importa é o prazer total alcançado. Para chegar a essa conclusão, ele confia em uma suposição questionável sobre "a felicidade geral" e "o agregado de pessoas". A felicidade geral não é a condição em que todos estão felizes (ou seja, bem, em vez de mal); e então Mill não afirma que a felicidade geral é boa para todas as pessoas que estão felizes. A felicidade geral é o excedente máximo de prazer; Mill afirma que isso é bom em relação às pessoas cujos prazeres e as dores estão sendo agregadas. Ele não diz, portanto, que a felicidade geral é boa para todas essas pessoas. Seu argumento assume que esse prazer, no entanto, é distribuído entre as pessoas, e que ele é o único bem. (IRWIN, 2009, p. 417).³⁴

Porém as divergências que podem estar presentes nessa relação entre os prazeres e a felicidade faz com que a universalização dessa análise não seja possível. Dependendo das experiências e crenças das pessoas, existem divergências em relação aos diversos e diferentes aspectos discutidos, mas o importante é não deixar que isso chegue a um relativismo e permaneça dentro da

³⁴ Tradução de: *His conclusion says that happiness (i.e., pleasure) is good, and it does not matter who is happy or how many are happy (i.e., better off on the whole); all that matters is the total pleasure achieved. To reach this conclusion, he relies on a questionable assumption about 'the general happiness' and 'the aggregate of persons'. The general happiness is not the condition in which everyone is happy (i.e., well off rather than badly off); and so Mill does not claim that the general happiness is good for all the people who are happy. The general happiness is the maximum surplus of pleasure; Mill claims that this is the good in relation to the persons whose pleasures and pains are being aggregated. He does not say, therefore, that the general happiness is good for all these people. His argument assumes that pleasure, however it is distributed among persons, is the only good.*

lógica desenvolvida por Mill, sem esquecer da presença do empirismo defendido por ele e a importância por ele atribuída aos princípios secundários.

Além disso, é necessário que abordemos a questão referente ao princípio da maior felicidade e que voltemos às relações morais envolvidas no utilitarismo e em sua concepção de felicidade.

5.2 O princípio da maior felicidade

Com a relação utilitarista entre prazer e felicidade estabelecida, resta tratar a questão dos princípios que regem a felicidade, ou mais especificamente o princípio da maior felicidade. Mas antes de definir e discorrer sobre o princípio da maior felicidade vamos abordar o conceito da felicidade sob a ótica das virtudes e dos deveres. O intuito é comparar as peculiaridades e diferenças existentes entre as teorias filosóficas mencionadas ao início deste trabalho.

A felicidade foi trabalhada por Aristóteles na formação da ética das virtudes desenvolvida em seus escritos. Mais especificamente, interessa-nos aqui o modo como ele trata da felicidade no Livro 10 da Ética a Nicômaco, sem esquecer que sua posição de defesa da felicidade como sendo o maior bem desejado pelos homens e como o fim último das ações humanas, está já presente no Livro 1º da mesma obra, onde Aristóteles (2004, p.3) diz que “... o bem é aquilo a que todas as coisas tendem”.

Aristóteles aborda várias questões que, do seu ponto de vista, se relacionam com a felicidade, sendo ela conceituada como um bem desejado e como uma atividade virtuosa da alma que estiver conforme à virtude perfeita. A felicidade é tratada como o fim da natureza humana, o que traz à tona o que existe de melhor na natureza humana. Assim, quando nos propusermos a fazer o nosso melhor e nos orientarmos pela reta razão, a virtude que existe em nós aflorará, se tornando alinhada com a bondade e consequentemente nos direcionando para a felicidade.

Se a felicidade é atividade conforme à virtude, será razoável que ela esteja também em concordância com a mais alta virtude; e essa será a do que existe de melhor em nós. Quer seja a razão, quer alguma outra coisa esse elemento que julgamos ser o nosso dirigente e guia natural, tornando a seu cargo as coisas nobres e divinas, e quer seja ele mesmo divino, quer apenas o elemento mais divino que existe em nós, sua atividade conforme à

virtude que lhe é própria será a perfeita felicidade. (ARISTÓTELES, 2004, p.190)

Mesmo que a felicidade seja o objetivo final de todo o ser humano Aristóteles não a relaciona diretamente com o prazer. Para Aristóteles, a felicidade não está necessariamente ligada diretamente ao prazer, mas sim em sermos virtuosos e fazermos as coisas da melhor maneira possível. Quando estamos empenhados a desenvolver o nosso melhor, ou nossas virtudes, estamos nos direcionando para a felicidade, o que não quer dizer que para isso devamos buscar unicamente uma satisfação prazerosa, seja ela do corpo ou do intelecto. Também não existe o conceito de maior felicidade para o maior número de pessoas, da forma como foi defendido por Mill; a virtude é trabalhada mais do ponto de vista individualista do que coletivo; é o desenvolvimento da virtude do indivíduo que o guiará para a felicidade.

Em contrapartida, para a ética do dever a felicidade não se apresenta da mesma forma. A felicidade para Kant, tal como é caracterizada na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* possui outro viés. A busca da felicidade é tratada como um dever para o homem, pois para ele os homens felizes conseguem se manter mais facilmente no caminho correto. Os homens que não se consideram felizes, diante de sua condição de descontentamento podem mais facilmente se desviar do caminho dos deveres considerados corretos por Kant, transgredindo assim suas leis e preceitos *a priori*.

Assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever (pelo menos indirectamente); pois a ausência de contentamento // com o seu próprio estado num torvelinho de muitos cuidados e no meio de necessidades insatisfeitas poderia facilmente tornar-se numa grande tentação para a *transgressão dos deveres*. Mas, também sem considerar aqui o dever, todos os homens têm já por si mesmos a mais forte e íntima inclinação para a felicidade, porque é exatamente nesta ideia que se reúnem numa soma todas as inclinações. (KANT, 2009, p. 29-30).

A característica do padrão de felicidade estabelecido por Kant se baseia na intenção da ação humana, enquanto a visão de felicidade proposta por Aristóteles está focada em uma atividade virtuosa e divina, que tende a guiar o ser humano ao bem e à consequente felicidade. Esses aspectos não são e nem podem ser considerados errados. Contudo, a ética utilitarista, muito diferentemente, foca seus esforços em analisar as consequências das ações humanas, e como essas consequências podem guiar o ser humano a maximizar seu prazer e evitar ou

minimizar sua dor. Ela não observa apenas um ser humano de forma isolada, como poderia pensar um egoísta, mas sim de forma coletiva e social.

Assim, Kant trabalha o dever do indivíduo, de modo que o cumprimento de sua obrigação lhe permita ser feliz, contribuindo assim para que ele não busque meios torpes para se sentir feliz. O prazer também não se apresenta diretamente como um fator ligado à felicidade, porém o homem deve aceitá-lo como uma inclinação para sua própria felicidade. Aqui também não é possível observar a preocupação com a felicidade do maior número de pessoas, mas sim a felicidade do indivíduo, sendo esta uma aspiração interna, que não se estende para outras pessoas. A inclinação para buscar a felicidade pertence e parte do próprio indivíduo.

Estando a ética aristotélica preocupada com a virtude das ações do indivíduo e a ética kantiana com a felicidade como uma aspiração do indivíduo, surge a ética utilitarista com o interesse em analisar mais amplamente o contexto das ações dos indivíduos humanos. Contexto este que não visa só a satisfação de um único ser, mas sim de todo um conjunto de relações humanas presentes na busca da felicidade. Busca essa que tem como alicerce principal o prazer, mas não um prazer unicamente hedonista, um prazer de certa forma responsável e que é analisado em um contexto geral de sociedade.

Portanto o indivíduo deve pensar em desfrutar dos prazeres tendo em mente as consequências de suas ações, para que elas não interfiram na liberdade alheia e que esta não venha a trazer dores futuras, seja para ele próprio seja para as outras pessoas. Pode-se ter em mente também uma questão de sustentabilidade ou até mesmo de altruísmo nas ações prazerosas a serem praticadas em conformidade com a ética utilitarista. Mas é claro que não existe a utopia de agradar ou satisfazer todos ao mesmo tempo, o que deve ser considerado é o somatório dos prazeres, respeitando os direitos e individualidades de cada um para a felicidade geral.

Tudo o que lhe diz respeito, é o total de prazer e dor. E assim, se pudéssemos aumentar o prazer de uma pessoa prejudicando outras dez pessoas, nós seríamos obrigados a fazê-lo, se isso aumentasse o prazer total. De acordo com Mill "a maior felicidade do maior número" não implica que devemos buscar alcançar o maior número possível de seres conscientes felizes. Devemos buscar a maior felicidade total possível,

somando o maior número de seres conscientes, quer a maioria deles seja feliz ou infeliz. (IRWIN, 2009, p. 421).³⁵

Mesmo que a maior felicidade possa ser alcançada prejudicando outros, isso não seria moral. A maior felicidade deve ser buscada sem que sejam ultrapassados os limites da moralidade. O utilitarismo não prega uma busca desenfreada pelo maior prazer ou simplesmente pelo prazer da maioria, ele considera sempre certos princípios para que essa maior felicidade possa ser desfrutada. Diante disso os preceitos morais não podem ser desconsiderados para a felicidade utilitarista ou qualquer outra doutrina filosófica, ou seja, a felicidade tanto individual como coletiva não deve fechar os olhos para a moralidade, caso contrário não estaríamos falando de uma felicidade verdadeira, correta ou justa.

... pois esse padrão não é a maior felicidade do próprio agente, mas o maior total de felicidade em termos globais, e, embora seja possível duvidar que um carácter nobre seja sempre mais feliz devido à sua nobreza, não pode haver dúvida que ele torna as outras pessoas mais felizes e que o mundo em geral ganha imensamente com ele. (MILL, 2005, p. 52).

Para Mulgan a busca da felicidade para o maior número de pessoas exige um equilíbrio reflexivo, ou seja, devemos recorrer intuitivamente a quatro princípios para chegarmos à maximização do prazer e conseqüentemente da felicidade. Dentre eles estão: a razão para promover o bem, o princípio da prevenção de danos, o princípio da ajuda aos inocentes e o princípio de que os números efetivamente contam.

- 1) *A razão para promover o bem* – O fato de que uma ação promoverá a felicidade humana oferece-nos uma razão para executá-la. Se duas ações irão cada uma promover a felicidade humana, então temos razões para realizar qualquer uma delas que produza a maior felicidade. Se escolhermos ações exclusivamente com base na razão para promover o bem, vamos, portanto, sempre optar pela ação que maximize a felicidade.
- 2) *O princípio da prevenção de danos* – Se pudermos evitar que algo ruim aconteça, sem sacrificar nada de importância moral comparável, devemos fazê-lo.
- 3) *O princípio da ajuda aos inocentes* – Se formos capazes de prestar assistência a uma pessoa inocente em grande necessidade, com um custo insignificante para nós mesmos, então devemos fazê-lo.
- 4) *Os números efetivamente contam* – Se você escolher entre as vidas de um grupo de pessoas e as vidas de outro grupo, você deve escolher o grupo maior. (MULGAN, 2012, p. 81-82).

³⁵ Tradução de: *For all that concerns him is the total pleasure and pain. And so, if we could increase one person's pleasure by harming ten other people, we would be required to do it, if that would increase the total pleasure. Mill's references to 'the greatest happiness of the greatest number' do not imply that we should aim at the greatest possible number of happy sentient beings. We should aim at the greatest possible total of happiness, summed over the greatest number of sentient beings, whether or not most of them are happy or unhappy.*

Desta forma esses quatro princípios seguem para o caminho da maior felicidade na visão utilitarista. A primeira delas é a mais óbvia e que segue o princípio principal do utilitarismo, ou seja, se uma ação promove o bem devemos realizá-la para a promoção da felicidade, o que não está em desacordo com nenhum utilitarista. Na segunda temos presente a questão da evitação ou minimização da dor, mas não a qualquer preço, para tanto devemos estar cientes das possíveis consequências destes atos e de suas repercussões morais, as quais não devem ser deixadas de lado. Em relação a prestar ajuda aos inocentes, isso vai ao encontro da necessidade de criar um ambiente mais feliz de maneira geral. Se pudermos ajudar outras pessoas a desfrutarem de prazeres e serem felizes não há motivos para não fazer essa ação, uma vez que se vivermos em uma sociedade com muitas pessoas felizes mais fácil será para nós sermos felizes também. Por último temos a questão numérica, a qual foi defendida desde o princípio por Jeremy Bentham, o ponto é simples: escolher sempre a ação que propicie o prazer para o maior número de pessoas.

A coesão destes princípios está em sintonia com o que é definido como o princípio da maior felicidade. Isso porque visa à realização de ações que têm como objetivo o prazer e a felicidade juntamente com a mitigação ou minimização da dor. Considera também a felicidade das outras pessoas as quais podemos ajudar para promover um ambiente mais feliz e como consequência aumentar o número de pessoas felizes. Da mesma forma que podemos colaborar com a felicidade dos outros estamos sendo beneficiados por esta corrente do bem, pois se existe uma felicidade geral também somos retribuídos de alguma forma por ela.

Pois, por um lado, o utilitarismo prescreve que prestemos serviços sempre que fazê-lo seja conducente à felicidade geral, o que pode ocorrer muitas vezes sem que tenhamos em conta o ganho pessoal que resultaria da sua retribuição; e, por outro lado, dado que podemos inferir do egoísmo real do homem médio que esses serviços não seriam prestados adequadamente sem a expectativa de retribuição, também é conducente à felicidade geral que os homens reconheçam uma obrigação moral de os retribuir. (SIDGWICK, 2013, p. 613).

5.3 A moral utilitarista e a felicidade

Assim como outras doutrinas normativas, o utilitarismo também possui seus preceitos morais sobre a orientação da ação humana dentro da sociedade. Como uma ética teleológica, ele avalia a resultado final das ações. Premissas essas que surgem de experiências empíricas, as quais servem como fundamento para a determinação da conduta moral do ser humano na sociedade.

Os comportamentos das pessoas em uma sociedade são regidos por regras morais, porém as ações podem ser não só morais, como amorais e imorais. No utilitarismo todas as ações que apresentem como consequência o prazer ou felicidade para o maior número de pessoas são consideradas morais, sem considerar outras questões como o dever e as virtudes envolvidas na respectiva ação.

O modelo utilitarista de fundamentação da moral é um modelo teleológico, isto é, toma como ponto de partida para determinar o que é o “bom” a finalidade (télós) da vida humana. As teorias teleológicas possuem um apelo intuitivo em função de incorporar a ideia de racionalidade que corresponde à ideia de maximização de algo e, em questões morais, o que deve ser maximizado é o bem, sendo que isto está relacionado a uma ideia de ética substancial que determina que uma teoria moral só pode desenvolver-se a partir de uma concepção específica do bem, ou até, de uma hierarquia de bens. (SILVEIRA, 2011, p.10).

O conceito de moralidade utilitarista é claro e simples de compreender. Um comportamento imoral do ponto de vista utilitarista seria aquele que gera o contrário do prazer, ou seja, implica em dor, contrapondo o comportamento moral. Já o comportamento amoral difere dos outros dois, pois não pode ser comparado com o imoral e tampouco com o moral, neste tipo de comportamento a pessoa que realiza a ação não possui o conhecimento sobre as consequências de sua ação, portanto falta-lhe conhecimento para discernir sobre os resultados de seus atos.

Essa forma de moralidade segue contra os princípios morais de outras éticas normativas, principalmente os deontológicos defendidos por Kant. No modelo deontológico as ações são consideradas morais à medida que são realizadas por dever ou de acordo com a lei. O que deixa a vontade do agente em segundo plano, assim como sua liberdade de agir sem medo de sanções legais. O dever perante as leis é o que rege a conduta do indivíduo e não necessariamente o bem para a maioria da população.

O respeito pela lei deve prevalecer sobre qualquer consideração relativa ao bem-estar ou à felicidade do agente moral ou das outras pessoas. A vontade ocupa então o lugar que o “desejo razoável” ocupava nas éticas de inspiração aristotélica. Com efeito, o desejo compreende-se por sua “finalidade” ou seu *télos*, enquanto a vontade é determinada por sua relação com o dever ou a lei. Não podemos definir o bem como a satisfação de nossos desejos, pois, como os objetos da faculdade de desejar são numerosos e variam segundo os indivíduos, é impossível dar uma definição clara e unívoca do bem. Além disso, a escolha de um princípio material nos obriga a permanecer no nível das motivações empíricas. (BERTEN, 2003, p.407).

Mas o universo das teorias da moralidade não se restringe à ética utilitarista e do dever, existem também as questões morais envolvidas na ética das virtudes. Na ética das virtudes Aristóteles define virtude como *aretê*, fazer com excelência, ou seja, significa agir conforme o melhor e o mais perfeito, pois o homem virtuoso é aquele que age de acordo a reta razão. A virtude de Aristóteles se divide em intelectual e moral, sendo a intelectual aquela adquirida graças aos resultados da aprendizagem e da educação, e a virtude moral é o resultado do hábito que nos torna capazes de praticar atos justos, portanto ela não é gerada em nós por natureza. Sendo assim a moral relacionada às virtudes adota uma abordagem diferente tanto da ética utilitarista quanto da do dever, esses conceitos e diferenças estão presentes na *Ética a Nicômaco* de Aristóteles.

Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino — por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome por uma pequena modificação da palavra (hábito). Por tudo isso, evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza; com efeito, nada do que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza. (ARISTÓTELES, 2004, p. 22).

Abrangendo a moral das três principais escolas filosóficas normativas, pode-se perceber suas diferenças em relação à conceituação da moralidade. No utilitarismo a moral está diretamente relacionada com o bem que a ação proporciona. Na moral do dever prevalece a razão e o cumprimento das leis. E na moral das virtudes, ela é vista como adquirida com o hábito de praticar boas ações ao longo de nossa vida.

Não falta quem considere a moral utilitarista falha ou incompleta, e a criticam por sua objetividade, quantificação dos prazeres e consequencialismo nas ações humanas, falta de compromisso com o dever, sacrifício em prol da maioria e o

empirismo para o julgamento das ações. Principalmente os kantianos criticam a moral utilitarista por ela julgar possível que algumas ações universalmente consideradas erradas possam ser consideradas plausíveis em determinadas circunstâncias, como descumprir com as promessas ou qualquer outra regra moral comum a sociedade humana.

Assim, por exemplo, devemos ver que a regra moral que nos diz que as promessas devem ser cumpridas, condensa um cálculo anonimamente feito pelas sociedades humanas, com relação aos malefícios que a falsidade e a consequente falta de confiança trazem para a vida em sociedade. E o mesmo poder-se-ia dizer de grande parte das outras regras morais comuns. (TORRES, 2013).

Mesmo que não cumprir uma promessa seja considerado pela sociedade uma atitude imoral, para o utilitarismo a questão a ser considerada são as consequências dessa ação. Portanto, se quebrar a promessa trazer um benefício para um número maior de pessoas do que cumpri-la, então esta ação condenável será moralmente aceita, desde que não se torne uma regra. Abrindo mão da consciência individual e se sacrificando para o bem de mais pessoas. A crítica que se faz então ao utilitarismo é bem expressa por Silveira:

Do ponto de vista normativo, a principal fraqueza do modelo utilitarista está em não considerar a inviolabilidade normativa da pessoa, o que traz como consequência o princípio do sacrifício. Por este princípio, é possível que uma ação seja considerada correta se ela traz o melhor resultado para o maior número de pessoas, tanto como regra da maioria, como do ponto de vista imparcial. (SILVEIRA, 2011, p.16-17).

O ponto crucial para rebater essa objeção ao sacrifício de um valor, como a quebra de uma promessa, é que constantemente todos fazem sacrifícios diários para o bem da sociedade. Pois, uma vez o homem sendo considerado um ser sociável, ele precisa das outras pessoas para que possa viver plenamente, e o sacrifício de suas vontades e desejos, assim como, em certas circunstâncias, a suspensão de certas regras morais em favor de um valor moral superior, pode vir a colaborar com a maior felicidade desse mesmo convívio social. Não é possível também deixar de lado os preceitos jurídicos em Bentham em relação à criação e desenvolvimento da ética utilitarista e sua busca pela equidade perante a aplicação da justiça.

Os princípios são construídos a partir da teoria da justiça como equidade, e servem para mostrar quais juízos morais podem ser tomados como corretos (juízos morais ponderados – *considered judgments*). Por sua vez, estes juízos morais ponderados (como os que afirmam que a tolerância religiosa é boa e a escravidão é má) servem de referência para a formulação da teoria. Nota-se que este modelo é inferencial, pois garante a correção dos juízos e princípios morais a partir de uma teoria moral que se apresenta como melhor candidata para cumprir a sua função de garantia da estabilidade (stability) social a partir da ideia de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação. (SILVEIRA, 2011, p.18).

A base jurídica da equidade presente no utilitarismo completa diversos preceitos morais apontados pelos críticos do utilitarismo. Começando pelo sacrifício individual para o bem da sociedade, a equidade que visa avaliar as ações humanas considerando suas consequências e o empirismo para julgar morais ou não as consequências das ações.

A liberdade de escolha em razão da utilidade talvez possa ser o princípio moral mais patente de toda a doutrina utilitarista. Essa liberdade faz com que o ser humano sintam-se livre para buscar as melhores ações possíveis aptas a levar a maioria dos homens à felicidade.

1. Uma acção particular é certa se estiver de acordo com as regras morais correctas; é errada se transgredir alguma das regras morais correctas.
2. Uma regra moral é correcta em virtude de a sua aceitação promover o fim último - a felicidade geral. (MILL, 2005, p. 20).

Portanto, a felicidade geral é que norteia a moral utilitarista, a qual implica em promover o prazer para a comunidade como um todo. Caso as ações não tragam o prazer, e promovam a dor, elas estarão erradas e serão consideradas imorais. O principal ponto da moralidade no utilitarismo é compreender a utilidade das ações humanas para se chegar à felicidade geral.

A moralidade das ações depende das consequências que elas tendem a produzir, é a doutrina das pessoas racionais entre todas as escolas; o bem ou o mal dessas consequências é medido unicamente através do prazer ou dor, é o que é peculiar a toda a doutrina da escola utilitarista. (MILL, 1969, p. 111).³⁶

Porém, existem divergências sobre essa moralidade dentro da própria escola utilitarista. Isso pode ser observado na relação entre Bentham e Mill. Para Bentham

³⁶ Tradução de: *That the morality of actions depends on the consequences which they tend to produce, is the doctrine of rational persons of all schools; that the good or evil of those consequences is measured solely by pleasure or pain, is all of the doctrine of the school of utility, which is peculiar to it.*

a moralidade está restrita exclusivamente ao prazer e a dor, enquanto para Mill a moralidade é muito mais do que isso. Para ele existem outras coisas ou valores que importam na vida humana, tanto que ele reconhece em seus estudos os princípios secundários além dos primários estabelecidos pelo utilitarismo clássico. Isso tende a destacar ainda mais a importância do trabalho desenvolvido por Mill para o utilitarismo e para a humanidade, assim como já foi visto em capítulos anteriores e está sendo reforçado agora.

Bentham espera que a pessoa moralmente iluminada atribua valor somente ao prazer e à dor e para a maximização universal do prazer. Mill sugere que isso não é tudo o que importa vida humana, e que a moral deve reconhecer outros elementos de valor. (IRWIN, 2009, p. 410).³⁷

Desta forma John Stuart Mill ressalta que as ações humanas devem ser analisadas de três formas diferentes, e como o utilitarismo tem o objetivo de analisar as ações humanas isso se torna crucial para o entendimento de sua teoria da moralidade. Dentre os três aspectos a serem considerados - o moral, o estético e o simpático - o que mais nos interessa é o primeiro deles. Pois o aspecto moral é o que está presente em nossa capacidade de analisar as consequências de nossas ações, tendo em vista que tal aspecto pertence à razão e à consciência do ser humano. Desta forma, com a devida análise podemos avaliar uma ação como certa ou errada, boa ou má, conforme seja prazerosa ou dolorosa, isso dentro das reais expectativas que podemos observar para cada ação mediante o discernimento de nossa razão.

Toda ação humana tem três aspectos: seu aspecto moral, ou do certo e errado; seu aspecto estético, ou da beleza; seu aspecto simpático, ou da amabilidade. O primeiro aborda a nossa razão e consciência; o segundo nossa imaginação; o terceiro o nosso sentimento humano. De acordo com o primeiro, aprovamos ou desaprovamos; De acordo com o segundo, admiramos ou desprezamos; de acordo com o terceiro, nós adoramos, sentimos piedade ou não gostamos. A moralidade de uma ação depende de suas consequências previsíveis; a beleza e a amabilidade, ou o inverso, dependem das qualidades que são evidenciadas. Assim, uma mentira está errada, porque seu efeito é enganar, e porque tende a destruir a confiança do homem no homem; também é mal, porque é covarde - porque procede não ousarmos enfrentar as consequências de dizer a verdade - ou, na melhor das hipóteses, é evidenciada a falta desse poder para compelir os nossos fins por meios diretos, o que é concebido como pertencente a cada

³⁷ Tradução de: *Bentham expects the morally enlightened person to attach value only to pleasure and pain and to the universal maximization of pleasure. Mill suggests that this is not all that matters in human life, and that morality should recognize other elements of value.*

peessoa que não é deficiente em energia ou compreensão. (MILL, 1969, p. 112).³⁸

Contudo dificilmente conseguimos avaliar o primeiro aspecto isoladamente dos outros dois, pois temos nossas preferências e experiências, e elas acabam por fazer parte da equação da análise das ações, queiramos ou não isso. Quanto ao segundo aspecto, temos tendência a dar preferência ao que admiramos e achamos belo, o que já pode estar ligado ao terceiro, relacionando isso ao sentimento. Na verdade cada um dos três aspectos é complementar ao outro, não há como separá-los nem trabalhá-los de maneira isolada, pois todos eles estão presentes no cerne do ser humano, e como humanos somos suscetíveis a nossos sentimentos juntamente com nossa racionalidade e experiências.

Para Jeremy Bentham o mais importante era o primeiro aspecto da ação humana, portanto ele deixou de lado os outros dois, pois para ele questões sentimentais não estavam associadas às questões morais. Mas para John Stuart Mill isso era diferente, Mill compreendia o contexto geral e complexo do ser humano, e sabia que os três aspectos estavam presentes e deveriam fazer parte da moralidade humana. Sendo assim ele não as desprezou em seus estudos, ao contrário, usou isso para tornar o utilitarismo mais humano, sem se deixar levar apenas pelo seu sentimentalismo.

O sentimentalismo consiste em definir os dois últimos dos três, acima do primeiro; o erro dos moralistas em geral, e de Bentham, é desprezar os dois últimos completamente. Este é o caso que ocorreu com Bentham: ele escreveu e sentiu como se o padrão moral não só devesse ser primordial (o que deveria), mas como se ele estivesse sozinho; como se devesse ser o único mestre de todas as nossas ações, e mesmo de todos os nossos sentimentos; como para admirar ou gostar, ou desprezar ou não gostar de uma pessoa por qualquer ação que não faça um bem e nem prejudique, ou

³⁸ Tradução de: *Every human action has three aspects: its moral aspect, or that of its right and wrong; its aesthetic aspect, or that of its beauty; its sympathetic aspect, or that of its loveableness. The first addresses itself to our reason and conscience; the second to our imagination; the third to our human fellow-feeling. According to the first, we approve or disapprove; according to the second, we admire or despise; according to the third, we love, pity, or dislike. The "morality" of an action depends on its foreseeable consequences; its beauty, and its loveableness, or the reverse, depend on the qualities which it is evidence of. Thus, a lie is wrong, because its effect is to mislead, and because it tends to destroy the confidence of man in man; it is also mean, because it is cowardly - because it proceeds from not daring to face the consequences of telling the truth - or at best is evidence of want of that power to compass our ends by straightforward means, which is conceived as properly belonging to every person not deficient in energy or in understanding.*

que não faça um bem ou um dano proporcional ao sentimento presente, eram uma injustiça e um preconceito. (MILL, 1969, p. 113).³⁹

Contudo essa forma de análise bentamita, que eleva a razão acima de todos os demais aspectos da condição humana, teve um papel importante sobre a legislação. Com a análise racional de Bentham foi possível aplicar os conceitos utilitaristas às leis, e como consequência disso expô-las a uma provação moral, comprovando sua eficácia através da análise utilitarista de Bentham. Desta forma, porém, se estaria moralizando as leis com base em julgamentos e análises incompletas ou irreais, tendo em vista o número infundável de possibilidades que podem ser geradas em virtude desse fato. É o que comenta Irwin:

Podemos estar inclinados a aceitar o argumento de Mill se pensarmos sobre a real influência do utilitarismo sobre a legislação - o tipo de influência pela qual Mill elogia Bentham. Se, por exemplo, aplicarmos um teste utilitarista às leis, podemos acreditar em algumas suposições morais amplamente compartilhadas sobre o que promove os interesses das pessoas, e podemos mostrar que uma determinada lei os promove ou não. Mas se nos for pedido para avaliar a utilidade de uma ação política simplesmente por suas consequências em relação ao prazer e dor, podemos ficar confusos. Como podemos saber quais serão essas consequências? E por que devemos nos guiar pelos nossos juízos hedônicos ao invés de nossos outros julgamentos morais? (IRWIN, 2009, p. 412).⁴⁰

O fato das consequências das ações muitas vezes tomarem um viés desconhecido é algo com que todos temos que conviver, afinal como é possível se avaliar e analisar uma infinidade de possibilidades e seus desencadeamentos dependendo das diferentes situações que se apresentem? Portanto o utilitarismo se preocupa com a análise das consequências que estão ao nosso alcance ou que possam vir a ser evidenciadas em situações normais. Como já foi comentado

³⁹ Tradução de: *Sentimentality consists in setting the last two of the three above the first; the error of moralists in general, and of Bentham, is to sink the two latter entirely. This is pre-eminently the case with Bentham: he both wrote and felt as if the moral standard ought not only to be paramount (which it ought), but to be alone; as if it ought to be the sole master of all our actions, and even of all our sentiments; as if either to admire or like, or despise or dislike a person for any action which neither does good nor harm, or which does not do a good or a harm proportioned to the sentiment entertained, were an injustice and a prejudice.*

⁴⁰ Tradução de: *We might be inclined to accept Mill's argument if we think of the actual influence of utilitarianism on legislation—the sort of influence for which Mill praises Bentham. If, for instance, we apply a utilitarian test to laws, we can rely on some quite widely shared moral assumptions about what promotes people's interests, and we can show that a given law does or does not promote them. But if we are asked to assess the utility of an action or policy simply by its consequences in pleasure and pain, we may be puzzled. How can we know what these consequences will be? And why we should be guided by our hedonic judgments rather than by our other moral judgments?*

anteriormente, não adianta discutir sobre ações e fatos que não estão ao nosso alcance.

Mill não estaria contente mesmo com uma base intuitiva do utilitarismo. Deve haver um primeiro princípio na moralidade, ele pensa, e não pode ser auto-evidente, pois isso implicaria em alguma faculdade moral inata que nós não temos. Mas isso não quer dizer que o utilitarismo pode ser dedutivamente provado. De acordo com o utilitarismo milliano, o único fim bom ou último é a felicidade, e finalidades finais não podem ser provadas. (CRISP, 1997, p. 70)⁴¹

Mesmo que o intuicionismo esteja presente no utilitarismo não podemos deixar de lado os princípios morais existentes na sociedade. Esses princípios morais servem como um guia para o julgamento das ações humanas, que por sua vez se são considerados corretos e bons, tendem ao caminho do prazer e consequentemente da felicidade. Pois o objetivo último e final de todas as ações humanas visa à felicidade como um todo.

⁴¹ Tradução de: *Mill would not be content even with an intuitively founded utilitarianism. There must be a first principle in morality, he thinks, and it cannot be self-evident, since this would imply some special innate moral faculty which we do not have. But this is not to say that utilitarianism can be deductively proven. According to Millian utilitarianism, the only good or ultimate end is happiness, and ultimate ends cannot be proved.*

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escola utilitarista de John Stuart Mill apresentou inovações e uma capacidade de adaptação e aplicação prática à frente de seu tempo. Isso se deve ao fato de Mill também ter sido uma pessoa à frente de seu tempo. Ele foi capaz de identificar as brechas e falhas deixadas no utilitarismo fundado por seu mentor Bentham, e transformá-lo em uma filosofia dinâmica e contemporânea. O que pode culminar com um conceito de felicidade que pode ser considerado relativamente fácil de ser compreendido pelas pessoas se for comparado aos conceitos estabelecidos por outras escolas filosóficas.

Diferentemente das doutrinas da virtude e da excelência propostas por Aristóteles, o utilitarismo de Mill não cobra tais perfeições da conduta humana. O que ele cobra é que as consequências de nossas ações sejam colocadas à prova, de modo que a consideração daquelas é que deve nos guiar ao prazer e à felicidade. Contudo a questão do hábito está presente, mas não na formação do caráter como propõe Aristóteles, e sim em tornar certas exceções que beneficiam a maioria, mas que podem ser contraditórias com os hábitos. A mentira e a tortura são exemplos de exceções que podem ser consideradas para a felicidade do maior número de pessoas e que não podem se tornar regras no mundo comum, pois se assim fosse prejudicariam o convívio social e as regras morais do próprio utilitarismo.

Da mesma forma, o utilitarismo não cobra das pessoas uma devoção aos deveres da lei e da ordem social, o dever do utilitarismo é com a maior felicidade para o maior número de pessoas. Sendo assim, as intensões não são avaliadas como na ética kantiana, essas avaliações são realizadas em virtude das consequências das ações realizadas. Portanto o cerne moral está na ação e não na intenção do indivíduo como é proposto por Kant, posição esta última que a meu ver se torna algo irrealista, pois como podemos saber qual é a real intenção de uma pessoa? A análise de suas ações é algo muito mais visível e mais fácil de se analisar. Além disso, a questão de que é desejável que sejamos felizes para não ficarmos tentados a não nos tornar transgressores dos deveres é algo com o que não concordo.

Claro que as outras escolas filosóficas também trazem seus pontos positivos, e, portanto não devem ser descartadas. A meu ver, elas são mais complementares

do que excludentes, apesar de suas diferentes existem diversos pontos em comum, como por exemplo, a moralidade humana. Essas teorias não foram criadas isoladamente, elas foram resultado de diversos anos de evolução e estudo, Mill tomou como base alguns dos ensinamentos filosóficos dos gregos para formular suas teorias, assim como elas também serviram de base para outros filósofos formularem as suas. O importante é conseguir fazer um discernimento claro e tirar proveito do que cada uma delas tem de melhor, seja a excelência no que faz, seja no respeito às leis, ou na busca pelo prazer.

John Stuart Mill não se acomodou e tampouco se intimidou com as adversidades encontradas. Conseguiu superar doenças e problemas pessoais para defender seus ideais e principalmente as mulheres. Não seguiu fielmente seu mestre Bentham e acabou por colocar alguns de seus fundamentos à prova, como foi o caso da qualificação dos prazeres, o que deu uma nova dimensão para o utilitarismo. Foi contra seu mestre também quando não deixou a razão se a única guia para a busca do prazer e a evitação da dor, acrescentando os princípios secundários aos seus estudos sobre as consequências da ação humana.

O prazer não pode ser visto como algo isolado para a busca da felicidade, ele é complementado pelas experiências, emoções e moralidade das pessoas. Mesmo que Mill tenha feito o possível para defender e refinar o utilitarismo, seus críticos sempre estavam a espreita para questionar seus escritos, principalmente em questões relacionadas ao sacrifício para a felicidade da maioria, ou ao fato de considerarem que ele se desviou do utilitarismo e criou uma nova filosofia, entre outros pontos. Mas Mill sempre tinha uma saída para tais questionamentos e não ficou acomodado ou preso a dogmatismos como fez Bentham. Talvez os críticos estivessem presos a outros preceitos ou não compreendiam as reais intenções de Mill e sua forma de ver o mundo.

Mill atribuiu a felicidade um caráter que vai muito além da perspectiva animalesca da busca pelo prazer. Ele percebeu que o prazer pode sim levar à felicidade, desde que o ambiente ao seu redor esteja em harmonia, que as pessoas que o cercam também estejam de certa forma felizes e que a moralidade seja seguida e mantida. A felicidade não é algo determinado, a qual podemos dizer “a partir desse momento atingi a felicidade”, ela é algo que deve ser construída e alicerçada em coisas que vão além dos simples prazeres, claro que eles também

fazem parte dela, mas o que a complementa são as pessoas e seu estado de espírito.

A felicidade não é algo em que devemos ficar pensando o tempo todo, ela simplesmente acontece quando seguimos nossos princípios, gozamos de nossos prazeres e compartilhamos do convívio de outras pessoas. O indivíduo sozinho dificilmente consegue ser feliz, pois nós como seres sociáveis temos uma relação de interdependência um com o outro. A ética utilitarista não ficará nos dizendo o que fazer a todo instante, ela serve mais como um guia para que possamos analisar as consequências de situações cruciais em nossas vidas, onde eventuais dilemas morais possam estar presentes.

Não se prenda a paradigmas, leis ou regras, viva a sua vida e aproveite os prazeres que ela lhe proporciona, aproveite o convívio com as pessoas amadas, não se apegue a bens materiais. E sempre que um dilema moral surgir em sua vida pare e analise as consequências de seus atos, assim como prega o utilitarismo, diante disso você poderá saber se está ou não no caminho certo, o caminho da maior felicidade.

7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: M. Claret, 2004.

AUDARD, Catherine. **Utilitarismo**. In: CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. In: MORES, Ridendo Castigat (Org.). Brasil: eBooksBrasil.com, 2001. [Disponível gratuitamente em: www.ebooksbrasil.com].

BENTHAM, Jeremy. **A Fragment on Government**. London: Oxford University, 1891.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERTEN, André. **Deontologismo**. In: CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CASTRO, Fábio de. **Pena de morte ainda vigora em 57 países**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pena-de-morte-ainda-vigora-em-57-paises,1621316>. Acessado em 28 de agosto de 2017.

CORTINA, Adela. **Por una ética del consumo**. Madrid: Taurus, 2002.

CRISP, Roger. **Routledge philosophy guidebook to Mill on utilitarianism**. London and New York: Routledge, 1997.

DATA POPULAR. **Pesquisa mostra que 94% dos moradores de favela são felizes**. Rio de Janeiro: Portal de Notícias Globo, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/02/pesquisa-mostra-que-94-dos-moradores-de-favela-sao-felizes.html>. Acessado em 17 de abril de 2018.

GALVÃO, Pedro. **A Teoria do Valor: Hedonismo**. In: MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005.

_____. **O Utilitarismo e John Stuart Mill.** In: MILL, John Stuart. **Utilitarismo.** Porto: Porto Editora, 2005.

GIANNOTTI, José Arthur. **Stuart Mill: Vida e Obra.** In: BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** São Paulo: Nova Cultural, 1989.

HARRISON, Ross. **Jeremy Bentham.** In: CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

IRWIN, Terrence. ***The Development of Ethics. A Historical and Critical Study. Volume III: From Kant to Rawls.*** New York: Oxford University Press Inc., 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 2009, BA12 – BA13.

MILL, John Stuart. ***Essays on Ethics, Religion and Society. Vol. 10.*** Toronto: Universidade de Toronto, 1969.

_____. **A Liberdade; Utilitarismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Utilitarismo.** Porto: Porto Editora, 2005.

_____. **Ensaio Sobre a Liberdade.** São Paulo: Escala, 2006.

_____. **Utilitarismo:** texto integral. São Paulo: Escala, 2007.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo.** Petrópolis: Vozes, 2012.

NAHRA, Cinara. **Consequencialismo.** In: TORRES, João Carlos Brum (Org.). **Manual de ética:** questões de ética teórica e aplicada. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

NEIVA, Rita de Cássia Gondim. **Vida e Obras do Autor.** In: MILL, John Stuart. **Utilitarismo: texto integral.** São Paulo: Escala, 2007.

PERROT, Michelle. **O inspetor Bentham.** In: BENTHAM, Jeremy; TADEU, Tomaz. **O panóptico.** 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

PESSANHA, José A. M.. **Jeremy Bentham: Vida e Obra.** In: BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** São Paulo: Nova Cultural, 1989.

SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Ed.). ***Utilitarianism and beyond.*** Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SIDGWICK, Henry. **Os Métodos da Ética**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Uma Crítica ao Utilitarismo: O Problema do Fundacionalismo e do Princípio do Sacrifício**. In: PIZZI, Jovino; GHIGGI, Gomercindo (Org.). **Pensamento-crítico III: utilitarismo e responsabilidade**. Pelotas, RS: UFPel, 2011.

TORRES, João Carlos Brum. **Sobre o Utilitarismo como teoria filosófica da moralidade**. Revista UCS, Ano 1, Número 6, 2013. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/revista-ucs/revista-ucs-6a-edicao/academia/>. Acessado em 10 de setembro de 2017.

WOLF, Jean-Claude. **Hedonismo**. In: CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA FRONTEIRA SUL
CAMPUS ERECHIM
LICENCIATURA EM FILOSOFIA

ADILSON JUNIOR PILOTTO

A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE EM JOHN
STUART MILL

ERECHIM

2016

ADILSON JUNIOR PILOTTO

**A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE EM JOHN
STUART MILL**

**Trabalho de conclusão de curso de
graduação apresentado como requisito para
obtenção de grau de Licenciatura em
Filosofia da Universidade Federal da
Fronteira Sul.**

Orientador: Prof. Dr. Eloi Pedro Fabian.

ERECHIM

2016

DGI/DGCI - Divisão de Gestão de Conhecimento e Inovação

Pilotto, Adilson Junior

A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE
EM JOHN STUART MILL/ Adilson Junior Pilotto. -- 2016.
64 f.

Orientador: Eloi Pedro Fabian.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal da Fronteira Sul, Curso de ,
Erechim, RS , 2016.

1. Filosofia. 2. Utilitarismo. 3. Liberalismo. 4.
Felicidade. I. Fabian, Eloi Pedro, orient. II.
Universidade Federal da Fronteira Sul. III. Título.

ADILSON JUNIOR PILOTTO

**A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE EM JOHN
STUART MILL**

**Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito para obtenção
de grau de Licenciado em Filosofia pela Universidade Federal da Fronteira Sul.**

Orientador: Prof. Dr. Eloi Pedro Fabian

Este trabalho de conclusão de curso foi defendido e aprovado pela banca em:

____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eloi Pedro Fabian - UFFS

Prof. Me. Alcione Roberto Roani - UFFS

Prof. Dr. Celso Eidt - UFFS

Dedico este trabalho às duas pessoas mais importantes da minha vida: minha mãe, Marlene Tochetto Pilotto e Ana Lara Colpo, minha amada sobrinha.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer a toda minha família pelo apoio que me fora dado durante esses cinco anos de graduação. Em especial à minha mãe, Marlene Tochetto Pilotto, pelo carinho, amor e dedicação incondicional durante estes vinte e seis anos e minha estimada irmã, Charlene Pilotto.

Também quero agradecer ao colegiado do curso de Filosofia pelo ajuda e pelo conhecimento que me proporcionaram. Em especial aos professores Eloi Pedro Fabian, Joice Beatriz da Costa, Thiago Soares Leite e Márcio Soares.

Aos amigos que estiveram juntos durante toda essa jornada. Em especial a Alan Asturian, José Luiz Scandolara, Jair Dejan, Guillermo Romero, Vinícius Dos Santos (Mao), Willian Paulo Peruzzolo, Poliane Rosa, Josué Carlos Nunes, Júlia Schneider, Liliane Fátima Sychoski, Franciele Dartora e Kevin Henrique Rech Veronese.

Aos colegas Alexandre Lunardi Testa, Everton Trentin Zoraski, Luis Fernando Mestriner Petreca, Paola Rosa e Suellen Radaeli.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a Teoria Utilitarista e alguns aspectos do Liberalismo Político de John Stuart Mill com a pretensão de demonstrar como o conceito de Liberdade concebido pelo filósofo inglês é fundamental para a obtenção do que ele entendia ser a Felicidade. Para tanto, a estrutura do trabalho está composta por dois capítulos: 1) o primeiro procurará abordar o conceito de Utilitarismo, bem como suas aplicações e alguns aspectos da influência e distanciamento em relação à teoria de Bentham; 2) o segundo capítulo versará sobre o tema da Liberdade, seu conceito, conexão com a ideia utilitarista, aplicações e importância para a obtenção da Felicidade. A base central e fio condutor deste trabalho alicerça-se na pretensão de procurar indicar como as obras *Da Liberdade* e o *Utilitarismo* estão interligadas mediante o argumento de que a Liberdade é o conceito que dá sustentação à Felicidade. No trabalho também buscar-se-á discorrer sobre outros aspectos da teoria milliana presentes ao longo de sua obra como: a liberdade de imprensa, a limitação das liberdades individuais a partir, principalmente, da religião, individualidade, genialidade, etc. Trataremos ainda de outros conceitos expostos por Mill como a virtude, justiça, democracia, e de como todos estes conceitos são a base para que uma pessoa obtenha a Felicidade. Importante também mencionar que a Felicidade é o bem maior, e que na perspectiva de Mill, ela é alcançada - para além da garantia das liberdades individuais - pelos prazeres mais elevados, chamados de prazeres intelectuais. Tentaremos também, especialmente no primeiro capítulo, demonstrar as influências que a filosofia utilitarista de Mill obteve em relação à teoria de Jeremy Bentham e, em certos aspectos, de Epicuro e Sêneca. Portanto, este trabalho, objetiva essencialmente demonstrar como a Liberdade Democrática (governo representativo) e o cultivo pleno da Individualidade são a base para que uma pessoa possa experimentar os prazeres mais elevados (intelectuais) para obter a Felicidade.

Palavras Chave: Utilitarismo. Liberdade. Individualidade. Felicidade.

ABSTRACT

The present Work aims to approach the utilitarian theory and some aspects of political liberalism of John Stuart Mill with a pretension of demonstrate how the concept of liberty, conceived by english philosopher is fundamental to obtainment of what he understood to be the happiness. Therefore, the structure of work is composed by two chapters: 1) The first will seek approach the concept of utilitarianism, well how your applications and some aspects of influence and detachment in relation the benthan's theory; 2) The second chapter will traverse about the theme of Liberty, your concept, connection with the utilitarist idea, applications and importance to obtainment of happiness. The central base and the conductor yarn of this work is founded on pretension to seek indicate how the Works of Liberty and the Utilitarianism are interconnected by the argument of the Liberty is the concept that sustains the Happiness. At the work, will seek to expatiate, as well, about other aspects of the millian theory presented in the course of his work, how: the liberty of press, the limitation of individual liberty from, mainly, of religion, individuality, geniality, etc. We will treat yet of others concepts exposed by Mill like a virtue, justice, democracy, and how all of these concepts are the base for that a person get the happiness. Is important to mention too that the hapiness is the greatest good for the greatest number, and in the perspective of Mill, it is reached – beyond of guarantee of individual liberty – by the most elevated pleasures, called intellectual pleasures. We will try, as well, especially in the first chapter, demonstrate the influences that the utilitarian philosophy of Mill obtained in relation of Jeremy Bentham's theory and, in certain aspects, of Epicurus and Seneca. Therefore, this work, objective essentially demonstrate how the democratic liberty (representative government) and the full-cultivation of individuality are the base for that a person can experiment the most-elevated pleasures (intellectual) to obtain the happiness.

Keywords: Utilitarianism. Liberty. Individuality. Happiness

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO UTILITARISMO EM JOHN STUART MILL	
2.1 RELAÇÃO ENTRE UTILITARISMO E FELICIDADE.....	
2.2 JUSTIÇA E UTILITARISMO	
3 O CONCEITO DE LIBERDADE EM JOHN STUART MILL	
3.1 A LIBERDADE DE IMPRENSA	
3.2 OS COSTUMES COMO MATÉRIA OPRESSORA DA INDIVIDUALIDADE	
3.3 A RELAÇÃO ENTRE COLETIVIDADE E INDIVIDUALIDADE	
3.4 A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE	
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O Utilitarismo de John Stuart Mill está profundamente enraizado com pensamento inglês que desde o início da modernidade procurou enfatizar um modelo de pensamento vinculado ao empirismo e ao naturalismo. Sob a influência de David Hume, John Locke, James Mill e Jeremy Bentham, o filósofo procura estabelecer algumas distinções relativas aos conceitos de utilidade, felicidade, prazer, dor, liberdade e democracia, que aos poucos vão tecendo uma estrutura argumentativa capaz de nos fazer perceber seu distanciamento em relação a Bentham.

No que diz respeito às suas principais produções teóricas, podemos mencionar *Da Liberdade* e *O Utilitarismo* (obras as quais faremos um estudo ao longo deste trabalho). Além destas duas o autor inglês produziu outros escritos, como *Considerações Sobre o Governo Representativo*. A obra de John Stuart Mill tem uma vasta gama de publicações extremamente importantes e interessantes para o estudo da filosofia bem como, da economia e da ciência política, dentre elas estão: *Princípios de Economia Política*, *Sistema de Lógica*, *A Sujeição das Mulheres* e sua *Autobiografia*.

Conforme Alves (2011, p. 199) Mill fora um dos filósofos ingleses de maior expressão durante o século XIX. Ele era um defensor das liberdades políticas e individuais e suas ideias são reconhecidas devido a tamanha defesa da política liberal, bem como da cultura, do conhecimento e da sociedade.

Um dos debates centrais sobre a filosofia milliana é de se as ideias postas no *Utilitarismo*, onde o filósofo preza pela maximização e maior felicidade dos indivíduos de uma sociedade, é condizente com a ideia de que jamais deve ser afetada a liberdade e a individualidade de um cidadão por, conforme os argumentos da obra *Da Liberdade*.

Nos moldes do *Utilitarismo* parece que é viável que hajam interferências da sociedade na individualidade alheia, isso sem sequer importar qual é o motivo pelo qual está se interferindo, em prol, unicamente, da maximização da felicidade e do bem estar da maioria, afinal, maximizar a felicidade é o ponto central da obra. Aliás, uma das frases mais centrais do Utilitarismo (que não fora dita por Mill em nenhuma das obras centrais deste trabalho) é “o maior bem para o maior número de pessoas” (frase que nunca fora dita por Mill, mas fica subentendida).

Já em *Da Liberdade* Mill descreve o que parece ser o contrário. A sociedade não deve

intervir nas decisões alheias, apenas aconselhar, bem como, as liberdades individuais nunca devem ser suprimidas. A imprensa tem que ser livre, a genialidade deve ser cultivada e o gênio deve exercê-la livremente. Assim, Torres (p. 14) comenta que

O ensaio *On Liberty* é o estudo mais completo da liberdade realizado por John Stuart Mill, nele é incluído sua destacada análise sobre a liberdade de expressão. Sem embargo, o interesse que Mill sente pela liberdade está relacionado com sua teoria moral e política. Daí que para entender suas teses sobre a liberdade, será necessário analisar também os conceitos de felicidade e autonomia do ser humano¹

Essas duas concepções (felicidade e individualidade) parecem se contradizer, deixando a teoria utilitarista de Mill em discordância entre as duas obras de Mill. No decorrer deste trabalho far-se-á o possível para mostrar que a liberdade descrita em *Da Liberdade* é base para que se obtenha a felicidade que é mostrada no *Utilitarismo*. Para tanto, serão buscados exemplo também em *Considerações Sobre o Governo Representativo*, obra esta, na qual Mill fundamenta como funciona um regime democrático e suas aplicações.

No primeiro capítulo far-se-á a exposição do conceito de Utilitarismo de Mill, onde ele é influenciado por diversos autores, como no caso de Sêneca e de seu mestre, Jeremy Bentham. Mill reformula a concepção benthaniana de prazer e dor, demonstrando que estes dois conceitos eram abordados como algo puramente humano, por mero hedonismo. Mill acreditava que os prazeres deveriam ser qualitativos e prezava muito pela intelectualidade, distinguindo os prazeres superiores (intelectuais) daqueles inferiores (corporais).

Na segunda seção do primeiro capítulo serão descritas quais as relações que o Utilitarismo tem com a felicidade. Essa ideia tem muito a ver com a questão da virtude, onde o homem somente é feliz se seguir preceitos de uma vida virtuosa. Nesse ponto pode ser feita uma comparação com Sêneca, guardadas as devidas distinções, que acreditava ser a virtude algo suscetível à preservação. Uma vida virtuosa significa fazer ações que maximizem a felicidade, gerando o bem maior. Para Mill, a virtude é muito mais que a eliminação da dor. Ela é algo a ser seguido por si mesma, é desejável por si só, deve-se desejar a virtude por ela ser virtude. Para se ter uma vida virtuosa é necessário que hajam bons sentimentos morais, que servem de base para que nossas ações se voltem ao princípio da utilidade. Afinal, bons sentimentos sempre podem maximizar a felicidade.

1 El ensayo *On Liberty* es el estudio más completo de la libertad realizado por John Stuart Mill, el cual incluye su destacado análisis sobre libertad de expresión. Sin embargo, el interés que Mill siente por la libertad está relacionado con su teoría moral y política. De ahí que para entender su tesis sobre la libertad, sea necesario analizar también los conceptos de felicidad y autonomía del ser humano.

O Utilitarismo milliano segue a seguinte ideia: diferente do pensamento kantiano, o princípio da utilidade e o valor moral das ações não se medem pela intenção da ação, mas pelas suas consequências. Essa é uma das críticas que Mill tem para com o princípio deontológico da moral de Immanuel Kant.

Na terceira seção, procuraremos demonstrar como o Utilitarismo se relaciona com a justiça. Um primeiro passo para se haver justiça é que seja maximizado o bem. Mill comenta que as pessoas devem ter senso de justiça e toda vez que alguém ferir tal senso a sociedade deve olhar esse alguém com maus olhos. A utilidade e a justiça estão intimamente ligadas, sendo elas as que dão os ditames àquilo que é justo ou injusto, ou seja, aquilo que maximiza ou não a felicidade. Conforme o filósofo inglês, a justiça está em nossa natureza, pois ela é formada em nossa consciência com certo tipo de atributos que são comuns a todos. Uma das ideias que aparecem na obra é de que justo significa respeitar tudo aquilo que pertence ao homem, ao passo que a injustiça é a violação dos direitos e da propriedade. No decorrer do capítulo o inglês disserta que justo é seguir as leis, pois é a isso que a palavra se liga na maioria das línguas. As leis injustas são aquelas que deveriam dar lugar a leis que, por sua eficácia, eram necessárias que existissem. Concluindo a ideia, ele acreditava que a justiça era o modo de conduta mais apropriado para que o ser humano guiasse sua vida. Portanto, trata-se de um conceito objetivo de justiça.

No que concerne ao segundo livro de John Stuart Mill, que será objeto de estudo do segundo capítulo, far-se-ão os seguintes apontamentos: o primeiro é o conceito de liberdade, ou seja, o que entendia-se o autor por liberdade. Esta servia para nos livrar de diversas opressões. Sejam elas governamentais, da religião ou de qualquer outra forma.

No primeiro ponto a ser tratado (pós-exposição do conceito de liberdade) será a liberdade de imprensa, que serve como artifício para combater os governos corruptos. Uma imprensa livre também serve como base para o livre debate entre as pessoas, como liberdade de expressão. Nesse capítulo, Mill busca elucidar que somente através do livre debate é que podemos nos aproximar da verdade e que nenhuma opinião, em hipótese alguma, deve ser censurada (salvaguarda se ela vier a ofender a outrem). O inglês prezava muito pelo debate racional e crítico para a evolução humana, pois para ele, um povo deveria ser educado e intelectualizado.

Em segundo lugar, será tratado sobre a opressão que os costumes (principalmente os religiosos) exercem sobre a individualidade. Mill acreditava na ideia de que os costumes

acabavam suprimindo a opinião alheia e acarretando uma *tiranía do maior número*. Nela não há debates ou posicionamentos, apenas as vozes esmagadoras da grande maioria que oprime toda a individualidade das minorias.

Por terceiro far-se-á a exposição da ideia de quais são os limites que a sociedade pode impôr ante o indivíduo, até onde ela pode ir e quais são os males de uma intervenção muito forte de terceiros no pensamento e na liberdade de um indivíduo. Aqui cabe ressaltar a ideia de que Mill prezava pelo direito de voz, também às minorias para que houvesse liberdade de expressão. Também há de se ver que Stuart Mill prezava pela democracia e que as liberdades individuais eram a base para que se houvesse um regime democrático.

O povo, conforme o filósofo, deveria ser bem instruído para que se pudesse viver em um regime de liberdades democráticas. A felicidade, como fora dito, se fazia a partir dos prazeres mais eruditos e de atos virtuosos. Uma pessoa bem preparada intelectualmente está dentro dos parâmetros que Mill estabelece para o alcance da felicidade.

Para finalizar mostrar-se-á como a liberdade impacta na felicidade e assim elucidando como se dá a ligação entre as obras *Da Liberdade* e *O Utilitarismo*. Será mostrado quais são as bases liberais para que, num regime democrático, as pessoas possam ser felizes. Liberdade de pensamento, de discussão e afins, são todas bases para o alcance de uma sociedade feliz onde as minorias tenham voz ativa. A parte final do segundo capítulo é, portanto, a tentativa de estabelecer como o modelo utilitarista de sociedade que pressupõe a liberdade pode levar o indivíduo à felicidade como conceito aberto, de constante busca e conquista.

2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO UTILITARISMO EM JOHN STUART MILL

Para conceituar e caracterizar a ideia Utilitarista² do filósofo John Stuart Mill, podemos pensar na crítica que ele faz àqueles que não tem o bom entendimento sobre a questão da Utilidade, que não conseguem compreender o que realmente vem a ser o Utilitarismo. Para tanto, o filósofo descreve que os homens que compreendem esse termo como uma ideia de prazer no sentido mais simplório e mais vulgar estão enganados, é nesse termo que a geração da época entendia a questão da utilidade, esta a qual o filósofo tentava recuperar seu sentido.

Mill não admitia que seu princípio fosse reduzido ao mero “obter prazer e dor”, ele ia bem mais além de uma caricatura conceitual. Para tanto, o prazer e a dor que são conceituados pelo filósofo se distinguem largamente dos prazeres e dores, que tinham um sentido bem mais associado à dimensão meramente física, diga-se de passagem, demonstrados por Bentham. Assim, ele acabava por avançar os preceitos utilitaristas. Para tanto, apresentaremos duas citações, a primeira de Bentham e a segunda de Mill para que se possa ver a diferença entre ambos.

Pode-se afirmar que uma pessoa é partidária do princípio da utilidade quando a aprovação ou a desaprovação que dá a alguma ação, ou a alguma medida, for determinada pela tendência que, no seu entender, tal ação ou medida tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da comunidade³ [...] (BENTHAM, 1979, p. 5).

Em Mill encontramos a seguinte caracterização

Admitir que a vida – para empregar suas expressões – não tenha nenhuma finalidade mais elevada que o prazer, nenhum objeto de desejo e de busca melhor e mais nobre, é, conforme dizem, inteiramente vil e abjeto; cuida-se de uma doutrina digna apenas dos suínos, aos quais os seguidores de Epicuro estavam, desde o início, insolentemente igualados; e os partidários modernos da doutrina estão às vezes sujeitos a comparações igualmente polidas por parte dos críticos alemães, franceses e ingleses. (MILL, 2000, p. 187).

Ainda, diferente de Mill, Bentham considerava a distinção e valor dos prazeres da seguinte forma: em primeiro lugar a *intensidade* deste prazer; por segundo a *duração*, também a sua *certeza* ou *incerteza* e, em quarto lugar a sua *proximidade* ou *longinquidade* no

2 Utilitarista significa uma referência ao filósofo, enquanto a Utilidade e Utilitarismo são a linha de pensamento que o autor segue.

3 Entende-se aqui a felicidade como o aumento do prazer e a diminuição da dor. Há de se perceber que o filósofo descrevia que toda a ação que faz com que tenha aumento da dor para a comunidade (ou para o indivíduo) tende a ferir o princípio da utilidade.

tempo. Quando um prazer tem seu escopo avaliar para qual lado tende um ato, ele deve ser avaliado pelos seguintes preceitos: Fecundidade, isto é, ele deve produzir sanções da mesma espécie, ou seja, caso produzir prazer quando se trata de prazer e dor quando se trata de dor. Também devemos levar em conta a sua pureza, pois, se meu ato é um ato religioso, logo deve produzir sanções religiosas; ele também deve ser puro e nunca se contradizer.

Mill adota a ideia dos estoicos, pois estes diferenciavam largamente a ideia de prazer entre homens e animais, ou seja, existem prazeres superiores daqueles que atendem por “prazeres da carne”, e sustentavam que o fim último da vida são os prazeres de nível superior. Justifica-se a ideia de que o prazer deve ser buscado, não os inferiores, mas aqueles que elevam nossa consciência e fazem com que nossos preceitos de boa vida se tornem diferentes daqueles que são próprios dos animais.

Enfatizando um pouco mais essa ideia, Simões (2013, p. 178) afirma que “Mill não admite sua redução ao simples prazer ou dor ou a qualquer outra coisa; ao afirmar a importância do desenvolvimento de si, ele identifica o bem estar do indivíduo [...]”. Dessa forma, podemos inferir que Mill preza muito pela *qualidade* dos prazeres.

Quando se fala em qualidade dos prazeres, o filósofo adota a seguinte ideia: quando se têm dois prazeres colocados lado a lado, o primeiro é preferido pela maioria das pessoas, que em grande escala adotam esse prazer para si. Enquanto o outro prazer, é de caráter intelectual mais elevado, e apenas uma pequena minoria o adota, mesmo sabendo que existe um grande descontentamento pelos outros. Temos, portanto, que: mesmo o prazer inferior tende a agradar a maioria, aqueles que adotam o outro prazer estão indo pela sua qualidade, não pela quantidade de pessoas que o adotam. Em Mill, encontramos

Ora, é fato inquestionável que os igualmente familiarizados com ambos os prazeres e igualmente capazes de apreciar e desfrutar um e outro preferem de maneira mais acentuada o que dá vida a suas faculdades mais elevadas. Poucos seres humanos consentiriam em se transmutar em algum dos animais inferiores sob a promessa de gozar plenamente animais; nenhum ser humano consentiria em ser um tolo, nenhuma pessoa de sentimento e consciência desejaria ser egoísta, nenhuma pessoa instruída gostaria de ser um néscio [...] (MILL, p. 189-190).

Conforme Simões (2013, p. 180) a doutrina utilitarista formulada por Mill preza muito, e isso também se apresenta no texto de John Stuart Mill, pela obtenção da *virtude*⁴, pois ela é ela que promove a felicidade. Ou seja, a pessoa virtuosa sempre está em busca dos prazeres intelectuais, e em consequência disso, tornar-se-á mais feliz. Para tanto, o filósofo

4 Pode-se entender aqui a virtude como a busca pelos prazeres mais elevados e não só carnaís.

afirma que

O princípio da utilidade não significa que um certo prazer, tal como o da música, ou determinada ausência de dor, como, por exemplo, a saúde, devam ser considerados como meios para alcançar algo coletivo denominado felicidade, e ser desejados por essa razão. São desejados e desejáveis neles e por si mesmos; além de meios são também um parte do fim. De acordo com a doutrina utilitarista, a virtude não é naturalmente e originalmente parte do fim, mas pode vir a sê-lo; entre os que amam de modo desinteressado isso acontece, e é desejada e acalentada por eles, não como um meio para a felicidade, mas como parte de sua felicidade. (MILL *apud* SIMÕES, 2013, p. 180).

A virtude evita a dor e aumenta o prazer, mas não é só por isso que se deve desejá-la, é também pelo simples fato dela mesma ser desejável em igualdade como qualquer outro bem. Ela também é diferente dos outros preceitos, pois desejos de coisas materiais podem tornar as pessoas más, fazendo com que hajam disputas intermináveis e causando assim malefícios às pessoas do meio social. O que Mill tenta elucidar é que se o dinheiro for amado com desmedida, acabar-se-á por tornar todos os indivíduos nocivos à sociedade, porque todos estariam desesperadamente brigando pelo dinheiro. Para ele o amor pela virtude deve ser incondicional, afinal ele torna as pessoas melhores. Mill reconhecia que o amor pelos preceitos mundanos, em certa medida eram válidos. Porém não ao ponto de prejudicar o convívio ante os outros. (MILL, 2000, p. 236).

Aqui podemos fazer uma comparação com Sêneca, para quem, quando se fala em *prazer*, deve lembrar-nos que o maior destes é a própria recusa deles mesmos. O homem deve senti-los ao praticar o bem, além de atos virtuosos. Nessa ideia, o filósofo coloca que “O bem supremo é uma alma que despreza coisas fúteis e se satisfaz com a virtude” (SÊNECA. 2012, p. 12), ou seja, deve-se recusar as paixões mais inúteis e voltar-se totalmente aos preceitos virtuosos. Assim, podemos pensar em nos voltar aos prazeres que nos levem à virtude, e não àqueles que estão apenas na esfera do físico.

O princípio da utilidade possui diversas características, tanto de caráter externo quanto de caráter interno. Quando pensamos em preceitos de caráter externo, lembramos do temor a Deus e a esperança de obter favores dele. Seguir isso é seguir a utilidade, afinal, seguindo as normas de Deus vou alcançar a felicidade plena, e para alcançá-la devo fazer o maior bem ao maior número de pessoas⁵. (MILL, 2000, p. 219)

Quanto aos preceitos internos que se fazem na teoria da utilidade, Mill tem a concepção de que se forem descumpridas as obrigações morais da pessoa com ela mesma e ferir o senso de justiça, acaba-se produzindo um sentimento de remorso, com sentimento de

5 Para fins de maior elucidação, veremos tal tema na seção dois (2).

culpa. E quando isso acontece? Quando cometem-se ações que acabem por ferir a utilidade. (MILL, 2000, p. 219-220). Para complementar ideia, tomemos as palavras de Simões:

Mill introduz sua famosa distinção ao criticar a noção de satisfação associada ao prazer. Bentham não admite que exista uma diferença qualitativa como a que existe, segundo Mill, entre os prazeres elevados e os prazeres efêmeros. Porque, caso admitisse, seu cálculo hedonístico seria completamente irrelevante, enquanto que, para Mill, podemos dizer que alguns prazeres são superiores a outros [...] (2013, p. 181-182)

Ainda segundo a avaliação de Simões, podemos inferir que Mill faz claras distinções entre diversos preceitos, a saber, o principal, a diferença entre *felicidade* e *contentamento*. Partindo desse pressuposto, pode-se pensar que a primeira é algo duradouro, muito além dos limites dos prazeres do mundo. Para tanto, o segundo é algo de imediato, “aqui e agora”. O senso de dignidade humano também é importante, pois é nele que se encontra a aversão pelo amor ao poder. A satisfação pessoal muitas vezes advém dos prazeres mais inferiores, afinal diversas pessoas são simpáticas a eles. Porém, segundo Mill, jamais uma pessoa com um bom senso e intelectualizada irá se render ao mero tateio da inferioridade dos prazeres mundanos. (SIMÕES, 2013, p. 182).

Assim, com essa reformulação feita por Stuart Mill na teoria utilitarista, pode-se pensar que uma gama de ganhos de bom grado foram acrescentados à doutrina. O leque fora aberto e assim com que a classificação pela via da qualidade fez com que o Utilitarismo avançasse, e assim, necessitando de cidadãos com extrema capacidade intelectual. Quanto a isso, Araújo (2006, p. 285) comenta que,

As repercussões se fazem sentir na política: mecanismos de representação de minorias, maior preocupação com a possibilidade de decisões majoritárias “injustas”, voto plural ao invés de igualitário e uma ênfase especial aos propósitos educativos do governo. A participação política, a cidadania ativa, é vista como uma das formas privilegiadas de estimular a passagem dos prazeres corporais para os intelectuais.

Mill acreditava que quanto maior fosse o esclarecimento das pessoas, de superior teor seriam seus prazeres. Dentro destes prazeres de elevação em grau mais elevado está a *participação política*, que por sua vez exige uma intelectualidade de nível superior. Assim sendo, essa grandeza intelectual irá fazer com que hajam prazeres, também, de maior nível⁶.

6 Uma relação que podemos fazer entre Utilitarismo, prazer e felicidade é que, se nos guiarmos pelos prazeres mais elevados iremos alcançar a felicidade, afinal prazeres inferiores nos levam apenas a algo momentâneo, ao passo que quando cultivamos valores de maior elevação acabamos por seguir o princípio da utilidade, que nos tornará felizes, não apenas como um estado mental de euforia, mas sim realizados intelectualmente e como pessoas.

No quarto capítulo da obra *Utilitarismo* o autor ressalta que a Justiça perpassa pela utilidade e pela Felicidade, as quais atribuem o julgamento das coisas que vem a serem certas e daquilo que possivelmente pode estar errado. Conforme o autor, a ideia de que o Justo é algo natural ao ser humano, que é inato, é mais convencional de ser pensado, porém, o filósofo acreditava que uma teoria ética não pode ser separada de um fim, para tal, este fim, conforme o pensamento de Stuart Mill é a felicidade.

A doutrina utilitarista sempre se faz na relação de pessoas com pessoas, ou seja, ela é calcada no âmbito de que todos os seres humanos, para alcançar a felicidade plena que é a finalidade da vida, precisam se fazer bons para com os outros, pois só assim irá se espalhar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Dessa maneira, o homem irá aguçar os prazeres mais elevados e assim colocar-se-á como um cidadão moralmente mais elevado. Nas palavras de Fernandes (2005, p. 2), vemos o autor ressaltar que

Diante do argumento utilitarista milliano podemos retirar dois pontos básicos: primeiro, e diferentemente dos outros utilitaristas, Mill acreditará na existência de prazeres superiores, e em segundo lugar que a busca e aperfeiçoamento moral do homem através destes prazeres superiores fazem com que o indivíduo caminhe para a virtude, ponto em que o ser humano teria uma felicidade plena. Mas apesar de acreditar que a felicidade é o único fim da vida humana, Mill associa o percurso de sua obtenção ao contentamento, a diversidade, versatilidade, plenitude com a vida e a observação da singularidade de um grupo, homem ou civilização, pois sem a possibilidade de conhecer outras de existências o homem jamais poderá alcançar sua meta final. Ao admitir que o ser humano não está condicionado a uma esfera de relações estáticas e idênticas com todos, Stuart Mill assume o argumento do pluralismo humano [...]

Ressaltando o que fora dito, Mill acreditava que a questão da utilidade dependia das relações humanas, pois não há como se fazer um teoria voltada aos preceitos da ética e da política sem que hajam relações interpessoais. Quando se faz o maior bem para o maior número de pessoas é porque de algum modo existe uma relação com seres humanos. Os prazeres mais elevados far-se-ão base para que isso aconteça, pois quando a pessoa é dotada de virtuosidade e assim com vida voltada à obtenção da felicidade, ela não irá buscar causar malefícios ao meio social.

2.1 RELAÇÃO ENTRE UTILITARISMO E FELICIDADE

John Stuart Mill faz uma crítica àqueles que não tem o bom entendimento da questão da utilidade e que não conseguem entender o que realmente vem a ser o Utilitarismo. O

filósofo descreve que os homens que compreendem esse termo como uma ideia de prazer no sentido mais simplório e mais vulgar estão simplificando e reduzindo seu conceito. Era nesse termo que a geração da época entendia a questão da utilidade a qual o filósofo tentava recuperar seu sentido.

Depois de pegar a palavra no ar, embora dela só conheçam o som, têm o hábito de empregá-la para exprimir a rejeição ou desprezo a algumas formas de prazer, tais como o prazer da beleza, da elegância ou da diversão. Mas o termo nem sempre é aplicado dessa maneira ignorante como expressão de menoscabo. (MILL, 2000, p. 186).

Mill acreditava que o homem deveria cultivar os bons sentimentos e virtudes, afinal, é dessa maneira que se alcança a dignidade humana, pois são necessários que esses preceitos caminhem juntos para que se possa obter a felicidade. Fazendo um simples raciocínio, podemos questionar como uma pessoa desprovida de virtudes, bons sentimentos e, por consequência, dignidade, pode ser feliz? Para o filósofo isso seria impossível, afinal, não são apenas os prazeres carnavais que são válidos para sua teoria, mas também aqueles que estão acima dos outros. Para tanto, Mill se distancia de Bentham e se desprende da ideia de que a natureza humana é meramente voltada aos prazeres mais baixos. (SIMÕES, 2005, p. 79).

Comparando a teoria milleana às teses que versam sobre as virtudes advindas dos gregos, podemos ver que a ideia dos prazeres e da virtude em Sêneca, por exemplo, é feita a partir de uma separação deles, onde os primeiros são turvos, ruins e se encontram em maus lugares. Já as virtudes se encontram nos lugares mais belos, puros e limpos. Dessa forma não há como colocar em um mesmo patamar coisas tão distintas. Enquanto os prazeres, muitas vezes, advém do senso comum, as virtudes vem do âmbito da razão. Isso conforme Miranda (2008, p. 98) era dito que “Outro principio ensinado pelo filósofo ao postulante era o de não se deixar levar pelo senso comum. Para ele aquele que imitava às massas não vivia conforme a razão. Era mister que o aspirante se concentrasse na razão para evitar o erro”. Ainda sobre isso Sêneca descreve que

A virtude é algo de elevado, nobre, invencível e infatigável. O prazer é fraco, servil, frágil e efêmero, cuja sede e casa são bordeis e tabernas. Você encontrará a virtude no templo, no fórum, na cúria, vigiando nossas muralhas. Anda coberta de poeira, queimada de sol e com as mãos cobertas de calos. O prazer, por sua vez, quase sempre anda escondido em busca de trevas, perto das casas de banho, lugares longe do edis. Apresenta-se flácido, frouxo, cheirando a vinho e a perfume, pálido, quando não cheirando a formol e parecendo embalsamado como um cadáver. (SÊNECA, 2012, p. 16).

O princípio da utilidade possui diversas características, entre elas, que são de caráter externo: Quando descreve sobre as de caráter externo Mill sustenta que tais sanções advêm da “esperança de favor e do medo do desprazer” tanto de nossos semelhantes quanto de Deus. Mill compreende Deus como Legislador do Universo. Quando se fala em motivos religiosos, e assim se faz menção àqueles que creem em Deus, para se crer no princípio da utilidade podemos pensar que acreditar no bem comum e na ideia de maior felicidade é a vontade de Deus. Além disso, o Utilitarismo contém todos os tipos de sanções que existem em todo e qualquer sistema moral, ou seja, também é um sistema moral completo e que pode servir de guia para a felicidade. Seguir isso é seguir a utilidade, afinal aqueles que acreditam e seguem as normas de Deus devem seguir o princípio da utilidade. Já que felicidade e o bem comum são preceitos bem vistos pela divindade. (MILL, 2000, p. 218-219).

Do que podemos extrair daquilo que fora descrito acima é que Mill fala como obtemos a felicidade. Para resumir: 1) voltar-se sempre aos prazeres mais elevados; 2) seguir a vontade de Deus, que é a maior união possível entre as pessoas; 3) a todo e qualquer custo, nunca banalizar o mal; 4) por final, ainda fora visto que todo o homem tende a admitir que sua felicidade é mais perfeita e que ele preza por todos seguirem seu exemplo. Uma das maiores bases do que fora dito é que os homens, para obterem a felicidade, devem estar voltados à justiça. Conforme Simões (2005, p. 81) o utilitarismo millleano defende que “princípios como o de liberdade e o de justiça contribuem a longo prazo para a felicidade humana [...]

Como vimos, o Utilitarismo de Mill é uma teoria bem mais complexa que a apresentada por Bentham. O indivíduo teórico millleano se divide em princípios primários e secundários, onde, em primeiro plano, fica o princípio da utilidade o qual é preceito máximo para a obtenção da felicidade. Os princípios secundários são aqueles que derivam do primeiro e que fazem parte do que entendemos por serem preceitos moralmente certos. Para tanto, nos usemos da tese de Dias (2012, p. 129) para elucidar a ideia:

Os princípios secundários têm sua origem no primeiro princípio, mas se perpetuarão como tal, devido a outros elementos da natureza humana⁷, ainda que estes elementos estejam subordinados à tese hedonista ou à associação com o benefício ou derivem seu valor da felicidade. O princípio primeiro, conforme mencionado, era o princípio da utilidade que apesar de ser o fundamento moral utilitarista, não deixa de ser um preceito. Os princípios secundários ou outras regras da moral são: não matarás, não roubarás, aprecie a arte, estude, obtenha prazeres humanos (de qualidade superior), etc. Estas regras (além do princípio da utilidade) fazem parte da moralidade [...]

7 Pode-se pensar que quando se fala em “outros elementos da natureza humana” as leis e preceitos éticos de cada povo e sociedade, formando assim a sua maneira de promover a maior felicidade.

Para elucidar melhor o que fora dito pode-se pensar que toda a ação deve estar voltada a seguir o princípio da utilidade, ou seja, o indivíduo deve se preocupar com que cada um de seus atos venha a gerar felicidade. Também podemos pensar que, pela via do hábito, mesmo que o homem seja egoísta e suas ações não sejam aquelas que sigam a utilidade, pode ser que com o passar do tempo e mantendo o hábito de voltar as ações à justiça, à moral e, por fim, à utilidade, consiga fazer com que melhore como homem.

Mill acreditava que os sentimentos morais são como outras faculdades. Eles precisam ser cultivados para ficarem cada vez mais vivos em nós. Contudo acredita que a consciência, infelizmente, age tão pouco nos indivíduos que é necessário o uso de sanções externas para o seu desenvolvimento. Porém, as ideias morais vão evoluindo conforme os tempos. Mas os sentimentos são a base para todas as nossas ações e estes não podem ser corrompidos pelo tempo.

Por outro lado, se, como acredito eu, os sentimentos morais não são inatos, mas adquiridos, nem por isso são menos naturais. É natural ao homem falar, raciocinar, construir cidades, cultivar o solo, ainda que essas sejam faculdades adquiridas. Os sentimentos morais não são de fato uma parte da nossa natureza, no sentido de se encontrarem presentes em todos nós em algum grau perceptível; mas infelizmente esse é um fato reconhecido por todos os que acreditam mais intensamente em sua origem transcendental. (MILL, 2000, p. 223).

O sentimento é aquele que se faz base do princípio da utilidade. É a partir dele que são feitas todas as nossas escolhas. Para Mill o ser humano que vive em sociedade deve fazer com que valha o princípio da maior felicidade. Os sentimentos morais que adquiri com o hábito faz em consciência do indivíduo cobrar para que ele haja de tal forma, ou para nutrir e enaltecer cada vez mais esses sentimentos que são aprendidos com o tempo. Além disso, o indivíduo têm dois caminhos a seguir: o caminho externo é quando eu fizer algum mal Deus irá me castigar, ou o caminho interno, onde devo seguir os bons sentimentos. A base disso tudo, desde seguir os sentimentos até os castigos divinos, é sempre seguir o princípio da maior felicidade.

Outra característica fundamental da natureza humana e que dará constância às regras morais pertencente à arte da moralidade é o hábito. O hábito, assim como a capacidade de desenvolver o caráter ao longo do tempo, deriva seu valor da capacidade que possui de conduzir o indivíduo à felicidade [...] (DIAS, 2012, p. 130).

Outro fator chave para a teoria de Mill é a virtude, ao qual é o desejo de todo aquele que almeja seguir o princípio da utilidade. Ela não está apenas em associação com a

diminuição da dor e aumento do prazer, mas representa em si mesma o elemento que se obtenha o prazer. Para tanto, podemos pensar que sempre que desejamos seguir o Utilitarismo devemos prezar por ser uma pessoa que tem a vida voltada às virtudes. (SIMÕES, 2013, p. 180).

Conforme o filósofo, as pessoas devem desejar a virtude apenas pelo simples fato dela ser virtude. Trata-se de um desejo uno, sem outro interesse, a não ser ela mesma. Todas as ações virtuosas têm o fim último, que vem a ser um só: a felicidade. Esta, por sua vez, irá gerar a felicidade. Os utilitaristas sustentam que a virtude têm também fatores psicológicos, onde ela é um bem em si mesmo que não é subordinado por outro, ou seja, praticam-se tais atos para gerar a felicidade e fazer bem a si mesmo. Pequenas implicações não podem ser geradoras da felicidade geral (ou ao menos causar o maior bem para o maior número de pessoas), nem mesmo a virtude é o fim último, mas todas as implicações são partes de um todo que é a felicidade.

O princípio da utilidade não significa que um certo prazer, tal como o da música, ou determinada ausência de dor, como, por exemplo, a saúde, devam ser considerados como meios para alcançar algo coletivo denominado felicidade, e ser desejados por essa razão. São desejados e desejáveis neles e por si mesmo; além de meios, são também uma parte do fim. **De acordo com a doutrina utilitarista, a virtude não é naturalmente e originalmente parte do fim, mas pode vir a sê-lo⁸**; entre os que amam de modo desinteressado isso acontece, e é desejada e acalentada por eles não como um meio para a felicidade, mas como parte de sua felicidade (SIMÕES *apud* MILL, 2013, p. 180)

A virtude evita a dor e aumenta o prazer, mas não é só por isso que se deve desejá-la, sobretudo pelo simples fato de ser ela mesma desejável, em igualdade com qualquer outro bem. Ela também é diferente dos outros fins, pois desejando apenas outros meios para a felicidade como riqueza e afins, estes podem tornar as pessoas más, fazendo com que hajam disputas intermináveis e causando assim malefícios a todos.

Todos os nossos desejos de posse são meios para alcançarmos a felicidade. Desejamos ter dinheiro⁹ porquê queremos ser felizes com posse dele. Desejamos ter diversas coisas pelo fato de pensarmos ser felizes em posse daqueles bens. Muitas vezes as coisas são desejadas por elas mesmas, bens materiais são desejados com finalidade. Porém, Mill argumenta que esses bens materiais são fruto de intenso desejo pelo simples fato de querermos ser felizes com sua posse. O filósofo também sustenta que a natureza deu uma grande ajuda ao homem quando deu a intensidade dos prazeres, pois se nossa vida fosse guiada unicamente pelos

8 Grifo meu

9 Trata-se de meios que podem fazer parte do fim, mas jamais serem considerados fins.

desejos menos rebuscados, ela seria muito pobre.

Mill defende dois pontos essenciais da sua análise da felicidade/prazer. O primeiro é que não se deve “(...) confundir duas ideias [sic] bastante diferentes, a saber de felicidade e de contentamento. O segundo é que a felicidade inclui um “(...) senso de dignidade que todos os seres humanos possuem sob uma forma ou outra, e que “(...) [corresponde] (...) a suas faculdades superiores”; e que Mill define como o “(...) amor à liberdade à independência pessoal (...) [e] amor pelo arrebatamento. Assim, para Mill, para que os homens sejam felizes, eles devem dar grande valor “(...) aos prazeres intelectuais, aos prazeres da sensibilidade, da imaginação e dos sentimentos morais (...)” “Os seres humanos, escreve Mill, possuem faculdades mais elevadas do que os apetites animais, e uma vez que tomam consciência delas¹⁰ não consideram como felicidade algo que não as satisfaça. Uma pessoa cujos prazeres são limitados aos apetites físicos pode estar mais satisfeita do que uma pessoa que valoriza prazeres elevados, mas jamais será uma pessoa feliz, segundo Mill. Inversamente, uma pessoa capaz de apreciar prazeres de qualidade superior, não estará necessariamente satisfeita como o homem ordinário, mas, sem dúvida, será mais feliz. (SIMÕES, 2013, p. 182).

O filósofo prezava que todo o ser racional tivesse seu pensamento e suas ações voltadas às paixões mais elevadas, pois elas são de maior valor para a obtenção da felicidade. O ser humano deve ser autônomo e livre. Deve ter o mínimo de intervenção tanto do Estado quando de outrem em seus pensamentos, bem como devem ser garantidos nossos direitos, os quais são assegurados pela justiça. (TORRES, p. 16-17).

Diferente de seu mestre, Jeremy Bentham, Mill não tinha uma visão quantitativa dos prazeres, mas uma visão qualitativa. Para ele, as pessoas “que experimentaram os dois tipos de prazeres que importa comparar. Mill sustenta que, se estes juízes preferem os prazeres do tipo A aos prazeres do tipo B [...] os prazeres do tipo A são superiores [...]” (GALVÃO, 2005, p. 16). Para tanto, essa é a ideia dos “juízes competentes”, os quais julgam os prazeres aqueles que experimentaram ambos os tipos e atribui grau maior de felicidade ao prazer A do que o B. Portanto, pode-se depreender que os prazeres do tipo A são superiores. Nas palavras de Mill:

Se me perguntarem o quero dizer com diferença de qualidade entre os prazeres, ou o que torna um prazer mais valioso que o outro – entendido como mero prazer –, exceto se forem em maior quantidade, só me caberá dar a única resposta possível. De dois prazeres, se houver um que seja claramente preferido por todos ou quase todos os que experimentaram um e outro, independentemente de qualquer sentimento ou obrigação moral a preferi-lo, este será o prazer mais desejável. Se os que estão familiarizados com esses dois prazeres e têm competência para julgá-los colocam um desses tão acima do outro que chegam a preferi-lo, muito embora saibam que dele segue um grande volume de descontentamento, e se não aceitam renunciar a ele por mais que sua natureza seja suscetível de experimentar uma grande quantidade do outro prazer, temos razão em atribuir ao deleite escolhido uma superioridade qualitativa, pois a quantidade foi de tal modo subestimada que, em

10 Acredito que só se toma consciência de que os apetites animais são inferiores pela via do hábito, pois, devo cultivar as virtudes e o intelecto para assim dar-me conta.

comparação, tornou-se de pequena importância. (MILL, 2000, p. 189).

Explicando um pouco melhor: os prazeres devem ser avaliados por aqueles que vieram a experimentar de ambos, afinal quem melhor poderia julgar se não quem desfrutou dos dois? E não pode-se exitar aos julgamentos se não tiver provado ambos, pois quem provar tanto dos prazeres intelectuais quanto dos prazeres mais inferiores é que terá a total autoridade para dizer qual é melhor. Isso, ainda, exclui a ideia de quantidade, somente releva a qualidade.

Mill prezava pela qualidade dos prazeres pelo fato de que sendo o princípio da utilidade algo nobre, é fato que os prazeres que venham gerá-lo também devam ser nobres. Parte-se da ideia de que o Utilitarismo não visa a felicidade individual, mas sim que ele venha a tratar da felicidade como um todo no âmbito coletivo. Quando o Utilitarismo não é dotado de nobreza, não há como ele se fazer útil. A ideia de que o princípio é nobre é dada pelo fato de que “nenhum ser humano consentiria em ser um tolo, nenhuma pessoa instruída gostaria de ser um néscio, nenhuma pessoa de sentimento desejaria ser egoísta e vil [...]” (MILL, 2000, p. 189-190).

É importante dizer que o Utilitarismo têm bases consequencialistas, ou seja, se a consequência da ação for geradora de felicidade, então ela é válida mesmo que a intenção não seja boa. Contrário a isso, se a intenção for boa e ela acabar por gerar dor, então não é uma ação moralmente correta. A teoria utilitarista se baseia unicamente na finalidade da ação, mesmo que ações boas venham a ser praticadas por homens maus, ou ações más sejam praticadas por homens dotados de bondade.

Como pode-se ver, o pensamento utilitarista tem um viés *teleológico*, onde a preocupação é a finalidade da ação. Diferente a isso, Kant tinha uma ética *deontológica*¹¹, onde o homem a *boa vontade* impera. A *boa vontade*¹² “não é o resultado de qualquer ação, não é uma vontade de bom coração ou disposta a ajudar [...] Boa vontade é aquela que se determina pela [...] lei da razão [...]” (HERRERO, 2001, p. 20). A *boa vontade* é guiada pela razão, logo tem um viés metafísico o que não é abordado na teoria millleana. Conforme Kant, deve-se seguir os ditames da razão, pois é a partir dela que enxergamos quais são as ações. Outro ponto importante é que a moral kantiana se baseia no *Imperativo Categórico* como princípio máximo da moralidade. Este “prescreve a priori uma síntese necessária [...]” (HERRERO, 2001, p. 22). Ainda, Mill e Kant se diferenciavam no âmbito de que o segundo

11 Entende-se *deontológica* por uma ética que preza pelas ações boas em si, ao passo que a ética *teleológica* é aquela que preza pela finalidade das ações.

12 Ver: Kant, I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes.

se preocupava com a intenção da ação, enquanto o primeiro com o resultado desta ação.

2.2 JUSTIÇA E UTILITARISMO

Uma das regras do Utilitarismo de Stuart Mill é que existe uma ligação íntima entre a justiça e a utilidade, pois, seguindo parte-se do pressuposto de que o sentimento de justiça surge a partir da conveniência de que existe uma justiça ou ao menos conteúdos justos. Para o inglês, a justiça é fazer com o que o bem atinja o maior número de pessoas que vivem numa comunidade estatal, logo não se pode violar esse quesito, pois caso do contrário, não há como ter justiça. Quando existem conteúdos injustos tende-se a não ter *simpatia* por eles. É essa simpatia que nos faz separar o que justo e o que é injusto. O senso de justiça pode partir da simpatia. Por exemplo, quando alguém faz o mal para a sociedade, é provável que as pessoas não sejam simpáticas a ele, logo vão exigir que hajam punições. Essas são características de âmbito externo, porém, quando elas agredem ao interno, este tipo de ofensa vai sempre gerar um desejo de punições, e mesmo que isso não cause melhorias à sociedade, far-se-á sempre acreditar que está se fazendo pelo melhor. Justiça e utilidade estão intimamente ligadas, pois a primeira é de todo útil para a sociedade. Mesmo que ela seja motivo de intensa controvérsia há de se compreender que ela sempre irá maximizar a felicidade das pessoas. Mill comenta a respeito da diversificação das opiniões no que se refere a punição, e diz que sendo ela legitimada é preciso saber quais são os graus de punição. Uns dizem preferir o “olho por olho, dente por dente”, onde a punição é no mesmo grau do delito. Outros dizem que uma punição acima do mínimo seria justa¹³. Assim, concluindo a ideia de relação entre *justiça e utilidade*:

À luz do que se disse, parece que a palavra justiça designa certas exigências morais que, consideradas em seu conjunto, ocupam na escala da utilidade social um lugar bastante elevado, e são por conseguinte mais rigorosamente obrigatórias do que quaisquer outras; embora possam verificar-se casos particulares em que algum outro dever social seja suficientemente importante para nos obrigar a negligenciar as máximas gerais da justiça. Assim, salvar uma vida pode ser não só legítimo mas um dever, como roubar ou obter pela força os alimentos ou medicamentos necessários, ou raptar o médico, quando é o único homem qualificado, e constrangê-lo a cumprir sua função. Em tais casos, como não chamamos de justiça ao que não seja virtude, costumamos dizer, não que a justiça deve dar lugar a algum outro princípio moral, mas que o que é justo nos casos correntes não o é, em virtude desse outro princípio, nesse caso particular. Graças a esse artifício cômodo de linguagem, salvaguarda-se o caráter de inviolabilidade atribuído à justiça, e nos livramos da necessidade de afirmar que pode haver injustiças louváveis.

As considerações resolvem, creio eu, a única dificuldade verdadeira que apresenta a

13 Este parágrafo é uma síntese do Capítulo V da obra *O Utilitarismo*, intitulado *Da Relação Entre a Justiça e Utilidade*.

teoria utilitarista da moral. Sempre foi evidente que todos os casos de justiça também são casos de conveniência; a diferença entre uns e outros reside no sentimento particular que, ligando-se aos primeiros, distingue-os dos últimos. Se explicamos esse sentimento característico de maneira suficiente; se não há necessidade de lhe conferir uma origem peculiar, se é simplesmente um desejo natural – o de ressentimento – que se torna moral ao serviço exclusivo do bem social; se, enfim, esse sentimento natural existe e é necessário que exista em todas as espécies de casos aos quais se aplica a ideia de justiça, então essa ideia não mais se apresentará como fonte de empecilhos para a ética utilitária. A palavra justiça aparece como designação apropriada à certas condutas cuja utilidade social é infinitamente mais importante e que, por essa razão, se impõe de modo mais absoluto e imperativo do que quaisquer outras classes de conduta. (MILL, p. 276-277)

Conforme Mill, a Justiça perpassa pela utilidade e pela Felicidade, onde elas atribuem o julgamento das coisas que vem a ser certas, e daquilo que possivelmente pode estar errado. Para ele, a ideia de que o Justo é algo natural ao ser humano é mais convencional de ser pensado. Porém, o filósofo descreve que jamais uma teoria ética se separa de um fim.

Mesmo que tenhamos a justiça como um preceito natural a nós, é extremamente necessário que uma razão que transcenda nossos instintos dela, afinal, um instinto animal pode nos levar a cometer ações errôneas, tanto quanto os intelectuais podem acabar por fazer-nos guiar por juízos que não condizem com a utilidade. O filósofo argumenta que não se pode enxergar a justiça como algo meramente subjetivo, pois ela é sempre calcada na convenção geral, mesmo que as pessoas têm dificuldades para enxergar, e acabam tendo seus próprios ditames. (MILL, 2000, p. 242).

No caso deste sentimento moral, assim como no de outros, não há uma relação necessária entre a questão de sua origem e de sua força compulsória. O fato de a Natureza nos conceder um sentimento não legitima todas as suas incitações. O sentimento de justiça poderia ser um instinto peculiar e todavia exigir a exemplo de nossos outros instintos, o controle e a luz de uma razão superior. Se possuímos instintos intelectuais que nos levam a julgar de um modo particular, do mesmo modo como possuímos instintos animais que nos incitam a agir de um modo particular, não há necessidade alguma de que os primeiros sejam mais infalíveis em sua esfera do que os últimos na sua: pode muito bem ocorrer que ocasionalmente os primeiros nos sugiram julgamentos errados e os últimos, más ações. Mas, embora acreditar que possuímos sentimentos naturais de justiça seja diferente de reconhecê-los como critério último da conduta, essas duas opiniões estão, de fato, estritamente ligadas. (MILL, 2000, p. 241-242).

A partir do contrário do que é justo (injusto), Mill colocará à prova se há algo em comum em tudo aquilo que é contrário à justiça. Para tanto, sua meta é demonstrar que

Se em tudo que os homens estão acostumados a caracterizar como justo ou injusto sempre se encontra presente algum atributo ou conjunto de atributos comuns, poderemos decidir se esse atributo particular ou se essa combinação de atributos, em virtude de leis gerais de nossa constituição emocional, é capaz de reunir à sua

volta um sentimento desse caráter e intensidade particulares, ou se um tal sentimento é inexplicável como um dom especial da natureza (MILL, p. 243).

Para explicar melhor o que fora citado, ao falar sobre o conceito de justo e injusto, Mill sustenta que podemos pensar de duas maneiras: 1) são formados em nossa consciência atributos que são comuns a esses preceitos, fazendo assim com que tenhamos um sentimento de justiça e injustiça; 2) pode ser que ele seja um dom inexplicável da natureza.

Para determinar o justo e o injusto é necessário avaliar os objetos e as ações em sua realidade concreta, pois é a partir destes que se fazem as ponderações do que pode ser tido como as duas ideias máximas desse capítulo. Apresentando uma ideia do que pode ser injusto, podemos inferir que injustiça é tirar de um homem a sua propriedade, ou seja, colocar as mãos naquilo que vem a ser seu por direito. Portanto, conforme Mill, a justiça é respeitar, e injustiça é desrespeitar, violar.

Quanto àquilo que é comum a todos os preceitos injustos, foram referenciados cinco casos para mostrar atos que seguem a via da justiça e outros que estão em total desacordo com ela. Assim, podemos ver que injusto é tirar de um homem a sua propriedade. Portanto, conforme Mill, a justiça é respeitar e injustiça é desrespeitar, violar. Uma exceção que podemos evidenciar é que os legisladores tiraram de tal pessoa os direitos sobre a propriedade.

Em muitos casos a lei que dá os direitos errôneos a essa pessoa é uma má lei, conferindo-lhe direitos que jamais deveriam lhe pertencer. Mill acrescenta a ideia de que mesmo que seja a favor de seguir as leis, sendo elas injustas ou não, ou desobedecer leis que atacam a liberdade, pressupõe-se leis injustas em ambos os casos. Nesse caso, a lei sempre irá proteger alguns, tirar o direito de outros e assim por diante. Mas tem algo que o direito não pode tirar e que deve haver sempre equivalência. Assim, negar a uma pessoa o que é moralmente seu é algo injusto. A correção das leis injustas deve estar constantemente no horizonte do legislador utilitarista.

Também podemos inferir que a justiça é dar aquilo que cada um merece. Essa é a ideia mais clara de justiça que se tem. Toda a pessoa que for benfeitora irá receber o bem, ao passo que todo aquele que for malfeitor será tratado com maldades. Nunca se considerou a ideia de que quem faz o bem e for retribuído com o mal será dotado de justiça.

Sucessivo a isso, Mill enfatiza que faltar com a palavra, violar aquilo que foi tratado é algo injusto caso tenha sido feito de forma voluntária. Talvez não seja uma das maiores objeções à justiça, mas se pensarmos bem, podemos colocar em xeque os benefícios que

temos a dar para uma pessoa. Talvez haja frustração de expectativas.

Agora, para pensar, o que há em comum em todos esses exemplos de justiça e injustiça? Qual é a ideia que Mill cultiva acerca desses atributos e o ponto que todos comungam? Quando devemos obedecer as leis? Para tanto, a opinião do filósofo é que “na maior parte das línguas, se não em todas elas, a etimologia da palavra corresponde a Justo revela claramente o elo que essa ideia guardava, em sua origem, com as prescrições da lei”. (MILL, 2000, p. 249). Para tanto, conforme ele mesmo fala, a mera análise gramatical da palavra não nos dá informação totalmente confiável.

E assim, o sentimento de injustiça veio a estar ligado, não mais à violação de todas as leis, mas apenas à violação daquelas que *deviam* existir, incluindo-se as que deveriam existir mas não existem; e às próprias leis existentes, ainda que consideradas como contrárias ao que deveria ser a lei. (MILL, 2000, p. 251).

Mill acreditava que nosso senso de justiça e injustiça está calcado nas leis, pois mesmo não sendo mais aceitas, como é o caso de algumas que podem ser consideradas injustas, porém estão positivadas ainda assim baseamo-nos nelas. Podemos chamá-las de *leis que deveriam existir* para exprimirmos o que é subjetivo a nós no âmbito do justo e do injusto.

A justiça é baseada em leis desde seu princípio. Podemos tomar o exemplo de diversos povos, onde alguns tinham como base um Ser Superior, e portanto, as leis eram certas e imutáveis. Ou outros que pensavam que as leis eram feitas por homens e, assim, eram sujeitas à falhas. Mill segue a ideia de que o senso de justiça é guiada por aquilo que deveria ser positivado como lei.

É certo que a humanidade considera a ideia de justiça e suas obrigações como aplicável a muitas coisas que não são, nem se pretende que sejam, reguladas pela lei. Ninguém deseja que as leis intervenham em todos os detalhes da vida privada; e no entanto cada um reconhece que, no conjunto da conduta diária, uma pessoa pode se mostrar justa ou injusta. Mas, no mesmo caso, a ideia [sic] de infração ao que devia ser a lei ainda subsiste sob uma forma modificada. Sempre seria prazeroso a nós e concorde com nosso sentimento de adequação que se punissem os atos que reputamos injustos. Todavia, nem sempre julgamos conveniente que sejam os tribunais a fazê-los: renunciemos a essa satisfação por causa dos inconvenientes acidentais. Ficaríamos gratos por ver a conduta justa imposta e a injustiça reprimida, até os mais ínfimos detalhes, se, com razão, não receássemos confiar aos magistrados um poder tão limitado. Quando pensamos que uma pessoa está, com justiça, obrigada a praticar um ato, dizemos em linguagem corrente, que ela devia ser compelida a praticá-lo. Seria agradável a nós ver a obrigação imposta por alguém que tivesse poder para isso. Se vemos que essa compulsão exercida pela lei seria inconveniente, lamentamos a impossibilidade, consideramos como um mal a impunidade conferida à injustiça, e nos empenhamos a reparar esse mal, conferindo uma expressão enérgica a nossa desaprovação pessoal e à desaprovação do público

que será infligida ao culpado. Assim, é sempre a ideia de constrangimento legal que está na origem da noção de justiça, ainda que sofra diversas transformações até tomar a forma acabada que apresenta num estado avançado da sociedade. (MILL, 2000, p. 253).

Para exemplificar melhor, Mill acreditava, como já dito, que os seres humanos prezam, e muito pelas leis que *deveriam* existir. Sempre é válido que magistrados façam com que a justiça seja feita, porém, há muitos empecilhos no que concerne às leis positivadas. Sendo assim, quando as leis não dão a oportunidade da justiça ser imposta, ficamos com um sentimento ruim. Ao falar em *constrangimento legal*, o filósofo descreve que todo aquele que não segue os ditames da justiça deveria ser reprimido. Esse é o desejo, ao que se pode pensar, de uma grande parcela da sociedade e assim, o mesmo tem de ser punido. Porém, como dito anteriormente, a lei, em muitos casos, têm certos ditames que podem levar à injustiça, mesmo assim os magistrados devem aplicá-las.

Estas são leis elaboradas pela sociedade um *dever ser* tal qual devem ser aplicadas pelos magistrados. Todos têm a obrigação moral de seguir tais ditames, afinal, a obrigação que temos para com a justiça é a mesma que temos com a obrigação moral, pois a partir do momento que cometemos atos injustos devemos ser cobrados pela via jurídica. Se não formos cobrados por essa ao menos seremos cobrados pela moralidade.

O sentimento de justiça surge a partir da conveniência de que existe uma justiça, ou ao menos conteúdos justos. Quando pensamos em punição, temos o conhecimento de que um fora atingido e outro é o culpado. Daí, a partir desses conhecimentos surge nosso senso de justiça. A punição surge tanto do instinto quanto da simpatia.

No que tange a simpatia, ela nos faz diferir dos animais, pois estes só simpatizam com a prole. Também podemos pensar que temos simpatia por quem não ameaça a sociedade em que vivemos. O senso de justiça pode partir da simpatia. Por exemplo, quando alguém faz o mal para a sociedade onde vivo, não serei simpático a ele, logo vou exigir que haja punições. Quando sofremos, em âmbito individual um certo tipo de ofensa queremos que haja punições para tal, e mesmo que isso não cause melhorias à sociedade vamos sempre acreditar que estamos fazendo pelo melhor.

Justiça e utilidade estão intimamente ligados, pois a primeira é de todo o útil para a sociedade. Mesmo que ela seja motivo de intensa controvérsia, há de se compreender que ela sempre irá causar o bem maior para o maior número de pessoas. Mill comenta sobre a diversificação das opiniões no que rege a punição, e diz que sendo ela legitimada, é preciso saber quais são os graus de punição. Uns creem em “olho por olho, dente por dente”, onde a

punição é no mesmo grau do delito. Outros dizem que uma punição acima do mínimo seria justa.

O filósofo sustenta que a justiça é o dispositivo que se coloca como preceito mais absoluto entre todos os ditames do bem estar social e, sendo assim, da utilidade. “A justiça é um nome para certas exigências morais que, consideradas colectivamente, ocupam um lugar elevado na escala da utilidade social, e que por isso têm uma obrigatoriedade mais forte [...]” (GALVÃO, 2003)¹⁴. Assim, podemos inferir que a justiça tem uma grande importância na teoria utilitarista, afinal justiça e utilidade estão intimamente ligadas, pois a primeira é de todo o útil para a sociedade. Mesmo que o sistema jurídico seja motivo de intensa controvérsia, há de se compreender que de modo geral ela produzirá o maior para o maior número de pessoas. Mill também comenta acerca da diversificação das opiniões no que rege a punição, e diz que sendo ela legitimada é preciso saber quais são os graus de punição. No tange a ideia de justiça, pode-se inferir que um dos seus preceitos maiores, e talvez o maior, é a imparcialidade. Afinal, ela não sendo tendenciosa os demais preceitos justos terão mais facilidade em serem cumpridos.

Sobre a igualdade, Mill sustenta que todos aqueles que fazem o bem para a sociedade devem ser bem tratados por ela, bem como, quem faz o bem a nós, com benevolência será compensado. Nas palavras de Mill

A primeira das virtudes judiciais, a imparcialidade é uma obrigação de justiça [...] já que constitui uma condição necessária para o cumprimento das outras obrigações de justiça. Mas isso não basta para explicar o elevadíssimo posto que entre as obrigações humanas ocupam as máximas de igualdade e imparcialidade, as quais, quer na opinião popular, quer no julgamento dos homens mais esclarecidos, estão incluídas entre os preceitos de justiça [...] Se é dever tratar cada um segundo os seus méritos, retribuir o bem com o bem, assim como reprimir o mal com o mal, segue-se necessariamente que devemos tratar igualmente bem (quando um dever superior não o impedir) todos os que para *nós* tenham iguais méritos, e que a sociedade deve tratar igualmente todos os que para *ela* tenham iguais méritos. Esse é o princípio abstrato mais elevado da justiça social e distributiva; é para esse ideal que devem convergir até o limite do possível todas as instituições e todos os esforços dos cidadãos virtuosos. Mas esse grande dever moral repousa sobre um fundamento ainda mais profundo; emana diretamente do primeiro princípio da moral e não um mero corolário lógico secundárias ou derivadas. Está compreendido no próprio significado da palavra Utilidade ou Princípio da Maior Felicidade. (MILL, 2000, p. 273)

Seguindo a ideia acima citada, podemos pensar que a justiça imparcial e igualitária está contida diretamente no cerne do Utilitarismo. Será essa justiça compreendida como um

14 Salva guarda em casos de extrema necessidade, como precisar de um remédio para salvar uma vida e não ter dinheiro, tendo como única saída roubar; isso é uma regra moralmente aceita.

dos significados do princípio, afinal, com uma sociedade que dá benevolências àqueles que são benfeitores a ela e repressora para com quem venha a lhe fazer mal, assim a felicidade do maior número de pessoas está ligeiramente garantida.

Mill acrescenta ainda acerca do tema da justiça no final da obra *O Utilitarismo*: “A palavra justiça permanece como designação apropriada a certas condutas, cuja utilidade social é infinitamente mais importante, e que, por essa razão, se impõe de modo mais absoluto e imperativo do que qualquer outras classes de conduta. (MILL, 2000, p. 277)”.

3 O CONCEITO DE LIBERDADE EM JOHN STUART MILL

A ideia de liberdade milleana parte de um princípio de objetividade, ou seja, ela não tem nenhuma influência metafísica, mas apenas um sentido prático. Ela se faz através de várias formas de aplicação, como na imprensa, na libertação dos costumes, na democracia, ao evitar uma tirania do maior número onde as minorias acabam oprimidas. Enfim, a liberdade de John Stuart Mill é um conceito extremamente prático que visa proteger os indivíduos da opressão das oligarquias políticas bem como da força imposta pela política e sociedade ante as individualidades.

Aliás, uma das bases para o pesamento milleano sobre a liberdade é, como dito, evitar a tirania do maior número, que é muito pior que qualquer opressão política, pois é uma maioria que impõe suas ideias sobre uma minoria e, se essa maioria pensar errado, todos terão que seguir o erro cometido por eles. Se isso não for impedido, se não houver uma democracia, acaba tornando-se uma sociedade despótica, onde o tirano é o próprio povo. Dessa forma

Por liberdade entendia-se a proteção contra a tirania dos dirigentes políticos. Concebia-se que tais dirigentes (com exceção de alguns governos populares da Grécia) mantivessem uma posição necessariamente antagônica em relação ao povo que dominavam (MILL, 2000, p. 6).

Como liberdade podemos entender preceitos democráticos, onde a voz de todos é ouvida. As pessoas, num regime de liberdades, têm voz e podem dar livremente suas opiniões. O não silenciar das minorias indica que há democracia e, assim sendo, há liberdade. Sufocar as opiniões seria um mal, conforme Mill, afinal iria cessar um debate que levaria cada vez mais próximo da verdade. Um modelo de Estado liberal, portanto, é aquele que deixaria o homem aproximar-se cada vez mais da verdade, afinal quando são impedidas as opiniões também é dificultada a obtenção da verdade.

A liberdade para os indivíduos limita o poder de um governo. Assim, os homens não têm mais a ideia de que é natural ser mandado em tudo e que os governantes eram os senhores da verdade. Dessa maneira, limitar os poderes que os governantes obtiveram era algo a ser feito, assim como, ao invés de governos monárquicos realizar eleições com governos temporários, preconizando um governo republicano. Esse modelo de participação popular direta para eleger seus governantes limitou os poderes daqueles que antes o obtinham com força máxima, ou seja, o povo se tornou governante. Para tanto, os governos são eleitos a partir da liberdade de escolha da população, ou seja, o homem livre escolhe seu representante.

A escolha de um governo advém da liberdade de opinião. Conforme Mill, “nunca podemos ter certeza de que seja falsa a opinião a qual tentamos sufocar; e, se tivéssemos certeza, sufocá-la seria, ainda assim, um mal.” (MILL, 2000, p. 29). Ou seja, um governo despótico iria cessar as opiniões daqueles que eram contrários a ele, sejam elas verdadeiras ou não.

Para tanto, Mill prezava pela individualidade onde há de se pensar que “a liberdade de ação é necessária para a cultura da individualidade; e que, em seguida, a individualidade é considerada um bem em si [...]” (SIMÕES, 2013, p. 179). A ideia de individualidade é aquela que fornece tanto a liberdade de pensamento como a de ação. Liberdade de ação pode ser entendida como quebrar certos paradigmas dos costumes¹⁵. Um dos exemplos citados por Mill é o do gênio, onde é dito que

As pessoas de gênio, é verdade, são e provavelmente serão uma pequena minoria; no entanto, para tê-las é necessário conservar o solo em que crescem. O gênio só pode respirar livremente numa atmosfera de liberdade. As pessoas de gênio são, *ex vi termini*, mais individualizadas do que todas as outras, e menos capazes, por conseguinte, de se ajustar, sem compreensão danosa, a algum dos poucos moldes fornecidos pela sociedade a fim de poupar a seus membros o trabalho de formar seu próprio caráter. (MILL, 2000, p. 97).

No decorrer da obra, Mill aponta que há necessidade de haver pessoas dotadas de genialidade, afinal é partir da liberdade do gênio que são feitas novas descobertas que podem melhorar a conduta de vida da sociedade. O livre exercício da individualidade faz com que uma gama de possibilidades se abram. Tais pessoas “são o sal da terra; sem elas, a vida humana se tornaria um lago estagnado” (MILL, 2000, p. 98), ou seja, gênios fazem com que o conhecimento humano evolua, que a sociedade se construa e renove; e para que haja a genialidade é necessária a liberdade de individualidade.

A boa vivência do ser humano se encontra no livre exercício da individualidade, ou seja, só podemos ser livres caso não sofrermos opressão das outras pessoas ou dos entes governamentais. Aliás, a individualidade é exercida de diversas formas. Como por exemplo, na imprensa, na educação (onde o Estado não deve interferir com absoluta totalidade de domínio das instituições), no pensamento e na discussão. A individualidade significa ter liberdade e assim alcançar uma boa vida. Só exercendo uma é que obtemos a outra. Elas são duas ideias completamente interligadas. Assim, sobre a ideia de como podemos ter uma boa vida com a individualidade e a liberdade, Mill comenta que

15 Mill enfatiza bastante a quebra dos costumes religiosos.

não se trata unicamente de um elemento coordenado a tudo quanto se designa pelos termos civilização, instrução, educação, cultura, mas que antes de mais nada se trata de uma parte e uma condição necessária de todas essas coisas, não haveria risco de se subestimar a liberdade, e o ajustamento dos limites entre ela e o controle social não apresentaria nenhuma dificuldade extraordinária (MILL, 2000, p. 87).

Mill abandonou qualquer tipo de ideia de direito natural, de qualquer pensamento que prezasse por uma liberdade metafísica¹⁶ e coloca-a no centro das discussões como algo prático, algo que está no mundo empírico. A liberdade, conforme Cademartori (S/D, p. 13) é um “elemento fundamental da felicidade e formação do caráter, instrumento no fomento do progresso”. Dessa forma, podemos pensar que somente sendo livre o homem pode evoluir como ser humano; é a liberdade que proporciona o desenvolvimento.

Ele acreditou, fundamentalmente, que os homens “só podem desenvolver-se e chegar a ser completamente humanos” quando uma área mínima de suas vidas é garantida contra as interferências dos outros homens, isto é, transformada em área inviolável. Só assim há “liberdade”, ou a limitação do direito de coação. (CADEMARTORI, S/D, p. 14).

Assim, deste breve texto sobre o conceito de liberdade podemos extrair a ideia de que ela proporciona ao homem o desenvolvimento bem como forma o caráter de uma pessoa. É pela liberdade que se faz o debate democrático afim de se chegar cada vez mais próximo da verdade. É pela via da liberdade que o homem não irá sofrer opressão estatal ou social, ela liberta de qualquer uma desses massacres. Liberdade significa desenvolvimento, democracia, busca pela verdade, pensamento, discussão, liberdade de imprensa, fomento da genialidade e libertação dos costumes. Nas linhas que seguem veremos algumas das aplicações do conceito de liberdade, como a liberdade de imprensa, de como os costumes podem ser opressores da individualidade, a força que a sociedade exerce sobre o indivíduo e, por fim, como, a partir da liberdade, pode-se chegar a felicidade.

3.1 A LIBERDADE DE IMPRENSA

Quando se pensa em liberdade de imprensa podemos entendê-la de duas maneiras: a primeira é a liberdade de expressão, onde cada um pode expor sua opinião ante toda e qualquer matéria, seja ela pública ou privada. A segunda é a liberdade de informação, onde dar-se-á o direito a todos de serem informado sobre tudo que acontece, seja na esfera do

16 Aqui vale dizer que pode ser feito um contraponto com Kant.

Estado ou fora dele. Muitos regimes totalitários se usam da privação dessas duas liberdades para manipular a população.

O que pode ser feito para informar os cidadãos de um certo Estado sobre o governo deste estar agindo de forma que venha ser contrária aos interesses da população? Qual é o melhor meio de colocar a todos em situação de bem informados sobre tudo o que vem acontecendo no que diz respeito a administração do ente estatal? John Stuart Mill entendia ser a melhor forma, através da imprensa nos moldes que seja ela democrática e venha a apresentar as diversas opiniões.

Mill considerava um roubo à raça humana silenciar as diversas opiniões, afinal de contas são elas que dão a guia para o homem viver e, a partir delas, enxergar o mundo, fazer suas críticas à apologias que versam sobre os diversos temas da sociedade, afinal, conforme Torres (p. 24) “a nova opinião expressada, diferente da tradicional, se mostrasse certa, então se estaria privando a humanidade da possibilidade de trocar o erro pela verdade¹⁷”. Independentemente se a opinião é falsa ou verdadeira, ela deve ser expressada. Se for pela via da primeira se justifica pelo fato de que sempre devemos saber da verdade. No que tange a segunda, só sabemos que estão sendo emitidos juízos falsos quando viemos a conhecer os verdadeiros. O conhecimento do falso pressupõe conhecimento do que é verdadeiro. Sobre essa ideia, o filósofo descreve que

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, de silenciar toda a humanidade. Fosse uma opinião a posse pessoal de valor apenas para o dono, se o impedimento ao gozo dela constituísse simples ofensa privada, não faria diferença se a ofensa fosse infligida apenas a poucas ou a muitas pessoas. Mas o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como a geração existente, mais aos que discordam de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdem, o que importa em benefício quase tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com o erro (MILL, 2000, p. 28-29).

De acordo com Amy Gutmann (1993), em muitos dos casos a imprensa pode sim “puxar para um lado”, como por exemplo em campanhas eleitorais, as quais fazem propagandas que não falam a real situação do Estado. Também é fato de que ela “martela” as ideias dos cidadãos para diversos preceitos que vêm a acarretar lucro para o governo do Estado. Assim, para Amy Gutmann, é de fato válido que uma mídia venha a atingir a

17 “[...] la nueva opinón expressada, distinta de la tradicional, resultara ser cierta, entonces se estaría privando a la humanidad de la posibilidad de abandonar el error por la verdad.”

independência do ente estatal. O que ela simplesmente quer dizer é que o Estado pode utilizar os veículos de comunicação para moldar o pensamento das pessoas e, dessa forma, atingir interesses próprios. Quanto a essa ideia, a professora descreve que

As campanhas presidenciais se especializam em chamadas de dez segundos que objetivam evitar a reflexão sobre as questões públicas. Os juízes da Suprema Corte conseguem ter suas nomeações aprovadas distanciando-se de seu próprio passado e recusando-se a discutir até mesmo os princípios gerais que provavelmente nortearão suas decisões futuras. Os governos estaduais exaltam as recompensas do jogo e encorajam o oposto de qualquer ética do trabalho. A loteria estadual da Pennsylvania anuncia que "vale a pena jogar todos os dias". A loteria do Estado de New York propaga os sonhos de pessoas comuns de viverem como aristocratas. Estes são apenas alguns poucos dos muitos desencantos com a democracia norte-americana. (GUTMANN, 1993).

Assim, em concordância com este argumento, Mill sustenta que

Em primeiro lugar, a opinião que a autoridade tenta suprimir possa ser verdadeira. Certamente os que desejam suprimi-la negam-lhe verdade, embora eles mesmos não sejam infalíveis. Não possuem autoridade para decidir a questão para todos os homens, e rejeitam a todas as outras pessoas os meios de julgar. (MILL, 2000, p. 29).

Nota-se que a partir dessas duas citações, que não há como colocar a opinião das autoridades na imprensa pelo fato de que elas nem sempre são as verdadeiras, e dessa forma podem induzir as pessoas que têm acesso à esses veículos de informação ao erro, de cair em preceitos falsos mas, que por força da imprensa, são colocados como ideias dotadas de tamanha veracidade.

Quando Mill comenta que devem existir os “dois lados da moeda” na imprensa, devemos levar em conta que opiniões devem ser livres, sem que haja restrições dos mais poderosos. Um cidadão dito *liberal* é aquele que não se restringe a considerar que a verdade está em suas ideias, que faz compreender todas as questões e teorias que perpassam por determinada época (MILL, 2000, p. 30-31). Para tanto, as ações do Estado sobre a liberdade de opinião e expressão, bem como as da sociedade sobre o indivíduo, devem ser limitadas para evitar aquilo que o utilitarista chama de *tiranía da maioria*.

Welp (2013, p. 28) comenta que Mill expõe sua ideia de liberdade de expressão dividida em três partes: 1) em um determinado grupo apenas uma pessoa sabe a verdade, logo, deve haver liberdade de expressão para que ela possa expressá-la; 2) se em certa localidade houver uma maioria de pessoas que saibam da verdade, aquele que contesta essa ideia também deve ter voz ante o público para que as pessoas possam questionar seus preceitos; 3) caso duas teorias sejam dotadas de verdade, elas devem ser analisadas e discutidas. Estes são

os três passos da liberdade de expressão milliana.

Assim, o filósofo inglês aponta que ao aceitarmos os pensamentos que nos rodeiam, as divergências de ideias que existem em nossa época, estamos nos questionando. Questionamentos estes que se fazem a partir do pensar sobre nossos próprios valores. Dessa forma estamos exercendo um processo de *liberdade de pensamento*. Quando Mill escreve sobre esse tema trata de elucidar que as verdades que são colocadas para nós devem sempre ser colocadas em xeque. Isso poderá provocar a evolução do conhecimento humano, ou seja, quando criança os pais trazem as verdades de sua época, já quando adultos, com maior quantidade de informações, passamos a colocar em questão essas ideias. Afinal é nosso direito e dever de se ter liberdade de pensamentos.

E quando as ideias de um determinado grupo, mesmo elas sendo esclarecidas e esclarecedoras, são a minoria? Quando essas ideias são simplesmente suprimidas pelas ideias, muitas vezes errôneas e da esmagadora maioria? Mill argumenta que o que pode ser feito é *combater* essas ideias de modo a se fazer aceitar democraticamente as ideias de todos os grupos, mesmo que estas venham a divergir. Caso isso não seja possível, resta apenas o calar-se para a minoria. Sobre essas ideias, Bavaresco (2012, p. 21) comenta que

Mill denomina isso de “tirania do maior número” e também de “tirania da opinião”, a qual seria uma tendência de parte da sociedade em impor as suas ideias (“até mesmo além das penalidades civis”), a fim que não surja nenhuma opinião ou forma de conduta individual que não esteja em sintonia com suas metas. É necessário o “combate” contra esse sentimento dominante da sociedade que reprime a individualidade. Se essa tirania não for “combatida” apenas o que resta para a maioria é o silêncio e, assim, a grande maioria não poderá ouvir todas as opiniões sobre determinados assuntos e, com isso, fundamentá-los.

Ainda, reforçando o que fora dito sobre a *tirania da maioria*, tomemos as palavras de Mill

A sociedade pode executar, e executa, seus próprios mandatos; e se expede mandatos equivocados no lugar dos corretos, ou quaisquer mandatos a respeito de coisas nas quais não deveria interferir, pratica uma tirania social mais temível do que muitas espécies de opressão política, uma vez que, muito embora nem sempre venha sustentada por penalidades extremas, penetra mais profundamente nos detalhes da vida, escraviza a própria alma, deixando poucas vias de fuga. Não basta, portanto, a proteção contra a tirania do magistrado; é necessária também a proteção contra a tirania da opinião e dos sentimentos dominantes, contra a tendência da sociedade a impor, por meios outros que não os das penalidades civis, as próprias ideias e práticas, como regras de conduta aos que delas dissentem; a aguilhoar o desenvolvimento e, se possível, a impedir a formação de qualquer individualidade de acordo com seus métodos, compelindo todos os tipos humanos a conformar-se ao seu modelo. **Há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual, e encontrar esse limite, guardando-o de invasões, é tão indispensável à boa condição dos negócios humanos como a proteção do**

despotismo político¹⁸. (MILL *apud* GAN, 2015, p. 306).

É nesse ponto, que o filósofo coloca a ideia de limites para a liberdade de expressão, onde a maioria pode sim se expressar, mas não de modo que se faça a ofender a minoria. Partindo da ideia de que, quando a maioria esmagadora se sobrepõe à minoria e faz com que se ultrapassem limites da liberdade de expressão é que podemos ter a ideia de que a liberdade de imprensa não existe, mas predominam as calúnias de um certo grupo dominante sobre uma pequena minoria. Bavaresco (2012, p. 26) descreve que Mill coloca-se favorável a liberdade de imprensa desde que ela não seja ofensiva, que não venha a atacar os preceitos e valores de outras comunidades. Ainda, os indivíduos tem a liberdade de unindo-se para partilhar das mesmas opiniões. Para dar ênfase a esse comentário trazemos as palavras de Mill:

A liberdade de exprimir e publicar opiniões pode parecer que cai sob um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta individual que concerne às outras pessoas. Mas, sendo quase de tanta importância como a própria liberdade de pensamento, repousando, em grande parte sobre as mesmas razões, é praticamente inseparável dela. Em segundo lugar, o princípio requer a liberdade de gostos e de ocupações; de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter; de agir como preferimos, sujeitos às consequências que possam resultar; sem impedimento da parte de nossos semelhantes enquanto o que fazemos não os prejudica, ainda que considerem nossa conduta louca, perversa e errada. Em terceiro lugar, dessa liberdade de cada indivíduo segue-se a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre indivíduos, liberdade de se unirem para qualquer propósito que não envolva dano, suposto que as pessoas associadas sejam emancipadas, e não tenham sido constrangidas nem iludidas. (MILL *apud* BAVARESCO, 2012, p. 26).

Ainda sobre os limites da liberdade de expressão, podemos pensar que a liberdade seja exercida a partir das interações sociais, onde ela não é um preceito imutável, é utilizada na relação que temos para com os outros. Quando não se tratar de relações humanas e, dessa maneira, não afetar a vida alheia, aí sim a liberdade é plena e o cidadão pode praticá-la em seus limites e exercer tudo aquilo que lhe é cabível.

[...] no que diz respeito à ausência de relação social com os outros, deve haver total liberdade para os homens realizarem suas ações livremente. Mas, haveria de fato alguma ação humana isolada dos demais indivíduos? Os limites, de acordo com Mill, reside em saber se os atos de uma afetam ou não as demais. A liberdade mesma consiste em dar satisfação a desejos que são genuinamente do indivíduo e tentar buscar o desenvolvimento e o curso de sua própria natureza. (GAN, 2015, p. 301).

Mill aponta claramente que uma opinião dada na imprensa com a voz da maioria pode ter algum resquício de verdade, pode ser que venha conter veracidade. Porém, não há como obter verdade sem que haja o choque entre opiniões, sem colocar o outro lado em questão.

18 Grifo meu.

Dito de outro modo, só chegamos perto da verdade quando ela é colocada em choque contra a sua negação, ou seja, preceitos verdadeiros devem ser postos em pauta, assim como os falsos, dessa forma teremos o embate de ideias e a prova final de qual argumento será mais aceitável. (MILL, 2000, p. 80-81).

A liberdade de pensamento, conforme Mill, é de suma importância e a individualidade deve ser sempre preservada. Porém, quando elas vem a público devem ser sempre criteriosas, afinal irá alcançar uma gama maior de pessoas. Todas as pessoas devem ter assegurado o direito de expressar suas opiniões dentro de certos limites, afinal, nenhuma opinião pode ofender ou prejudicar a outrem. Para tanto, questiona-se: quais os critérios e por quem devem ser usados para a divulgação de opinião? Para Mill os critérios devem ser aqueles que seguem o princípio da utilidade.

Mill acredita que é útil ter uma variedade de opiniões e que as pessoas tenham suas palavras externalizadas. Deste modo, a liberdade de expressão faria um primeiro argumento utilitarista, já que a livre discussão têm benefícios práticos a longo prazo: é o caminho que com maior probabilidade leva ao descobrimento de novas verdades. (TORRES, p. 24).¹⁹

Dando um pouco mais de ênfase à questão, a citação acima mostra que quando há liberdade de opiniões e de expressão, as quais seguem a ideia da utilidade, é necessário haver uma gama maior de opiniões, gerando debate. Este fará com que cada vez mais se descubram verdades e se desmistifiquem certos costumes.

Somos livres para pensar, questionar e estudar tudo aquilo que está em nossa volta. Dessa forma o homem evolui intelectualmente, pensando sobre aquilo que lhe fora dado na família e colocando em xeque inúmeras verdades que lhe foram dadas, e assim substituindo-as por outras. Mill pressupõe que os indivíduos devem se afastar dos costumes, principalmente os religiosos para que os cidadãos tenham uma maior evolução intelectual.

Essa evolução muitas vezes acaba deturpada e mal entendida. Por exemplo, quando se fazem críticas fortes às ideias do senso comum, essas críticas, por mais bem embasadas que sejam podem acabar deturpadas, principalmente via imprensa, de modo que venham a se tornar ofensas, calúnias por parte daqueles que são tidos como diferentes, ou seja, aqueles que pensam diferente dos costumes da sociedade em que vivem. Para dar ênfase ao que fora descrito, reforçamos com as palavras de Bavaresco (2012, p. 32).

19 “Mill cree que es útil que haya variedad de opiniones y que los distintos caracteres se exterioricen. De este modo, la libertad de expresión tendría un primer argumento utilitarista, ya que la libre discusión tiene beneficios prácticos a largo plazo: es el camino que con más probabilidad lleva al descubrimiento de nuevas verdades”

Além disso, para o autor, para que haja o bem estar humano, é necessário que as pessoas não se atenham apenas a uma opinião, por exemplo, acerca de assuntos religiosos, morais e políticos, mas sim busquem ouvir todas as partes ou o máximo delas e procurem a possível parcela de verdade contida em cada uma delas. Este bem-estar depende, assim, da “liberdade de opinião” e da “liberdade de exprimir opinião”. Para o autor “raramente ou nunca”, uma opinião é a “verdade inteira”, isto é, tem apenas parte da verdade; com isso, assumir apenas uma opinião seria negar as possíveis outras partes da verdade contidas em outras opiniões.

Colocando um final nessa primeira parte, quero chamar atenção para o fato de que o choque de opiniões faz emergir a verdade, ambos os lados colocando suas ideias promove o debate e a incansável busca pela opinião verdadeira. Segundo Mill, toda a opinião é dotada de algum grau de verdade, mesmo que seja mínimo. Partindo desse ponto, podemos inferir que nenhuma opinião pode ser silenciada, por contribuir sempre em qualquer debate e assim proporcionar questionamentos e evolução do ser humano.

Do conflito de opiniões emerge a verdade: mesmo a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parte de verdade. E, uma vez que a opinião geral ou dominante sobre o assunto é raramente, ou nunca, a verdade inteira só pela colisão das opiniões contrárias, faz-se provável que se complete a verdade com a parte ausente. Se essa opinião que foi silenciada é falsa, mesmo assim pode ter uma parte de verdade, pois geralmente, uma opinião não é verdade inteira. Uma opinião errada pode conter um grão de verdade necessário para a descoberta de toda a verdade. (BAVARESCO, 2012, p. 32-33).

Por ser da tradição do Liberalismo, John Stuart Mill calca sua ideia de liberdade de imprensa no âmbito dela ser livre das implicações do Estado. Isso ocorre pelo fato de quando as informações são controladas pelo ente estatal, elas são direcionadas aos interesses do mesmo, fazendo, assim, com que os dois lados não sejam apresentados, mas apenas aquele ao qual cabe o interesse dos maiores, gerando assim, em muitos casos, uma deturpação daquilo que vêm a ser informado. Nesse caso, formar-se-ia a opinião da maioria a partir das ideias do Estado sem que haja choque de opiniões.

3.2 OS COSTUMES COMO MATÉRIA OPRESSORA DA INDIVIDUALIDADE

No que tange a ideia de liberdade de opinião, o filósofo inglês sustenta sua argumentação na diferença de que elas devem ser todas expressas, desde que se pressuponha um debate racional e que não venha a acarretar o mal de outrem. Nunca uma ideia deve ser absoluta e imperativa, mas fazer com que toda a verdade humana venha a ser apenas meia verdade. Nesse quesito, Mill prevê uma humanidade imperfeita, onde ninguém é dotado da

totalidade da razão. (MILL, 2000, p. 85-86)

Gan (2015, p. 302) cita Mill, no que concerne à ideia de escolha. Ele comenta que “se alguém possui uma quantidade tolerável de senso comum e experiência, seu modo próprio de dispor de sua existência é o melhor, não porque seja em si mesmo o melhor, mas porque é o seu modo próprio”. Aqui se faz clara referência à ideia de individualidade, coisa que os costumes acabam por suprimir pelo fato que eles mesmos fazem a escolha para os indivíduos na sociedade. Para tanto, a seguir, abordaremos sobre o tema de como os costumes destroem a individualidade.

Na visão milleana, todos deveriam consentir que a liberdade em seu pleno desenvolvimento, é um princípio básico para a obtenção do bem estar social e que ela é uma condição necessária para que, posteriormente, se obtenha uma boa educação, cultura, etc. Aliás, Mill acreditava que para se haver um bom governo é necessário que seu povo tenha boa instrução: “vamos encontrar em primeira linha as qualidades dos seres humanos que compõe a sociedade sobre a qual o governo é exercido.” (MILL, 1981, p. 18) .

Mill acreditava que a educação dos homens acabava suprimida pelos costumes, afinal eles não nos dão capacidade de escolha, mas a obediência e seguimento. Tanto em *Considerações Sobre o Governo Representativo* quanto em *A Liberdade* Mill alega que o povo deve ser ensinado, que deve ser guiado para poder viver sob um regime de liberdade. Na primeira obra ele descreve que “Não me é necessário ressaltar que a pupilagem é apenas admissível como um meio de gradualmente treinar o povo a marchar sozinho” (MILL, 1981, p. 24). Já em *A Liberdade* Mill comenta que “Ninguém nega que o povo deva ser ensinado e preparado na juventude para conhecer os resultados apurados da experiência humana e deles se beneficiar” (MILL, 2000, 88-89). Porém, veremos nas próximas linhas que os costumes barram essa ideia de liberdade e desenvolvimento das faculdades humanas. Nas palavras de Mill

Quem deixa que o mundo, ou uma porção deste, escolha seu plano de vida não tem necessidade senão da faculdade de imitação dos símios. Quem escolhe para si mesmo o próprio plano emprega todas as suas faculdades. Necessariamente usa observação para ver, o raciocínio e o juízo para prever, a atividade para coletar materiais para decisão, o discernimento para decidir e, uma vez que decide, a firmeza e o autocontrole para manter a decisão deliberada. E quanto maior for a parte de sua conduta que ele regula segundo os próprios juízos e sentimentos, mais lhe serão necessárias essas diferentes qualidades. (MILL, 2000, p. 90).

Conforme Welp (2013, p. 30), nem sempre a verdade que se tenta suprimir é uma mentira, algo que jamais terá uma validade. Toda a opinião deve ser expressa e colocada em

jogo. Não existem critérios aos quais se façam unos e sejam aceitos por toda a humanidade. Essa decisão vai depender dos critérios de verdade adotados pelos indivíduos. Nesse quesito, os costumes podem oprimir, fazer com que suas verdades perante uma sociedade sejam os únicos que tenham valor. No texto *A Liberdade*, Mill dispara diversos ataques contra os costumes. Um deles é dizendo que

por ser costume, não desenvolve nele nenhuma das qualidades que constituem o dote distintivo de um ser humano. As faculdade humanas da percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental e até mesmo da preferência moral exercem-se apenas quando se faz uma escolha. Não ganha nenhuma prática que para discernir, quer para desejar o que é melhor. As capacidades mentais e morais, a exemplo das musculares, aprimoram-se somente pelo uso. Não se exercem as faculdades ao se fazer algo simplesmente porque os outros fazem, tampouco ao se acreditar em algo que os outros acreditam. (MILL, 2000, p. 89-90).

Quando uma pessoa tem muita energia ela pode ser transformada em energia má, porém uma pessoa enérgica é sempre mais interessante que uma preguiçosa e se torna mais humana. Quando se afasta dos costumes e os desejos vem de si eles se tornam mais fortes. Quem não possuir essa energia e não exercitar a individualidade, fazendo com que os desejos venham de si, torna-se uma máquina. Já quem segue fielmente os costumes acaba se tornando uma pessoa com as vontades fracas, inativas. Mill pressupõe que todos devem ser ativos, fortes, que não recebam passivamente os preceitos adotados pelos costumes, mas que façam valer suas ideias e opiniões, afinal de contas “possui caráter aquele cujo os desejos e impulsos são próprios, são uma expressão de sua natureza própria” (MILL, 2000, p. 92).

O enfrentamento constante de opiniões faz com que haja acúmulo de conhecimento no cérebro humano. Ora, todo o conhecimento do universo é baseado em linguagem. Sem ela, não haveria a possibilidade de transmitir o conhecimento. Sem a linguagem, sem a liberdade para se expressar, para manifestar aquilo que se pensa, não há o conhecimento: há dogmas. (WELP, 2013, p. 32).

Quando os costumes reprimem as nossas ideias, segue-se apenas uma doutrina a qual é dotada de falhas, que não é a verdade una do universo. Quando o debate é cessado e pela via da imposição o costume é tomado como *certo*, far-se-a um recorte nas diversas opiniões – que também são dotadas de verdade. O conhecimento acaba por ser reprimido, causando assim regressos e desperdícios.

Para Welp, “O significado da opinião pode sumir ou enfraquecer, deixando de existir uma opinião, só restando um comportamento cego” (2013, p. 37). Ou seja, pela via dos costumes uma opinião pode perder sua essência, fazendo com que ela desapareça ou se torne fraca. No momento que isso acontecer simplesmente o indivíduo ficará preso à uma teia de

preceitos impostos, fazendo com que não veja nunca o outro lado, mas que feche os olhos e siga um só caminho. Agindo desse modo é passível que venha considerar superficial o costume de outrem, fazendo com que achemos os preceitos adotados por eles errôneos (MILL, 2000, p. 89)

O filósofo ataca drasticamente os dogmas calvinistas²⁰ dizendo que a vontade livre vem a ser um mal para estes. Conforme o texto, esses dogmas sufocam e oprimem qualquer tipo de faculdades racionais no ser humano. A obediência é o fator primário da vida humana, deixando assim os valores individuais e a liberdade de opinião – que gera um conhecimento, como já fora dito – de lado. Mill critica o calvinismo no âmbito de que o ser humano não pode apenas ter a faculdade de obedecer, mas ter a liberdade de tomar decisões. Ele diz que se Deus criou o homem, o criou para exercer suas faculdade mentais, não para suprimi-las. Para Mill, suprimir as individualidades, quando elas não afetam para o mal a vida de outrem, causa aumento da dor e diminuição do prazer, ferindo o princípio da utilidade. Sobre a questão do calvinismo, o inglês coloca que

De acordo com essa teoria, o único grave delito do homem é a vontade própria. Todo o bem de que é capaz a humanidade resume-se à obediência. Não lhe resta escolha, faça desta maneira e de nenhuma outra: “tudo o que não constituir dever é pecado”. [...] A quem defende essa teoria de vida, a aniquilação de qualquer uma das faculdades, capacidades e suscetibilidades humanas não redundam em mal, pois o homem não precisa de nenhuma outra capacidade além de se render à vontade de Deus [...] Esta a teoria do calvinismo, e muitos dos que não se consideram calvinistas a sustentam sob uma forma mais mitigada [...] afirmando ser Sua vontade que os homens satisfaçam algumas de suas inclinações [...] mas de uma maneira obediente [...] (MILL, 2000, p. 94-95).

Em síntese, segundo Mill quando os costumes de nosso povo nos fazem enxergar apenas eles e nada mais, fechamos os olhos para o mundo que nos rodeia. Dessa forma, estarão cessados todos os debates fazendo com que o conhecimento que seria produzido neles não venha a existir. Assim, o conhecimento é reprimido e nossas faculdades não agem mais, mas tão somente os dogmas impostos.

Mill pressupõe que existem pessoas livres dessas implicações externas e que pensam livremente, mas estes, para serem o que o filósofo chama de *gênio*, precisam de outras pessoas para o debate, pois

Sempre há necessidade de pessoas não apenas para descobrir novas verdades, e assinalar o que antes era verdade deixa de ser, mas também para dar início a novas práticas e fornecer e fornecer o exemplo de uma conduta mais esclarecida, bem como de melhor gosto e censo na vida humana. (MILL, 2000, p. 98).

20 Esses dogmas são aqueles que acabam por suprimir a genialidade e o desenvolvimento do ser humano.

Nesse ponto, podemos dizer que um gênio está preso – não de forma alienada, mas de não conseguir se livrar da opressão exercida pelos costumes – fazendo assim com que suas ideias muitas vezes não sejam difundidas. Mill acreditava que quando os costumes imperam o gênio viria a sofrer por ter seu conhecimento reprimido, por não poder expor suas ideias.

“O gênio só pode respirar livremente numa *atmosfera* de liberdade” (MILL, 2000, p. 99), ou seja, ele precisa que suas ideias sejam colocadas em pauta para que se faça o debate e assim promovendo a evolução nas faculdades humanas. Para concluir, quando não existe a liberdade de opinião impede-se o conhecimento e reprimem-se diversas ideias que poderiam ser colocadas em pauta. Quando costumes como o calvinismo, que prega apenas a obediência à um Ser supremo, entra em jogo, a livre expressão não se faz mais, presente somente a doutrinação e a dogmatização do indivíduo.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE COLETIVIDADE E INDIVIDUALIDADE

Mill escreve que o indivíduo deve ter sua liberdade de pensar e agir da maneira que optar. O agir, deve-se lembrar, precisa ser exercido de modo a não causar malefícios para outrem e que não provoque implicações na individualidade de outrem. Cabe ao indivíduo aquilo que é dele e à sociedade aquilo que vem a ser de toda a coletividade. Os interesses sociais não podem ser violados para o simples contentamento de vontades de apenas um indivíduo.

Todas as ações humanas são livres, exceto quando se age em discórdia com a individualidade alheia. Cada ação humana sempre vai prejudicar um certo grupo, portanto, para julgar tal feito é necessário verificar se ela foi embasada no princípio da utilidade. Caso ela venha a ferir tal princípio, aquele que a comete deve pagar pelo erro mediante um sistema legal para isso pensado.

No que tange às questões sociais, o coletivo deve sempre dar orientações àqueles que necessitem. Fazendo dessa maneira podem ser evitadas as punições e repressão. Já nas questões individuais, cada um tem o direito de fazer o que achar pertinente com o corpo e com o destino da própria vida. Outros podem apenas aconselhar, mas nunca poderão intervir de maneira direta na vida alheia. O filósofo reforça o argumento afirmando que

Seria um grande equívoco supor que essa doutrina defenda uma indiferença egoísta,

pretendendo que os seres humanos não tenham direito de interferir na maneira que os outros se comportam, e que não deveriam se preocupar com a boa conduta e o bem-estar uns dos outros, a menos que seu próprio interesse esteja em jogo. Em vez de uma diminuição, há necessidade de maior aumento de esforço desinteressado para promover o bem alheio. Mas a benevolência desinteressada é capaz de encontrar outros meios de persuasão que não a chibata e o açoite, quer em sentido literal ou metafórico. Eu seria a última pessoa a subestimar o valor das virtudes pessoais; somente ficam atrás, se é que ficam, das virtudes sociais. É tarefa da educação cultivá-las igualmente. Porém, mesmo a educação opera por convicção e persuasão, tanto quanto por compulsão, e é apenas pelas duas primeiras formas que se deveriam inculcar as virtudes individuais, uma vez passado o período da educação. Os homens pode ajudar uns aos outros para distinguir o melhor do pior, e incentivar-se para escolher o primeiro e evitar o último. Deveriam sempre estar estimulando uns aos outros o exercício intenso de suas mais elevadas faculdades, e a orientação intensa de seus sentimentos e metas para objetos e contemplações não tolos, mas sábios, não degradantes, mas elevados. No entanto, ninguém, e nenhum grupo de pessoas, está autorizado a dizer a outra criatura humana madura que, pra seu próprio benefício, não faça com sua vida o que escolher fazer dela. Ela é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar, o interesse que qualquer outro ter nesse bem -star é insignificante se comparado ao que ela mesma tem [...] (MILL, 2000, p. 116-117)

O homem, conforme dito, tem que ter a total liberdade para suas escolhas para adotar seus preceitos básicos que irão reger sua vida e, assim, caminhar em busca da maior felicidade. As escolhas são subjetivas, de cunho individual. Nem sempre os preceitos adotados por mim são de tamanha importância para outrem. Assim, existe uma gama de possibilidades de se construir a própria felicidade. No âmbito coletivo, a felicidade se constrói a partir do elemento consensual. Conforme o que fora dito, Fernandes (2005, p. 4) escreve que

Não obstante a defesa aberta da liberdade e a constatação clara da existência do pluralismo, os argumentos de Mill encontram seus limites quando ele vincula estas concepções a sua ideia de utilitarismo. Como para Stuart Mill o Princípio da Maior Felicidade não deveria apenas ser mensurado em relação a quantidade mas, e principalmente, tendo em vista a qualidade do prazer obtido o critério para saber avaliar hierarquicamente os prazeres torna-se muito importante.

Ou seja, deve-se saber avaliar, a partir de seus preceitos individuais, quais são os maiores prazeres que irão reger nossas vidas e assim atingirmos a maior felicidade para que possamos causar um bem estar que irá se mostrar em sociedade.

No entanto, o comportamento do homem sempre irá impactar na sociedade. Por exemplo, quando se age de maneira que coloca os desejos carnis acima de tudo, é mister que esse indivíduo deve ser tratado como um ser de baixo intelecto. Os homens tem a liberdade de escolher suas companhias, suas atitudes, no entanto não podem reclamar das condições que lhe são colocadas pelas suas escolhas. (MILL, 2000, p. 118-119).

De outra parte, quando pensamos no âmbito do governo, podemos inferir que se deve impôr uma ordem perante às individualidades. Entretanto, essa não é a meta de um governo e

também pode ser compreendida como a interferência da sociedade. No segundo capítulo de *Considerações Sobre o Governo Representativo*, o inglês descreve que é válido o governo interferir na vida dos cidadãos pelo fato de manutenção da ordem, porém esse não é o objetivo do Estado. A *ordem*, como conceituada na obra, serve para conter a violência e manter a paz entre os homens. Porém, ela não deve assumir um caráter de privação das individualidades, mas manter a paz para que as pessoas possam exercer sua liberdade.

Quando se fala em liberdade de ações, deve-se ter a recordação de que elas não pode invadir a liberdade de nenhum outro indivíduo. Caso isso ocorra, o sujeito estará suscetível a receber uma punição, ou seja, os atos praticados por nós e que concernem a nós mesmo recebem um tipo de tratamento, no entanto quando dizem respeito aos outros, far-se-á tratamento distinto.

Meu argumento é o de que as inconveniências estritamente inseparáveis do julgamento diverso de outros são as únicas a que um indivíduo sempre deveria submeter a parte de sua conduta e de seu caráter que diz respeito apenas a seu próprio bem, mas que não afeta o interesse de outros em suas relações com ele. Atos prejudiciais a outros exigem um tratamento completamente distinto. Invadir-lhes os direitos, infligir-lhes perdas e danos que seus direitos próprios não justificam, falsidade e duplicidade ao haver-se com eles, uso injusto ou mesquinho de vantagens em detrimento deles, mesmo a abstenção egoísta de defendê-los contra ofensas – todos esses constituem objetos adequados da reprovação moral e, em casos graves, de represálias morais e punição. (MILL, 2000, p. 120).

Para reforçar o exposto na citação, podemos dizer que a sociedade deve intervir sim na vida dos indivíduos, de modo que esta se faça quando eles estiverem causando desconforto a individualidade de outrem. Quando uma pessoa bebe, por exemplo, não há nenhuma mal coletivo, mas se um policial beber em exercício deve haver restrições e punições. Outros tipos de intervenção da sociedade seria quando uma pessoa é dotada de vícios, aos quais prejudicam a vida dos que a rodeiam. Intervenções deste tipo são para ajudar o indivíduo e também o coletivo. (MILL, 2000, p. 124).

Mill defende que a educação deve sempre exaltar o raciocínio e promover os homens e o pleno exercício da razão. As gerações futuras devem sempre ter um olhar especial pela geração atual, pois a segunda deve fazer com que a primeira venha a se tornar melhor que ela, para que dessa forma venha a ser evitada a coerção e a punição.

Do que se pode concluir é que a sociedade deve intervir de maneira a educar as pessoas, mas nunca obrigá-las a agir e pensar conforme os preceitos que ela rege a si própria no âmbito coletivo. No entanto, quando um causar mal ao outro há de se aplicar a punição

àquele que está causando tal discórdia. Nesse quesito Mill quer dizer que temos a liberdade ante a sociedade para pensar e agir, mas que ela pode nos coagir quando estivermos em discordância e causando malefícios para outrem.

Partindo do pressuposto acima, corre-se o risco de uma espécie de despotismo, o que privaria diversos preceitos humanos que só podem ser fazer férteis ante um regime de liberdade. Um governo que não segue os preceitos de liberdade faz com que seja suprimida a inteligência humana, bem como, sua participação na política. Afinal, quanto mais a sociedade e o governo intervirem na vida alheia, mais suprimido será o conhecimento humano. Além disso, quanto mais “a esfera de ação dos seres humanos é artificialmente circunscrita, seus sentimentos são estreitados e diminuídos na mesma proporção” (MILL, 1981, p. 28). E mais,

Uma condição inerente aos assuntos humanos é a de que nenhuma intenção, por mais sincera que seja, de proteger os interesses dos outros pode tornar seguro ou salutar amarrar-lhes as mãos. Ainda mais obviamente verdadeiro é o fato de que apenas por suas próprias mãos podem as pessoas promover melhorias positivas e duráveis em suas condições de vida. (MILL, 1981, p. 33)

O que podemos pensar da referência acima é que a sociedade não deve intervir e privar o homem de fazer com suas próprias mãos as melhorias em sua vida. A sociedade pode aconselhar e dizer o que é o melhor. Porém, fica a cargo de cada indivíduo fazer o que acha melhor para si mesmo. Complementando essa ideia, Gan (*apud* MILL, 2015, p. 302) sustenta que “as faculdades humanas da percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental e até mesmo da preferência moral exercem-se apenas quando se faz uma escolha”, ou seja, as faculdades humanas só são exercitadas quando se fazem escolhas. Ora, a sociedade ou o governo interferindo naquilo que acha ser melhor para cada ser humano, acaba privando-o de um exercício que todo o homem deve possuir que é o da escolha.

3.4 A LIBERDADE COMO BASE PARA A OBTENÇÃO DA FELICIDADE

Há de se inferir que a maximização da liberdade pode ir na via contrária à máxima felicidade ao maior número de indivíduos. Afinal, uma preza pela individualidade e pela não opressão do Estado e da sociedade ante as minorias, e a outra pelo interesse coletivo e pelo “maior bem para o maior número de pessoas”.

O que há de se pensar é que, como fora mostrado no capítulo I, a partir de Mill houve uma reformulação do Utilitarismo com críticas ao benthanismo. Ressaltando os pontos em

que o inglês critica seu mestre, podemos pensar que são três: 1) a elitização dos prazeres intelectuais; 2) cultivo das virtudes e do bom caráter para formação humana; 3) crítica à natureza humana conforme Bentham pensava.

Conforme Simões (2005, p. 81) o Utilitarismo milleano se funda na ideia de que para um direito ser válido, ele deve seguir a vontade geral, deve atender aos interesses da coletividade. Para tanto, os direitos coletivos mais importantes são a *segurança*²¹ e a *liberdade*²². Entender a liberdade como um bem maior significa compreender que ela nos dá o direito de não nos deixar sufocar pela opinião pública, garantindo assim que todos tenham o direito à expressão.

Sobre tal ideia, Torres (S/D, p. 15) descreve que somente haverá felicidade se o indivíduo tiver a autonomia do pensamento e que haja liberdade para que ele possa se autodeterminar como pessoa e formar sua personalidade a partir de seus próprios julgamentos. Sobre a segurança, Torres (S/D, p. 16) comenta que é ela quem nos dá a garantia de exercício da liberdade e garante este direito aos homens. “[...] Mill admite a restrição da liberdade se uma ação causar danos aos interesses de outra pessoas. Estes interesses deveriam ser considerados como direitos, e são incluídos em uma norma jurídica onde existe um acordo social tácito sobre sua proteção²³” (TORRES, S/D, p. 17). Ou seja, todo aquele que infringir a liberdade de outrem deve ser submetido à sanção.

Infringir a liberdade significa atacar a individualidade e, assim, gerar a dor. A felicidade depende do exercício da liberdade, afinal não há como um cidadão alcançá-la sem que se exerça o pensamento, bem como a opinião. Os prazeres de caráter mais elevado pressupõem a liberdade, pois, como referimos anteriormente, um gênio (tomando aqui como exemplo) acaba suprimido, muitas vezes, pelos costumes e assim sua felicidade não pode ser alcançada.

Além do que fora dito acima, também a verdade ficará oculta caso as opiniões sejam censuradas. A felicidade, então acabará por ser suprimida, pois apenas no debate é que far-se-á o encontro da verdade²⁴. A verdade e a liberdade caminham juntas Uma depende da outra

21 Segurança pelo fato de que o Estado, bem como a sociedade, tem o dever de orientar e cuidar daqueles que necessitarem. Penso que isso seria uma maneira de assegurar a liberdade e a individualidade de cada cidadão.

22 Esta deve ser assegurada para que as pessoas estejam seguras de opressão do Estado e assim possam buscar a felicidade.

23 [...] Mill admite la restricción de la libertad si una acción daña los intereses de otra persona. Estos intereses deberían ser considerados como derechos, yá estén incluidos en una norma jurídica o haya un acuerdo social tácito sobre su protección

24 Penso eu que a obtenção da verdade seja um dos prazeres mais elevados que o ser humano pode ter.

para assim seguir o caminho pela via da felicidade.

Um dos grandes interesses da humanidade é a autonomia, onde cada indivíduo tem um caráter e uma forma de pensar.

O ensaio *On Liberty* tem como objetivo proporcionar uma regra de conduta à sociedade para proteger o interesse vital que é a autonomia [...] A autonomia é quem permite desenvolver as capacidades envolvidas nas opiniões críticas e imaginárias. As liberdades clássicas que Mill enuncia na introdução de *On Liberty* são indispensáveis para poder pensar e atuar de acordo com a própria vontade. Na doutrina de Mill a liberdade se converte em um componente necessário para a felicidade. Estas liberdades que dotam de conteúdo a autonomia são: - liberdade de pensamento [...] - liberdade de expressão [...] - liberdade de gostos e busca por fins [...] - liberdade de associação.²⁵ (TORRES, S/D, p. 17-18)

Tais liberdades citadas são a base para a obtenção da felicidade, afinal, um indivíduo que não é livre para pensar, que não é livre para se expressar, que não é livre para buscar aquilo que lhe faça bem e que não tem a livre iniciativa de associar-se em algo que não faça mal a outrem, não é capaz de ser feliz.

No que concerne ao pensamento e a expressão²⁶ podemos pensar que sem eles não há qualquer hipótese de felicidade, afinal o conhecimento, um dos prazeres mais elevados, só se constrói a partir deles. Somente a partir do livre debate que se constroem opiniões cada vez mais inteligentes, fomentando e estimulando cada vez mais o intelecto da sociedade como um todo.

Sobre a relação Estado/sociedade/indivíduo há de se inferir que, em primeiro lugar, não são todas as ações humanas que são controladas pelo poder do Estado, pois este não deve controlar ações individuais, mas tão somente ações que concernem à sociedade como um todo. Então, a garantia da felicidade coletiva depende de garantir a felicidade individual, pois não tocar na liberdade de pensamento, expressão e escolha de cada um, torna possível a felicidade como um todo.

Conforme Sther, “observando as transformações morais e políticas da metade do século XIX, Mill prediz que a maior possibilidade de escolha individual e a emancipação dos costumes resultarão numa ampla difusão do conhecimento e da educação”. (2008, p. 224-

25 El ensaio *On Liberty* tiene como objetivo proporcionar una regla de conducta a la sociedad para proteger el interés vital a la autonomía de sus miembros [...] La autonomía es la que permite desarrollar las capacidades involucradas en las elecciones críticas e imaginativas. Las libertades clásicas que Mill enuncia en la introducción de *On Liberty* son indispensables para poder pensar y actuar de acuerdo con la propia voluntad. En la doctrina de Mill la libertad se convierte en un componente necesario para la felicidad. Estas libertades que dotan de contenido a la autonomía son: - libertad de pensamiento [...] - libertad de expresión [...] - libertad de gustos y de persecución de fines [...] libertad de asociación.

26 Julgo estes como as liberdade mais importantes, afinal, se não se pode pensar não há como se expressar e se não há como se expressar não se consegue colocar em pauta os desejos nem ter iniciativas de se associar.

225). Para tal emancipação devemos ter entendimento do que realmente vem a ser os costumes, devemos conhecê-los. A importância do entendimento se aparece na hora da decisão de seguir ou não um costume. O entendimento controla os impulsos e faz com que as ações sejam conscientes. Quando as ações acabam por ser contrárias à utilidade os desejos estão descontrolados o que impacta na vida social.

Mill comenta que as pessoas são livres para o exercício de opinar. Elas devem interpretar o mundo à sua maneira ou mesmo se basear em outrem para formular seus preceitos. A vontade humana é livre para escolha daquilo que ele achar pertinente à sua vida. Existe uma gama de conhecimentos mundanos antes da existência do homem atual. Seria errôneo acreditar que podemos viver sem toda essa gama de saberes. Sobre isso Mill afirma que

Ninguém supõe que a excelência da conduta seja copiar exatamente umas às outras. Ninguém afirma que as pessoas não devam imprimir em seu modo de vida, e na condução de seus interesses, algo do seu próprio julgamento, ou de seu caráter individual. **Por outro lado, seria absurdo pretender que os homens devam viver como se a experiência jamais houvesse mostrado que um certo modo de existência ou de conduta é preferível a outro**²⁷. Ninguém nega que o povo deva ser ensinado e preparado na juventude para conhecer os resultados apurados pela experiência humana e deles se beneficiar. Mas é privilégio e condição própria do ser humano, tão logo alcance a maturidade de suas faculdades, usar e interpretar a experiência à sua maneira. (MILL, 2000, p. 89).

Sobre a forma de conduta apontaremos duas perspectivas: 1) a liberdade de questionar e pegar para si as opiniões alheias para, dessa forma, transformar a própria vida é um requisito muito importante para a libertação dos costumes, bem como, para o exercício da individualidade e libertação dos costumes; e 2) a conduta preferível que Mill descreve na parte grifada é o princípio da utilidade. Ele defende o princípio do seguinte modo:

O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade erradas conforme tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se se entende prazer e a ausência de dor; por infelicidade, dor e privação do prazer. (MILL, 2000, p. 187)

Numa sociedade guiada pelo Utilitarismo há espaço e liberdade para questionamento. Portanto, o princípio que venha a gerar a felicidade maior deve ser aquele a ser seguido. Afinal, quando há livres opiniões, debates e produção do conhecimento (que é um prazer elevado), o ser humano estará se construindo à felicidade. Temos, portanto, a equação que a liberdade é aquela que produz a felicidade, que por suas vez, tende a ser a efetivação do

27 Grifo meu.

princípio da utilidade.

Diferente de como ocorre em outras formas de liberalismo, o fundamento de legitimação do governo em Mill não reside na teoria dos direitos naturais ou do contrato social. As formas de governo são avaliadas de acordo com a capacidade que têm de permitir que cada pessoa desenvolva suas próprias capacidades em busca de uma maior felicidade. A esse critério de julgamento ele nomeia “utilidade”. (ALVES, 2011, p. 200).

Pensando dessa forma, há de se dizer que para Mill a utilidade está ligada à liberdade pelo fato de que a implementação da primeira depende da segunda. O sujeito feliz é aquele que se liberta dos costumes, que não é oprimido pelos mesmos. Insistimos na ideia de que a maior felicidade para o maior número de pessoas não significa uma opressão de muitos sobre poucos, muito pelo contrário, é essa maioria que não pode sufocar as minorias.

Uma boa conduta é aquela que gera felicidade aos homens, ao passo que uma conduta ruim é aquela que causa a dor. Partindo deste pressuposto, pode-se ver que quando uma maioria exerce poder tirânico sobre uma minoria, acaba-se por gerar infelicidade, barrar a genialidade, exercer controle excessivo na imprensa. Tudo isso acarreta preceitos ruins viciosos que geram infelicidade.

É preciso que seja a felicidade em sentido amplo, fundada no permanente interesse do homem como um ser em progresso. Aqueles interesses, afirmo, autorizam a sujeição da espontaneidade individual ao controle externo, apenas no que diz respeito àquelas ações que tenham relação com os interesses de outras pessoas (ALVES *apud* Mill, 2011, p. 201).

Conforme Mill, o desenvolvimento humano é a busca pela satisfação dos interesses do homem, ou seja, a liberdade de buscar aquilo que faz com que ele se aperfeiçoe e se torne alguém melhor, para que o ser humano busque aquilo que é de mais elevado. A liberdade do homem só pode ser privada e controlada quando atingir a liberdade de outras pessoas (como já fora dito), que impeça o outro de buscar a felicidade.

Podemos tirar dessa ideia referida acima o “princípio do dano” (ALVES, 2011, p. 202), onde só exercido poder de coerção no caso de haver danos à felicidade geral. Ações não podem ser danosas, afinal, são ações sem virtude e que não geram a felicidade. A busca pelo bem maior deve ser constante, porém, nunca deve ser de tamanho que venha a geral o mal sobre a sociedade. Certas ações devem ser controladas, bem como, alguns pensamentos e expressões em certos casos. Entretanto, Mill sustenta a necessidade de resolver esse paradoxo entre o respeito à individualidade naquelas coisas que não interferem na sociedade, compatibilizando com a vida em sociedade.

Sobre a ideia de ligação entre a felicidade e a liberdade em Mill podemos, conforme Alves, adotar duas ideias:

[...] a primeira que o indivíduo não precisa prestar contas à sociedade por suas ações²⁸, desde que elas sejam apenas de seu interesse; a segunda, que pelas ações que causem prejuízos aos interesses de outros, o indivíduo pode ser submetido a sanções, caso a sociedade entenda que a sanção seja necessária para fins protetivos²⁹. (ALVES, 2011, p. 204).

Para tanto, uma das ideias que Mill se utilizava para haver liberdade da opressão dos costumes sobre a felicidade e a liberdade do indivíduo é que deveria haver mais democracia. Assim, para evitar a destituição das ideias individuais, da liberdade de imprensa e de pensamento, para que as minorias possam estar livres da tirania de uma maioria é necessário uma democracia forte, preconizando um modelo de governo representativo. Entretanto, Mill esclarece que alguns povos estão aptos para essa forma de governo. Outros precisam ainda evoluir, uma vez que um governo deste tipo pressupõe algumas condições fundamentais, especialmente a educação, a liberdade e o aperfeiçoamento intelectual dos indivíduos e das instituições.

Esse modelo representativo de democracia proporciona ao homem o desenvolvimento como ser humano e garante o exercício de sua plena liberdade e individualidade, sem que haja interferência do Estado ou mesmo da sociedade. A democracia garante a liberdade do indivíduo.

Só ela pode educar um número suficiente de indivíduos para a independência, a resistência e a força. A disposição dos homens de impor suas próprias ideias aos demais é tão forte na opinião de Mill, que somente os restringe os desejos de poder; este poder vai crescendo; daqui, a menos que erijam novas barreiras, o poder aumentará, conduzindo a uma proliferação de 'conformistas, adúladores e hipócritas, criados por uma opinião silenciadora' e, finalmente, a uma sociedade onde a timidez haverá destruído o pensamento individual e em que os homens se limitarão a ocupar-se de questões que não impliquem em riscos. (CADEMARTORI *apud* Tocqueville, S/D, p. 14).

Há de se pensar que um pensamento democrático é aquele que se funda em respeitar as opiniões alheias sem colocá-las uma abaixo da outra, sem hierarquizar nenhum tipo de pensamento, seja ele religioso, político ou qualquer outro. Nenhum pensamento pode ser deixado de ser expressado, nenhuma ideia deve ser reprimida, pois o homem tem o direito de se expressar, desde que não hajam ofensas.

28 Esta é a ideia de que o indivíduo é feliz exercendo sua plena liberdade.

29 Aqui vê-se a ideia de que quando se interfere na felicidade alheia, gerando a privação da liberdade de outrem e assim a diminuição da felicidade, deve haver coação.

Uma democracia é aquela forma de governo que toma a vontade, e por sua vez a felicidade do povo seja atendida. Não pode haver um governo democrático privilegiando apenas uma classe dominante. A democracia tem de atender a felicidade de todo o povo, dar liberdade a todo o tipo de opinião, sem que sejam excluídas as minorias (afinal, não atender o desejo das minorias é fazer um governo elitista e antidemocrático). Para tanto, Mill apresenta o que podem ser as falsas democracias, e como ela deve ser realmente:

Uma democracia perfeitamente igual, em uma nação que a maioria numérica é composta de uma só classe, está sempre acompanhada de certos males; mas estes males são fortemente agravados pelo fato de que as democracias que existem atualmente não são iguais, mas sim sistematicamente desiguais em favor da classe dominante. Duas ideias [sic] completamente diferentes são normalmente sob o nome democracia. A ideia pura de democracia, de acordo com a sua definição, é o governo do povo inteiro, representado de maneira igual. A primeira ideia é sinônimo da igualdade de todos os cidadãos; a segunda, estranhamente confundida com a primeira, é um governo de privilégios, em nome da maioria numérica, que é praticamente a única a ter voz no Estado. Esta é a consequência [sic] inevitável da maneira pela qual se vota atualmente, com uma exclusão total das minorias. (MILL, 1981, p. 71).

Partindo da citação acima, pode-se dizer que uma democracia representativa deve atender pela felicidade de todos, pela liberdade de voz, de expressão e de pensamento para as minorias, não a exclusão das mesmas por uma tirania do maior número³⁰. A democracia é quem vai gerar a tolerância, o respeito mútuo às opiniões, tornando a sociedade algo mais heterogêneo. Assim, o debate sendo mais diverso, as opiniões livres, a imprensa livre, fazendo um cidadão feliz. Para Mill a tolerância se descreve como “o corolário de sua crença de uma maior variedade possível de indivíduos, frente à homogenização promovida pela sociedade”. (CADEMARTORI, S/D, p. 16).

A sociedade também tem que preservar a felicidade e a individualidade dos seus membros. Deve manter a liberdade das minorias para que a máxima utilitarista seja cumprida (maior felicidade e menor dor para o maior número de pessoas). Há de se entender qual é o papel de cada indivíduo que vive numa sociedade: “sustentar a própria parte de esforços e sacrifícios necessários para defender a sociedade e seus membros de danos e moléstias”. (CADEMARTORI *apud* BOBBIO, S/D, p. 18). Caso estas minorias não sejam defendidas, a felicidade e, por sua vez, o princípio da utilidade estão ameaçados.

Mill destaca que é imprescindível que os governos protejam estas liberdades. Uma sociedade só pode se compreender como uma autêntica sociedade de pessoas livres se qualquer uma destas liberdades, compreendidas dentro da categoria geral de ação,

30 Esta ideia já fora referida neste texto anteriormente.

são representadas e garantidas de forma absoluta³¹. (TORRES, p. 18).

Uma sociedade livre e autônoma significa uma sociedade que não está dominada pela opinião pública, uma sociedade que tenha opinião e imprensa livre. Para Mill uma sociedade homogenizada é um problema, afinal ela contém apenas o interesse de uma classe que cessa os direitos de voz das minorias.

Partindo do pressuposto milleano há de se enxergar que a felicidade é a finalidade de todas as ações, e que todas as outras coisas que o ser humano deseja são apenas meios para o alcance da felicidade. Mill prezava pela felicidade geral, mas para isso era necessário a felicidade de cada indivíduo. “Não se pode fornecer nenhuma razão por que a felicidade geral é desejável, exceto a de que cada pessoa deseja sua própria felicidade, na medida em que crê poder alcançá-la” (MILL, 2000, p. 232). Dessa maneira, pode-se pensar que a felicidade individual só pode ser alcançada pelo exercício da liberdade, pois, se toda a pessoa for livre, tecnicamente irá alcançar a felicidade e assim a felicidade irá ser alcançada de um modo geral. A liberdade é algo que todo homem deseja, mas como um meio para chegar à felicidade.

Aliás, sobre a ideia de liberdade e felicidade podemos pensar que se a ação do indivíduo afeta de alguma maneira a sociedade, então ele é responsável pelo ato que cometera. Caso ele não afete a felicidade alheia com suas ações, ele não necessita responder sobre tais atos. Ou seja, só se responde por um ato quando interfere na individualidade alheia. Sobre isso Mill escreve que

[...] primeiro, o indivíduo não é responsável perante a sociedade por suas ações, enquanto estas não afetarem os interesses de nenhum outro além dele mesmo [...] Segundo, o indivíduo é responsável pelas ações prejudiciais aos interesses de outros, sujeitando-se então quer à punição social, que à legal [...] (MILL, 2000, p. 143-144).

O que se pode pensar é que se uma pessoa interfere nos meios para a felicidade de outrem, é cabível certo tipo de punição, afinal, interferindo na liberdade está automaticamente interferindo na busca pela felicidade que, como fora dito, é o fim último e o que é realmente desejado pelos homens. Caberá, portanto, se pensar no fortalecimento de determinadas formas legais para atuar, intervindo nestes casos, apenas dentro do necessário.

O filósofo inglês comenta sobre diversos tipos de como a liberdade pode ser exercida.

31 “Mill destaca que es imprescindible que los gobiernos protejan estas libertades. Una sociedad solo se puede entender como auténtica sociedad de personas libres si cualquiera de estas libertades, comprendidas dentro de la categoria general de libertad de acción, son representadas y garantizadas de forma absoluta”.

É o exemplo da obtenção de um mérito de um homem e de sua felicidade às custas da privação da felicidade de outrem³². De acordo com essa ideia, podemos aqui nos referir a outros elementos da aplicação do modelo utilitarista de sociedade e de liberdade. Mill acreditava que deveria haver o livre comércio, sem a intervenção do Estado nos preços. Também deve haver a livre venda de todos os produtos sem que haja restrições, porém, o controle de vendas em alguns casos específicos. Não se pode impedir que um indivíduo compre venenos, remédios ou similares, pois é de direito individual. O que pode ser feito é um controle das substâncias, onde o comprador é identificado pelo nome por um terceiro, para que, se fosse usado para fins criminosos, houvesse intervenção do Estado. (MILL, 2000, p. 146-148).

Precauções sempre devem ser tomadas afim de garantir a felicidade da sociedade como um todo, como o Estado não interferir no comércio, fazendo com que haja a livre concorrência e, assim, baixando os preços. Também, na questão dos venenos, é viável a precaução para que não sejam cometidos crimes, o que causaria dor à população. Essas precauções são, como no caso dos venenos, um alerta que o Estado impõe através de um sistema legal e jurídico, para que não se viole a individualidade alheia.

No que tange a ideia de alertar para agir pelo bem estar, podemos usar o exemplo do jogo: os cassinos (que causam o vício e fazem um mal ao individual e social) podem ser proibidos, porém, nos casos em que impacta a vida social. Quando tais estabelecimentos estiverem alicerçados na ideia do entretenimento privado o Estado não deve intervir. Já na venda de bebida alcoólica, onde o exagero não é bem vindo, o Estado deve tomar medidas de prevenção. Assim, tais prevenções são uma garantia da felicidade do individual e do coletivo.

Mill comenta sobre a ideia de um poder despótico no cerne na família, onde o homem exerce poder total sobre a mulher, privando-a da liberdade bem como dos direitos iguais e democráticos. Da mesma forma “os filhos de um homem sejam literalmente (e não em sentido figurado) parte dele mesmo, tal o zelo da opinião pela menor interferência da lei em seu controle absoluto e exclusivo sobre eles”. (MILL, 2000, p. 159). Ambas as formas de exercício de poder sob outras pessoas (que, aliás, os homens tendem a preferir do que a própria liberdade) acabam que por gerar dor às pessoas, afinal, só se pode ter prazer quando se há liberdade. A utilidade necessita que haja exercício da individualidade para se maximize a felicidade. Os direitos iguais, tanto para o pai quanto para mãe e filhos, é algo essencial para

32 Mill usa o exemplo de passar num exame concorrido ou conseguir uma vaga em um bom emprego.

a formação de uma sociedade que siga os preceitos do Utilitarismo.

O filósofo repudia que o Estado seja detentor do aparato educacional. Acreditava que uma educação puramente estatal faria com que as pessoas se tornassem iguais, ou seja, teriam a mesma opinião e seriam moldadas pelo pensamento do Estado. Uma uniformização ruim, entretanto, Mill acreditava na necessidade de igualdade de condições. Sobre essa ideia o inglês comenta que

Tudo o que se dissolve sobre a importância da individualidade do caráter e da diversidade nas opiniões e nos modos de conduta envolve, com a mesma indizível importância, diversidade de educação. Uma educação geral promovida pelo Estado não passa de um mero artifício para moldar pessoas exatamente iguais umas às outras; e como o molde que as forjam é o poder dominante no governo [...] (MILL, 2000, p. 160-161).

Cabe aqui apresentar que a educação é o elemento fundamental e indispensável para dar base aos debates racionais e questionadores, por isso há necessidade de um povo bem educado e instruído. Assim, conforme Mill, uma educação que venha do Estado pode incorrer no erro de moldar os pensamentos, deixando o debate livre e racional extremamente limitado ao que o poder estatal pensa ser necessário.

A título de observação final deste segundo capítulo, podemos ainda tomar as seguintes premissas sobre o que concerne a ideia de liberdade como fundamental para a obtenção da felicidade na perspectiva millleana: a) Em primeiro lugar, um governo de liberdades é um governo democrático, que dá voz às minorias livrando-as de uma tirania exercida pelas majorias, ou seja, a felicidade dessas classes minoritárias depende de um regime de liberdades para que possam ter voz. Nessa questão se aplica, por exemplo, questões como as familiares, não sendo viável a privação da liberdade por um meio despótico onde o pai exerce poder máximo sobre o restante da família; b) Ainda há de se lembrar da questão da imprensa, onde ela deve ser livre para que os cidadãos fiquem atentos aos erros do governo bem como para evitar a opressão deste sobre eles; c) Também fora visto a questão de até onde vão os limites do poder exercidos pela sociedade sobre as individualidades, sustentando que elas devem apenas oferecer conselhos, mas deixar o indivíduo fazer suas escolhas; d) Também vimos que os costumes podem ser matéria opressora, e que a genialidade pode ficar ofuscada e oprimida principalmente por costumes religiosos.

Mill acreditava que a felicidade se fazia pela via da liberdade democrática, através de um modelo de governo representativo, pela liberdade de pensamento, da discussão, da igualdade, da diversidade e da aproximação da verdade e do conhecimento. Conhecimento,

aliás, é o prazer maior e que levaria ao que todo o ser humano busca, que é a felicidade. felicidade é um conceito aberto, fruto de uma ideia de natureza humana em construção, mas muito próximo a produção de uma vida de prazeres elevados (intelectuais), onde o indivíduo pode desenvolver-se em diversas direções e irradiar essa sua realização na coletividade. (instituições). Assim, o modelo utilitarista de sociedade que pressupõe a liberdade como base fundante poderia construir aquilo que podemos chamar de felicidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No intuito de esboçar um fechamento deste trabalho, podemos ainda tentar extrair algumas ideias que, apesar do debate sobre a relação entre Liberdade e Felicidade em John Stuart Mill dar uma margem enorme para reflexão e tomadas de posicionamento, visam pinçar alguns pontos fundamentais que dão um caráter de encerramento para este Trabalho de Conclusão de Curso.

Uma das primeiras considerações que podemos levantar acerca da nossa pesquisa é a de que a teoria utilitarista sofre diversas influências. Elas vem por exemplo, guardadas as devidas distinções paradigmáticas nas teorias filosóficas, de Sêneca que no âmbito das virtudes e dos prazeres, considerava que os prazeres efêmeros são aqueles que apresentam um fim rápido, e que talvez já estejam se findando quando começam. Já o bem supremo e as virtudes, que são guiados pela razão, são eternos e imutáveis. Portanto, uma vida que segue as regras da utilidade volta-se a praticar atos virtuosos.

Ainda cabe aqui mencionar as influências epicuristas, as quais podemos perceber na defesa de ambas as teorias, de que os prazeres momentâneos podem trazer dores futuras. O verdadeiro prazer que traz a suprema felicidade, é aquele que causa uma boa sensação a partir do conhecimento, da reflexão e pelo amor à sabedoria. Nas palavras de Epicuro (1985, p. 57) podemos extrair e sinalizar como o filósofo antigo concebia a ideia dos prazeres:

E como o prazer é o primeiro e inato bem, é igualmente por esse motivo que não escolhemos qualquer prazer; antes, pomos de lado muitos prazeres quando, como resultado deles, sofremos maiores pesares; e igualmente preferimos muitas dores aos prazeres quando, depois de longamente havermos suportado as dores, gozamos de prazeres maiores. Por conseguinte, cada um dos prazeres possui por natureza um bem próprio, mas não deve escolher-se cada um deles [...]

O autor moderno Mill, por sua vez, descreve que é de maior valor adotar uma perspectiva de insatisfação com os prazeres fugazes, do que julgar-se uma pessoa feliz que ignora todo conhecimento necessário para se alcançar a felicidade. Aliás, o homem feliz, conforme o filósofo inglês, é aquele que preza por prazeres elevados e não pelos prazeres meramente corpóreos e baixos. Evidentemente, essa influência dos antigos no pensamento de Mill precisam considerar dois contextos teóricos significativamente diversos e que passam também pelas considerações de Jeremy Bentham.

Ainda é fundamental sinalizar que Mill é filho e descendente do pensamento de tradição empirista inglesa que tem como principais autores: Francis Bacon, John Locke,

David Hume, Adam Smith. Autores caros para os principais pais intelectuais de nosso autor, a saber, James Mill e Jeremy Bentham. Desnecessário considerar a enorme dívida teórica de Mill com relação a estes dois últimos, no entanto, é fundamental considerar que John Stuart Mill procurou reformular e reconsiderar vários pontos da teoria utilitarista, especialmente de Jeremy Bentham. A “virada” que a concepção benthaniana sofreu foi exatamente pelo fato que os prazeres, qualquer um que fosse, não seriam mais considerados a base para obtenção da felicidade, a concepção hedonista, como já nos atemos muito neste texto, foi abandonada por Mill que deu lugar à ideia de que deveríamos cultivar prazeres que nos levem a ter uma vida virtuosa.

Nesta direção de distinção entre os autores há de se mencionar também da crítica que Mill, assim como Bentham, faz à ideia moral kantiana, onde a intenção da ação já não é mais o parâmetro para estabelecer um critério certo e definitivo para as ações humanas. A validade moral da atitude é avaliada a partir daquilo que ela gerou, da sua consequência, ou seja, se maximizou a felicidade e diminuiu a dor ela é moralmente correta.

Evidentemente esse é um tema muito interessante e fundamental na discussão das principais correntes da ética normativa na filosofia. Temos: a) a Ética das Virtudes; b) a Ética Deontológica ou do Dever; c) e a Ética Utilitarista ou das Consequências. Nos textos estudados para este trabalho percebemos que Mill se ocupa mais com a penúltima corrente, representada principalmente por Immanuel Kant, mais o sentido de defender o utilitarismo das críticas e de demonstrar os problemas da Ética do Dever. A tese central, citada e trazida de modo geral aqui, procurava demonstrar que a Ética Deontológica de Kant acreditava erroneamente na razão e em um caráter metafísico para dar valor moral às ações, enquanto o inglês pensava ser a consequência aquela que caracterizava a ação como justa ou injusta.

No que tange à questão do Utilitarismo, há de se pensar que, conforme o filósofo, não há como fazer justiça sem utilidade, não há como o ser humano chegar à Felicidade se não guiar sua vida pelo princípio que maximiza a Felicidade aumentando o prazer e diminuindo a dor individual e coletivamente. Todas as ações devem minimizar a dor e, portanto justas. Sendo assim, toda a ação justa segue o Utilitarismo. A justiça é possível quando a legislação e as instituições conseguem centrar seus princípios e ações nessa direção

Para que o princípio da utilidade seja alcançado, necessariamente deve haver Liberdade, e é este o ponto central da conclusão do presente trabalho. As liberdades individuais são a base para a conquista de um povo feliz, o desenvolvimento da

individualidade e genialidade que vai se irradiar na coletividade e nas instituições. Elas são a base para a maximização da Felicidade, que a tradição Utilitarista preza. Para tanto, Mill opera com um conceito prático, objetivo e não metafísico de Liberdade que se concretiza nas ações das pessoas, governos, leis e instituições.

Como vimos no decorrer do trabalho, sem Liberdade não há como obter a Felicidade. São as garantias de Liberdade que a sociedade e o Estado dão aos indivíduos que fazem com que eles sejam felizes. Seguindo as ideias millianas, não há como uma pessoa com genialidade ou que pensa diferente da grande maioria ser feliz se não há voz para todos. Os indivíduos só conseguem ser felizes quando suas liberdades são amplas.

Vale aqui ressaltar que a sociedade não tem o direito de calar a opinião alheia, a não ser que esta seja ofensiva, pois caso alguém interfira na individualidade de outrem está suscetível à punição. O que se pode perceber, especialmente na obra *Da Liberdade* é que Mill é um liberal clássico e profundo defensor das liberdades individuais. Ele acreditava que elas eram intocáveis e que nenhuma pessoa poderia infringi-las por nenhum motivo, exceto quando prejudicar a outrem e a coletividade.

O filósofo inglês também era defensor da democracia, porém, em alguns casos³³ ele acreditava que um povo não estaria apto para viver em uma democracia por não estar intelectualmente pronto para um governo representativo que fazia questão de defender com bastante ênfase. Somente aqueles povos que cultivaram e continuam cultivando os prazeres intelectuais que poderiam viver sob um regime representativo, ou seja, só o povo que segue o princípio da utilidade.

Partindo da ideia acima, podemos inferir que a Felicidade se maximiza a partir da democracia. Para haver Felicidade também é necessária a Liberdade, logo para haver democracia é preciso Liberdade. Os conceitos de *felicidade*, *liberdade* e *democracia* estão interligados. Entretanto, é necessário pontuar que apesar de estes serem conceitos metafísicos, o utilitarista necessita dar-lhe algum conteúdo. Mill faz isto de modo a demonstrar através de exemplos o que eles poderiam significar, mas sabe do paradoxo dessa tentativa. Desse modo, as vezes Mill procura navegar nesse paradoxo, também deixando esses conceitos em aberto, como um horizonte de busca e possibilidades. Felicidades, diferentemente do conceito fixo de Bentham, em Mill ela soa mais como a realização dos próprios sonhos, individualmente e coletivamente.

33 Ver: Considerações Sobre o Governo Representativo.

Outros desdobramentos dos conceitos de Utilidade e Liberdade em Mill podem ser percebidos na sua aplicação para o âmbito da educação, na economia, na religião, etc. O inglês acreditava que uma sociedade feliz é uma sociedade livre, uma sociedade democrática, com boas instituições, o controle dos governos pela liberdade de expressão e imprensa. Para tanto, sendo que o povo feliz é livre, podemos pensar que a felicidade está em seguir o princípio da utilidade para que assim os indivíduos possam viver livremente, também através de boas legislações e a descentralização da educação e economia para além do Estado, através de boas iniciativas individuais.

Partindo deste pressuposto, este trabalho centrado nas obras *Utilitarismo* e *Da Liberdade* de John Stuart Mill procurou demonstrar que não há uma contraposição, mas uma complementariedade entre elas. Seu Liberalismo é a base para as ideias expostas no Utilitarismo. Portanto, Liberdade e Utilitarismo são fundamentais para entender por quais caminhos o indivíduo e a sociedade deve trilhar para almejar a Felicidade, assim como, para identificar em que aspectos a sociedade ainda precisava caminhar com vistas a tal objetivo.

REFERÊNCIAS

BAVARESCO, ARGEMIR, SANTOS, JOÃO VITOR FREITAS de & KONZEN, PAULO ROBERTO. **Princípio da Utilidade e Liberdade de Expressão e de Informação, em Sobre a Liberdade, J. S. Mill.** Ágora Filosófica, n. 1, jan/jun, 2012.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**, in Coleção os Pensadores, Bentham e John Stuart Mill. Tradução de Luiz João Braúna. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

BEZERRA, David Araújo. **Diferenças e Semelhanças Entre os Conceitos de Felicidade em Epicuro e Sêneca.** Tese de Doutorado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas. São Paulo, 2012.

BRITO, José de Souza. **É o Princípio da Utilidade Racional.** Télos, vol. I, nº 1, 1992. p. 55-72.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. **Pensamento Liberal e Pensamento Democrático: John Stuart Mill.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14892-14893-1-PB.pdf>> Acesso em 10 de Maio de 2016.

DALL' AGNOL, Darlei. **Utilitarismo Kantiano?** 2001. Disponível em <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Artigos/utilitarismo.pdf> Acesso em 11 de maio de 2016.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. **As Diferenças Entre os Conceitos de Moral no Utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill:** A moralidade derivada das respectivas noções de natureza humana, in Revista de Filosofia Princípios. Natal, 2012.

_____. **A Ampliação do Espaço da Moral no Utilitarismo de John Stuart Mill:** Uma comparação com a moral do Utilitarismo de

Bentham. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, 2011.

EPICURO. Antologia de Textos in **Coleção os Pensadores**: Epicuro, Lucrecio, Cícero, Sêneca e Marco Aurélio. Traduções de Agostinho da Silva, Amador Cisneiros, Giulio Davide Leoni e Jaime Bruna. 3ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

FERNANDES, Jussara Valente. **Defesas e Contradições no Argumento de John Stuart Mill Sobre Liberdade e Pluralismo**. I Colóquio Direito e Estado: “Direito, Estado e Terror”. 08 de Maio de 2005.

GALVÃO, Pedro. **A Teoria Utilitarista de J. S. Mill**: Uma caracterização. Trólei Revista de Filosofia Moral e Política, Universidade de Lisboa, 2003.

GAN, André Ricardo. **Aspectos de Uma Liberdade Utilitarista em J. S. Mill** in Coleção XVI Encontro da ANPOF – Ética e Filosofia Política. São Paulo, 2015.

GUTMANN, Amy. **The Disharmony of Democracy**. In Chapman, J. & Shapiro, I. *Democratic Community* (Nomos XXXV). New York, New York University Press, 1993. Tradução de Álvaro de Vita.

HERRERO, Francisco Javier. **A Ética de Kant**. Revista Síntese, Belo Horizonte, 2001.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. Baurú. SP: EDIPRO, 2003.

MILL, John Stuart. **Considerações Sobre o Governo Representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio de L. Santos Jr. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Capítulos sobre o Socialismo**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2001.

MIRANDA, Marcos Vinícius Fernandes. **Do Vício à Virtude**: Uma proposta educativa em Sêneca. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Maringá. Maringá, PR, 2008.

MUGLAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus, 2003.

SANTO AGOSTINHO. **O Livre Arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

SÊNECA. Da Felicidade in: **Da Felicidade seguido de Da Vida Retirada**. Tradução de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre, RS: L&PM, 2012.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **Utilidade e Liberdade em John Stuart Mill**. Enfoques, nº 1, 2005.

TORRES, Marta Bisbal. **La Libertad de Expresión em la Filosofia de John Stuart Mill**. Universidade de Lleida.

WELP, João Pedro Fett. **Liberdade de Expressão Sob a Ótica de John Stuart Mill**: estudo do caso Ellwagner. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

16/08/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AGTE.(S) : CARMEM MELLO DE AQUINO NETTA REPRESENTADA
POR ELIZABETH ALVES CABRAL
ADV.(A/S) : NOÉ ALEXANDRE DE MELO
AGDO.(A/S) : EDSON VANDER DE SOUZA
ADV.(A/S) : EDITH CRISTINA ALVES DEMIAN
AGDO.(A/S) : INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG
ADV.(A/S) : ALEXANDRE VALADARES PASSOS

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOCTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.

- Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por

motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.

- O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

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

- Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA.

- O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.

- O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina.

- O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cujas ocorrências possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

- Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.

- A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

- Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação

constitucional), **desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra** eventuais excessos (ou omissões) da maioria, **eis que ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo os grupos majoritários**, à autoridade hierárquico-normativa **e** aos princípios superiores **consagrados** na Lei Fundamental do Estado. **Precedentes. Doutrina.**

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. **Participou** deste julgamento o Senhor Ministro Luiz Fux, **convocado** (RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 16 de agosto de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: EDH - ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GGB - GRUPO GAY DA BAHIA
ADV.(A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA
AM. CURIAE.	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	: EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-UFMG
AM. CURIAE.	: CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CENTRO DE REFERÊNCIA GLBT
AM. CURIAE.	: CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL - CELLOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS - ASSTRAV
ADV.(A/S)	: RODOLFO COMPART DE MORAES
AM. CURIAE.	: GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL
ADV.(A/S)	: THIAGO BOTTINO DO AMARAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT
ADV.(A/S)	: CAPRICE CAMARGO JACEWICZ
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

ADPF 132 / RJ

AM. CURIAE.	:SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
Adv.(A/s)	:EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO
Adv.(A/s)	:FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/s)
AM. CURIAE.	:CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
Adv.(A/s)	:FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/s)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
Adv.(A/s)	:RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/s)

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem

ADPF 132 / RJ

de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma

ADPF 132 / RJ

autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica

ADPF 132 / RJ

com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento

ADPF 132 / RJ

de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

04/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE.	: EDH - ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: GGB - GRUPO GAY DA BAHIA

ADPF 132 / RJ

ADV.(A/S)	:ELOISA MACHADO DE ALMEIDA
AM. CURIAE.	:ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	:EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA
AM. CURIAE.	:GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-UFG
AM. CURIAE.	:CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CENTRO DE REFERÊNCIA GLBTTT
AM. CURIAE.	:CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO

ADPF 132 / RJ

	SEXUAL - CELLOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS - ASSTRAV
ADV.(A/S)	: RODOLFO COMPART DE MORAES
AM. CURIAE.	: GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL
ADV.(A/S)	: THIAGO BOTTINO DO AMARAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT
ADV.(A/S)	: CAPRICE CAMARGO JACEWICZ
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
AM. CURIAE.	: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ADV.(A/S)	: EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	: FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/S)	: RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta:

I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V

ADPF 132 / RJ

do art. 19¹ e aos incisos I a X do art. 33², todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;

II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

2. Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente

1 Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

2 Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

ADPF 132 / RJ

reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no caput do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui *“fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros”*. Cabendo lembrar que o *“papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos”*.

3. Avança o arguente para invocar sua condição de legítimo representante de toda a sociedade fluminense, o que incorpora a parcela daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem/mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos do Estado. Daí sua legitimidade para a propositura da presente ADPF, pois nítida é a pertinência temática entre o cargo exercido pelo autor e o objeto da presente discussão. Até porque – alega o acionante – há numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos alusivos a servidores estaduais homoafetivos, mormente no que tange às *“licenças por motivo de doença de ‘pessoa’ da família ou para acompanhamento de ‘cônjuge’, bem como sobre previdência e assistência social”*. Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, *“trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais”*.

4. Já no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiologia constitucional para daí desatar proposições que passo a revelar por modo sintético:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

ADPF 132 / RJ

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

5. Por outra volta, o acionante postula a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Desde que, tanto numa quanto noutra tipologia de união sexual, tome corpo uma convivência tão contínua quanto pública e nitidamente direcionada para a formação de uma autônoma unidade doméstica (ou entidade familiar, se se preferir). Pelo que é de incidir para qualquer das duas modalidades de união o disposto no Art. 1.723 do Código Civil (*“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*).

6. Assim equacionando o tema de Direito que submete ao exame deste Excelso Tribunal, o arguente pede que se declare, em sede liminar, a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requer a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. **No mérito**, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Subsidiariamente, para a hipótese de não

ADPF 132 / RJ

cabimento desta ADPF, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação “conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

7. Continuo neste relato do processo para consignar que foram solicitadas as informações aos argüidos (Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados). Informações que, prestadas, comportam o seguinte esquema de sintetização:

I – **Tribunais de Justiça Estaduais**. Os Tribunais que se dignaram prestar informações acerca das ações em trâmite no seu espaço de jurisdição destacaram suas posições majoritárias: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: **Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná** (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie); b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: **Distrito Federal e Santa Catarina**. Mais: O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pela vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entende, portanto, incabível a ADPF. Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ele foi noticiado que as uniões homoafetivas (entendidas como “parcerias civis”) são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato),

ADPF 132 / RJ

situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima);

II - Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Esse Poder Estatal, ao se manifestar sobre o tema, dá conta do pleno vigor da Lei Estadual 5.034/2007. Lei que dispõe sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses. O que implica reconhecer a impossibilidade de se lhe imputar prática de qualquer ato lesivo a preceito fundamental;

III - Advocacia-Geral da União: Manifestou-se (fls. 824/844) na forma a seguir ementada:

“Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição [somente dos dispositivos do Decreto-lei estadual nº 200/75], a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família.”;

IV - Procuradoria-Geral da República. Pela sua Vice Procuradora-Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a PGR posicionou-se pela declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da

ADPF 132 / RJ

união entre pessoas do mesmo sexo. Contanto que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Eis o resumo do parecer em causa (fls. 848/893):

“a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;

b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível *in casu* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, §3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual;

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de

ADPF 132 / RJ

exclusão, na contramão da sua teleologia.

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, §3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia.”

8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.

9. Ajunto que, em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja “*coincidência total ou parcial de objetos*” (art. 77-B RI/STF), foi a mim distribuída a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Pelo que passo a relatá-la de forma conjunta, para julgamento igualmente conjugado. Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: “a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis

ADPF 132 / RJ

estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.” Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.

10. Pois bem, originariamente autuada como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 178), esta ação objetiva foi examinada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal. Ministro que deu pela indeterminação do objeto da causa, para conhecer o processo como ação direta de inconstitucionalidade. E o fez por entender que a ação tem por objeto a interpretação “conforme a Constituição” do art. 1723 do Código Civil, o que levou Sua Excelência a aplicar, ao caso, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

11. Prestadas as informações pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República ratificaram as posições já retratadas neste relatório quanto ao tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas.

12. À derradeira, registro que, também nesta última ação de controle abstrato de constitucionalidade, diversas entidades requereram seu ingresso na causa como *amicus curiae*.

É o Relatório.

04/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator).

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o **descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

15. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara “*à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes*”¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao

1 Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos

ADPF 132 / RJ

gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: *“aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”*. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

16. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF nº132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva.** Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

17. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI nº 4.277,** versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI.** Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim

diferentes.”

ADPF 132 / RJ

vernacularmente posto: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção.** Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

18. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”.** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

“(…)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99” (ADPF-QO 72,

ADPF 132 / RJ

Min. Relatora Ellen Gracie)”.
“Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da

República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.” (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.”

19. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade**. Requisito que se constitui em *“verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente”* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *“posição mais abrangente”* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127

ADPF 132 / RJ

da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência.**

20. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *“União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *“Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)*”.

22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos

ADPF 132 / RJ

dicionários da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”². Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u’a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz –, **“quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”**³.

23. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu**

2 “Homoafetividade. 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1.105).

3 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF.

ADPF 132 / RJ

art. 3º⁴. O artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

24. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica**. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

26. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais

4 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;”

ADPF 132 / RJ

adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

27. Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana

ADPF 132 / RJ

fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Onde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”.

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. **O órgão a tomar o nome do ser em**

ADPF 132 / RJ

que anatomicamente incrustado. Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas.** “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas “fisiológicas” de todo indivíduo.

30. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa,** segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula

ADPF 132 / RJ

verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresse, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparelhado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁵. O que também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato

5 Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “ A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais.”

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “ Os Estados-membros são incitados a adotar 'políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Européia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo”

6 “Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

ADPF 132 / RJ

Grosso⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

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

(...)

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.”

7 “Art. 10 – O Estado do Mato grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição.”

ADPF 132 / RJ

teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que **“A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”**. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva**. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo

ADPF 132 / RJ

sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

35. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se**

8 “Art. 1º – Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”

ADPF 132 / RJ

tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. 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).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

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

ADPF 132 / RJ

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

38. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim**

ADPF 132 / RJ

como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

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. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução “bruta flor do querer”. E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

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

ADPF 132 / RJ

CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um*;**

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer**

ADPF 132 / RJ

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

39. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

40. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (caput do ar. 226).** Em seqüência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os

ADPF 132 / RJ

dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “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” (§7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227).

41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico).**

ADPF 132 / RJ

Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra

ADPF 132 / RJ

forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”,** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

43. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque

ADPF 132 / RJ

especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

44. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

45. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania,

ADPF 132 / RJ

da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”;

II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritados, no original).

46. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o

ADPF 132 / RJ

Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

47. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.** Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as

ADPF 132 / RJ

mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora

ADPF 132 / RJ

mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁹ e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redunda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova

9 “Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

(...)”

ADPF 132 / RJ

modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Donde a necessidade de se aclarar:

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”;

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência

ADPF 132 / RJ

patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.** Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...**;

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é**

ADPF 132 / RJ

idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea *b* do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), “entidades sindicais” (alínea *c* do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100 cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é

ADPF 132 / RJ

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

III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao*

ADPF 132 / RJ

túmulo com ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.**

49. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

50. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE.: EDH - ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

AM. CURIAE.: GGB - GRUPO GAY DA BAHIA

ADV.(A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA

AM. CURIAE.: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S): EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

AM. CURIAE.: GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-UFGAM. CURIAE.: CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS LÉSBICAS BISSEXUAIS
TRAVESTIS TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS -
CENTRO DE REFERÊNCIA GLBT

AM. CURIAE.: CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL - CELLOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS
- ASSTRAV

ADV.(A/S): RODOLFO COMPART DE MORAES

AM. CURIAE.: GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL

ADV.(A/S): THIAGO BOTTINO DO AMARAL

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS LÉSBICAS BISSEXUAIS
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S): CAPRICE CAMARGO JACEWICZ

AM. CURIAE.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

AM. CURIAE.: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP

ADV.(A/S): EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV.(A/S): FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS

ADV.(A/S): RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/S)

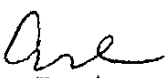


Supremo Tribunal Federal

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


 Luiz Tomimatsu
 Secretário

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

VOTO**O Senhor Ministro Luiz Fux:**

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONEXA. UNIÃO HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (ART. 226, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). ART. 19, INCISOS II E V, E O ART. 33, INCISOS I A X E PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO DECRETO-LEI N.º 220/75, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÕES JUDICIAIS DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, ESPECIALMENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECEBIMENTO DA ADPF COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM APRECIÇÃO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO. GOVERNADOR DO ESTADO: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO. DEVER DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. GARANTIA INSTITUCIONAL DA FAMÍLIA (ART. 226, CAPUT). CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR. IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA

ADPF 132 / RJ

HUMANA, NA VERTENTE DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL. DIREITOS DE PERSONALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA: PREVISIBILIDADE E CERTEZA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE INDIVÍDUOS DO MESMO SEXO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.
2. O Governador do Estado atende o requisito da pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.
3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.
4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.
5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser

ADPF 132 / RJ

interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

7. Pedidos julgados procedentes.

Primeiramente, registro que acompanho o eminente Ministro Relator, no que concerne ao recebimento da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, apreciando-lhe, portanto, o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição e, assim, reconhecendo a identidade entre este pedido e aquele deduzido na ADI 4.277, julgada na mesma assentada.

Cumpre, pois, passar ao exame da pertinência temática, necessária ao ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público. Como se verá, será plenamente possível identificar a pertinência temática no caso em apreço.

Postula o Arguente a *interpretação conforme a Constituição* do art. 1.723 do Código Civil vigente (*“É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*), para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo. Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos **deveres de proteção**

ADPF 132 / RJ

(*Schutzpflichten*), relevante conseqüência da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*.

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os *direitos fundamentais* não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este últimas ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de DANIEL SARMENTO (*A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII – *Direitos Fundamentais*: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na *"mais-valia" jurídica* a que se refere JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que dispõem de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No oportuno magistério de INGO SARLET (ob. Cit., p. 148-149),

ADPF 132 / RJ

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]

Por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por ROBERT ALEXY (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 e seguintes), segundo a qual são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, os direitos fundamentais também importam parâmetros para a criação e constituição de organizações e instituições estatais e para o procedimento. Em outras palavras, os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais *lato sensu*, também se reconhecem *direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento*.

Esse também é o escólio de VIEIRA DE ANDRADE (ob. cit., p. 147-148),

ADPF 132 / RJ

para quem há situações em que os direitos fundamentais podem ser afetados por um procedimento, em particular por um procedimento administrativo ou judicial. Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidoras desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou a sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Prossiga-se no raciocínio. O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.

Acolha-se, destarte, a proposta de FELIPE DERBLI (O papel do Estado-membro no controle abstrato de constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, v. , p. 133-154), para reconhecer que é missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público – *in casu*, do Poder Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor, *verbis*:

[...] os *objetivos fundamentais da República*, previstos nos quatro incisos do já mencionado art. 3.º, dizem respeito à **atuação do Poder Público** na construção e na manutenção das liberdades fundamentais e na **busca inescusável e ininterrupta**

ADPF 132 / RJ

de níveis minimamente aceitáveis de igualdade material, justiça social e **solidariedade entre os indivíduos**. Ora, é inevitável a conclusão de que *está entre as finalidades do Estado Brasileiro, pelo menos implicitamente, a promoção dos direitos fundamentais, tarefa essa que incumbe a todos os entes da Federação, dentro dos limites de suas competências*. E nem poderia ser de outra forma – afinal, a própria gênese do constitucionalismo associa-se à organização e racionalização do poder político para proteção dos direitos fundamentais.

Pois bem. Como visto acima, a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público **não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus deveres de proteção**, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou de uma coletividade por terceiros. Cumpre ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, se o Poder Público pode obstar à violação de direitos fundamentais por particulares ou por Estados estrangeiros, **não parece haver qualquer impedimento a que um Estado-membro aja positivamente para proteger seus cidadãos da violação de direitos fundamentais perpetrada por outro ente da Federação, seja a União, outros Estados-membros ou Municípios**.

No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, idôneos a autorizar o manejo da ADI pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Exmo. Sr. Governador. Patente, portanto, a pertinência temática para a ação em apreço.

Seria possível objetar que a pertinência temática, neste ponto, esbarraria na limitação que o Estado-membro exhibe para a defesa de direitos fundamentais, que, em princípio, seria restrita aos seus cidadãos.

ADPF 132 / RJ

No entanto, como bem assinalado no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, a questão transcende os limites territoriais daquela unidade federada, sendo certo, ademais, que se atribui eficácia *erga omnes* da decisão em fiscalização abstrata de constitucionalidade – realizando-se sobre lei nacional, terá alcance igualmente nacional.

De qualquer maneira, o ajuizamento da ADI 4277 pelo Procurador-Geral da República, legitimado universal – e, portanto, dispensado da demonstração de pertinência temática para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade dos atos do Poder Público – esvazia essa discussão no caso em tela. De fato, a ADI 4277, admitida como sucedâneo da ADPF 178 e apensada à presente ação, tem pedido idêntico: a interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil, de modo a que seja o mesmo aplicável, com os respectivos consectários, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Os efeitos práticos de uma procedência de pedidos serão os mesmos numa e noutra.

Portanto, resta igualmente atendido o requisito da pertinência temática. É de se passar ao exame de mérito.

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma

ADPF 132 / RJ

sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas *escolhessem* voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que **um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é**. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: **a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença**.

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do *Censo 2010* do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), **atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas**. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões **homoafetivas**, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de “ato jurídico

ADPF 132 / RJ

inexistente”, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de “ato jurídico inexistente”, o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi ius* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

A *vexata quaestio*, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que *sim*. **Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva**, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.

ADPF 132 / RJ

Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Com estas considerações, proceda-se ao exame do mérito propriamente dito, que as confirmará. É possível resumir a pretensão na seguinte fórmula: **postula-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, do modo a gozar do mesmo reconhecimento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher.** Pede-se vênica, aqui, para que se discorra sobre dois conceitos fundamentais para a compreensão do caso: *família* e *reconhecimento*.

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a *família*, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma *garantia institucional*, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 *funcionalizou* o conceito jurídico de família, como se vê na lição de GUSTAVO TEPEDINO (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398), *verbis*:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela

ADPF 132 / RJ

essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...]

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como *instrumento* de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, **não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.**

O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual

ADPF 132 / RJ

modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, *v.g.*, o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.

Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados?

A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-

ADPF 132 / RJ

se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.**

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico.** Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** (“[...]a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, **raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são **iguais** perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, [...]”).

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito.** É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por RONALD DWORKIN (*Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

ADPF 132 / RJ

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês)

Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. [...]

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar

ADPF 132 / RJ

de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125):

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol)

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem

ADPF 132 / RJ

unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da *personalidade* do indivíduo, que, nas lições do já referido GUSTAVO TEPEDINO (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In *Temas de Direito Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48), identifica-se com o conceito de *capacidade jurídica – autonomia*, portanto – e serve de raiz aos **direitos da personalidade**, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição.

O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norteamericana NANCY FRASER (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167) denomina “*política do reconhecimento*”, em que “[...] o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da

ADPF 132 / RJ

diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]”. Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

[...] Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de status. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. [...] (ob. cit., p. 173)

A percepção é correta. Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das

ADPF 132 / RJ

relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.

A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Para além da ciência do direito norteamericano, há também manifestações contemporâneas de igual jaez na Europa. Em sua tese de doutoramento (*Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 115), MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ, debruçando-se sobre a então recente Lei 13/2005, de 1º de julho, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consignou:

[...] limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do *não reconhecimento* – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de *omissão na Lei* – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No

ADPF 132 / RJ

entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição de discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual. [tradução livre do espanhol]

A questão do *reconhecimento* também toca o tema da *segurança jurídica*. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira.

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma pletora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Em particular, a

ADPF 132 / RJ

decisão na Ação Civil Pública nº 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC nº 25, de 07.06.2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

Mais recentemente, o Ministério da Previdência Social editou, em 9 de dezembro de 2010, a Portaria MPS nº 513, cujo art. 1º enuncia, em textual:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/CAT nº 1503, de 19 de julho de 2010, opinando no sentido da juridicidade da inclusão de companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do Imposto de Renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável. O mencionado Parecer foi adotado pela Receita Federal do Brasil não apenas para os fins da Declaração Anual de Ajuste do exercício de 2011, como para autorizar a retificação das declarações entregues nos últimos cinco exercícios, conforme noticiado no sítio eletrônico da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html>).

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo: no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 5.034, de 29.05.2007 e, posteriormente, a Lei n.º 5.260, de 11.06.2008; no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º 1.012, de 05.07.2007, que alterou o art. 147 da Lei Complementar n.º 180/78; no Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n.º 412, de 26 de junho de 2008; no Estado da Paraíba, a Lei n.º 7.517, de 30.12.2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei

ADPF 132 / RJ

Complementar n.º 308, de 25 de outubro de 2005, e assim por diante. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23), *verbis*:

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. [...]

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. [...]

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou as leis acima

ADPF 132 / RJ

mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores, a união homoafetiva.

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

É importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicidadas nestes autos (Pet 1.984, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 10.02.2003 e ADI 3.300, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03.02.2006).

Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*. Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena

ADPF 132 / RJ

publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.

É por essas tantas razões que voto pela **procedência** dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme a Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

ADITAMENTO AOVOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, principalmente os que assumiram, ontem, à tribuna, eu havia preparado, aqui, um voto bastante longo, principalmente pela responsabilidade que se me impõe o Regimento de votar imediatamente seguinte ao Relator.

Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênias a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra "Nós, os juízes", afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, em regra, com a razão. Mas também costumo dizer que, por debaixo da nossa toga - não é Ministro Ayres? - também bate o coração de um homem.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo.

De sorte que vou me permitir fazer uma digressão sobre todos os pontos que foram aqui abordados, mas seguindo aquele ambiente que

ADPF 132 / RJ

norteou o julgamento de ontem e trazendo os aspectos pontuais que são necessários à solução do litígio.

Quando assumi a cadeira do Supremo Tribunal Federal, um dos dados que sempre a imprensa procurou destacar é que eu fora Magistrado de carreira, Juiz de carreira. Isso, talvez, fosse importante para a classe, não sei, mas isso era uma tônica constante.

E esse julgamento de ontem me impôs um mergulho no meu passado, porquanto, como Juiz de carreira, eu poucas vezes frequentei um juízo de família. Eu trabalhei mais no juízo cível e, paradoxalmente, no Superior Tribunal de Justiça, durante dez anos, funcionei na Seção de Direito Público.

Também não tivemos oportunidade de, em nenhum mandado de segurança, apreciarmos a questão que originariamente fora posta na ADPF do nosso Governador de Estado do Rio de Janeiro. Mas, nem por isso, nós deixamos de ter alguma experiência com relação a essa questão maior que é a questão da família.

E, talvez, num exemplo extremamente singular em relação ao que ontem se pôs aqui, sob o enfoque da conceituação de família, é que, na qualidade de Juiz cível, eu prestava um plantão de fim de semana, quando, então, recebi uma senhora que pretendia a obtenção de uma liminar **sui generis**. O que ela visava era poder velar o corpo daquele que fora o seu grande amor, mas que com ele não mantivera matrimônio; não era casada. Ele, inclusive, tinha parentes que visavam impedi-la de velar o corpo daquele que fora a pessoa amada durante toda a sua vida. E o amor era tão intenso, que ela abriu mão de uma família tradicionalmente constituída; abriu mão de ter filhos. Mas o grande reclamo dela era exatamente esse. Ela dizia: Sr. Juiz, esse homem foi a minha família; eu vivi em função desse homem, e ele compôs a família que eu tive.

E esse exemplo de outrora me faz, efetivamente, repensar sobre essa questão de uma equiparação de uma união homo-afetiva a uma família, porque, naquele caso específico, o núcleo central era o amor, a identidade e, sem dúvida alguma, alguns projetos de vida que eles conseguiram realizar.

ADPF 132 / RJ

Esse caso, realmente, é um caso que encerra uma questão de justiça. Agora, evidentemente, que nós, por mais experiência que tenhamos no exercício da função judicial, ainda não conseguimos encontrar um conceito, uma definição para o que é esse valor Justiça. Mas isso não nos desmerece.

Kelsen estudou a vida inteira o que era Justiça, lavrou uma obra "O Sonho da Justiça", outra obra "Ilusão da Justiça", "O Império da Justiça" e a obra que lavrou no ocaso de sua vida "O Que é a Justiça". Diz ele: O importante não é obter a resposta, senão não parar de questionar e não parar de perguntar. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça.

A Suprema Corte, mesmo antes da honra que me foi conferida de integrar esta Casa, sempre debruçou-se sobre a análise dos denominados direitos fundamentais: direito à vida, direito à locomoção, direito ao livre exercício profissional, dignidade humana. E talvez, na premissa de todos esses direitos que nós passamos a analisar, esteja o direito ora **sub judice**, o direito de ser. Tudo quanto se pede aqui é que haja jurisdição no modo de ser.

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais.

Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família?

O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de

ADPF 132 / RJ

uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem.

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, **mutatis**

ADPF 132 / RJ

mutandis, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Eu citaria - como aqui já o fez o Ministro Ayres - o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano - que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça -, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente impossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta.

Com relação ao princípio da igualdade, eu colhi duas passagens do professor Ronald Dworkin quando nos concita a uma leitura moral da Constituição - o texto denomina-se *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. E o que diz o professor Dworkin? O governo - e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que

ADPF 132 / RJ

são inerentes ao Poder Público - se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui "governo" significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução.

Diz o Professor Dworkin:

O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status, moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana - que, no caso, é a 14^a emenda.

E, numa outra obra, um pouco mais recente, "A Virtude Soberana - A Teoria e a Prática da Igualdade", o Professor Dworkin ressalta que:

Ao desafio da consideração igualitária, é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o Governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o Governo consiga atingir tal meta, não dependa de que eles sejam seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o Governo se empenhe novamente, se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.

Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais e que foi obtida, na visão de Hannah Arendt, depois de inúmeras lutas e inúmeras barricadas.

Tem-se presente que é mesmo dever do Estado lutar para que se implementem todos esses direitos fundamentais e, dentre tantos, a dignidade humana. E o que estamos fazendo aqui não é senão, à luz da dignidade da pessoa humana, implementarmos essas políticas

ADPF 132 / RJ

necessárias à consecução desses objetivos, que conspiram em prol de princípios maiores: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

Nesse particular, no "Manual de Derecho Constitucional", que conglomeram inúmeros estudos de constitucionalistas, dentre outros, Conrad Hesse, e, em caso do jurista alemão Ernst Benda, ele afirma sobre a dignidade humana que:

Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não deve se arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos ao seu império. O Estado deve respeitar o ser humano, cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se, na medida de suas possibilidades, inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, mas nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Por outro lado, numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente - daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas -, que não é senão o princípio do reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável.

E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe:

Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma "sexualidade desprezada", compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de **status**. Nessa concepção:

"(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de status social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível.

ADPF 132 / RJ

O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir."

E sob esse enfoque, ontem, aqui da tribuna, foram rememorados momentos trágicos da história da civilização brasileira onde se tratava a homossexualidade não só através da violência simbólica, mas, o que é pior, da violência física perpassada por várias gerações.

E continua, então, a professora americana:

"Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de status, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento."

Esses danos são injustiça decorrente da não obediência desse princípio do reconhecimento, ou seja, injustiças decorrentes do não reconhecimento.

Nós teríamos inúmeros outros princípios constitucionais que foram aqui já enunciados pelo Ministro Ayres Britto, e agora aqui lembrados, que justificariam a procedência desse pedido no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável. E é exatamente isso que se pede, à luz dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, que se empreenda, em relação ao artigo 1.723, uma interpretação conforme a Constituição para estender à união homoafetiva os mesmos consectários jurídicos da união estável.

E se nós analisarmos historicamente, a gradação praticamente foi a mesma nessa conquista emancipatória das mulheres e agora essa conquista emancipatória dos homoafetivos, como uma decorrência natural daquilo que está explícito, claro, que mereceria até mesmo a

ADPF 132 / RJ

interpretação literal do texto constitucional.

Se isso não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, nessa questão, não fixará nenhum marco espetacular de reescrever a história da proteção das minorias no Brasil. Os números do censo que aqui foram enunciados, por si sós, já demonstram que a união homoafetiva é um fato da vida. A união homoafetiva é uma realidade social. Tanto é realidade que já há normação secundária que permite que os parceiros homoafetivos figurem como dependentes da Previdência Social. A Receita Federal admite que eles possam ser declarados dependentes. E isso não é um fenômeno do qual nós podemos nos vangloriar. Nós sabemos que a Suprema Corte americana confere nos exemplos não diuturnos, porque eles não têm milhares de ações como nós, têm poucas ações, poucos recursos, mas a Suprema Corte americana lavra exemplos de que a chancela constitucional da união homoafetiva conspira em prol dos valores constitucionais. Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário - se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea. É que há direitos que se inferem dos princípios constitucionais, esse é um dos direitos de ver reconhecida a união homoafetiva com todos os seus consectários, tal como ocorre com a união estável. E para não ficarmos, talvez, só com o progresso norte-americano, temos exemplos belos hoje na Europa, também, desse reconhecimento, o que denota que a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução.

Trago apenas para um rápido conhecimento dos meus Colegas de Plenário que a Lei nº 13, de 1º julho de 2005, que alterou o Código Civil espanhol, consagrou, até de maneira mais enfática, a união homoafetiva.

María Martín Sánches, na sua tese de doutoramento "*Matrimonio Homosexual y Constitución*", afirma:

"... limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do não reconhecimento - como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre

ADPF 132 / RJ

peçoas do mesmo sexo - ou através da omissão na Lei - neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento - só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir" - e isso se aplica para nós, também - "nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição da discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual."

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima **ub societas ibi ius**, "onde há sociedade há o Direito". E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.

Isso me fez rememorar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida.

ADPF 132 / RJ

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, após os dois belos votos até aqui pronunciados - que eu cumprimento -, eu gostaria de, antes de iniciar, fazer uma referência aos advogados que assumiram a tribuna, em uma comprovação de que sem os advogados, como sem o Ministério Público, não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Nestas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se põe em discussão a interpretação legitimadora do art. 1723 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), o núcleo da questão a se examinar é se haveria guarida constitucional para a pretensão dos Autores, a saber, dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1723 do Código Civil, permitindo se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

1. Põe-se em questão o que preceitua o art. 1723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos:

ADPF 132 / RJ

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

2. O Ministro Relator vota no sentido de julgar procedentes as ações para dar interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também assim as julga, delimitando, contudo, ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos.

3. Também voto no sentido da procedência das ações, com as delimitações agora trazidas pelo Ministro Luiz Fux.

4. Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.

ADPF 132 / RJ

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais.

E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: *“enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível”* (Grande sertão: veredas).

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

5. O que se está aqui a analisar e discutir é porque há que se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada, afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis.

6. Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da

ADPF 132 / RJ

Constituição se contém.

Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema.

Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil.

Dispõe o art. 226 e seu parágrafo 3º:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

4. Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à

ADPF 132 / RJ

concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que *“a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de ‘hermenêutica contextual’* (SILVA, José Afonso da – *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que *“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”*.

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse

ADPF 132 / RJ

significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

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.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

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

ADPF 132 / RJ

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.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova *“o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (Art. 3º, inc. III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria

ADPF 132 / RJ

de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”.

8. É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: *“o intérprete da Constituição tem que partir da idéia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material”* (Op. cit., p. 14).

Daí porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que *“a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. Ex facto oritur jus – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?”* (Op. cit., p. 863).

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

ADPF 132 / RJ

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, *“abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”* (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.

ADPF 132 / RJ

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

11. Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO**EXPLICAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se

ADPF 132 / RJ

reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas é exatamente isso que foi enfatizado e que eu vou dizer no meu voto.

Por isso, exatamente o que o Ministro disse, é o que eu vou dizer na sequência, no meu voto, eu fiz a referência exatamente para dizer o porquê. Exatamente dentro disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agradeço a oportunidade.

05/05/2011**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, principio cumprimentando os excelentes votos do Ministro Relator, do Ministro Fux e da Ministra Cármen Lúcia. Também cumprimento as belíssimas sustentações orais que foram feitas da tribuna, assim como o pronunciamento do douto Procurador-Geral da República.

Inicio dizendo que perfilho o entendimento inicial do Ministro Britto, julgando prejudicada, em parte, a ADPF, para analisar apenas aqueles pontos relevantes e já explicitados nas duas ADI's que foram acolhidas para exame, tal como, enfim, esclarecido pelo eminente Relator, Ministro Britto.

E, no mais, passo a proferir o meu voto, que coincide, em grande parte, com o de Sua Excelência, com algumas nuances que procurarei também deixar claras.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: A pretensão que se busca materializar neste julgamento diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Princípio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada “base da sociedade”, “tem especial proteção do Estado”. Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.

De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a idéia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) Constituição de 1937: “Art. 124. *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.*”

ii) Constituição de 1946: “Art. 163. *A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.*”

iii) Constituição de 1967: “Art. 167. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.*”

iv) Emenda Constitucional 1/1969: “Art. 175. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos*” (grifos meus).

ADPF 132 / RJ

A vigente Carta Republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Min. Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

“Por esse mais largo espectro de inteligência da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil (‘O casamento é civil e gratuita a sua celebração’, conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de ‘entidade familiar’ é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como ‘união estável’ (‘Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de ‘família monoparental’, que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: ‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º).”

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

*“(...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o **tertium genus do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições***

ADPF 132 / RJ

jurídicas para tanto (grifos no original)”

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o relator, Min. Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Nessa mesma linha, o Min. Menezes Direito assentou que “*nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)*”.

Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que “*a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento*”.

Tal como o Min. Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela “*convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família*”, sempre “*entre o homem e a mulher*” (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “*entre o homem e a mulher*”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre

ADPF 132 / RJ

peçoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional – mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § º : ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei

ADPF 132 / RJ

facilitar sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolia interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - *Isso é coação moral irresistível.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Concedo a palavra ao relator.*

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - *A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.*

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - *Sr. Presidente, estou de acordo.*

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - *Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas)."*¹

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação

¹ Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p. 209.

ADPF 132 / RJ

exegetica dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juizes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de “relação homoafetiva”?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que

ADPF 132 / RJ

constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

“A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois

ADPF 132 / RJ

*momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de 'obtenção' do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente fricante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e **integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de 'decisão' (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.*

*Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao 'plano' de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autónoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (grifos no original)."*²

Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

"Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião,

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1234-1235.

ADPF 132 / RJ

*não é numerus clausus, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente".*³

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

"A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

*Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade."*⁴

3 LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009, p. 355-361.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>,

ADPF 132 / RJ

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

“(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do Estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.”⁵

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE,

acesso em 5/5/2011.

5 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei 10.406, de 10/1/2002*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.

ADPF 132 / RJ

intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.⁶

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual *“o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”*.⁷ Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de

6 <http://www.censo2010.ibge.gov.br>, acesso em 05/05/2011.

7 HESSE, Conrar. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

ADPF 132 / RJ

negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite fazer apenas uma explicitação como relator?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O caso julgado pela Primeira Turma – e reconheço que divergiu o Ministro Carlos Ayres Britto – envolvia servidor público falecido – que à época do evento morte, era casado – e a concubina. Então, no voto que proferi, estabeleci a diferença entre companheira e concubina. Apontei que, como há glosa legal relativamente à existência do concubinato, à concubina, que não é equiparada à companheira, não se teria como proceder à divisão da pensão deixada pelo servidor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência fique tranquilo que eu não tirei maiores conclusões a partir desta afirmativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Existia empecilho maior ao casamento. Havia a figura, à margem da ordem jurídica, da concubina.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É verdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele vivia, naquele caso que nós julgamos na primeira Turma, com as duas.

ADPF 132 / RJ

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Agora havia uma curiosidade ali, lembra-se, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Lembre, Ministro, os nomes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ele se chamava Valdemar do Amor Divino e ela se chamava Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O dado interessante é que, com a mulher legítima, Valdomiro teve dez filhos e, com a concubina, nove filhos. Elas pretendiam dividir a pensão.

Mas estou fazendo apenas referência a esse julgamento para termos um rastreamento histórico das discussões que travaram em torno do tema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas havia óbice à transformação da relação jurídica em casamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É por isso que a Turma decidiu que a pensão seria adjudicada apenas àquela mulher que tinha o casamento legítimo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A viúva. E o Tribunal de Justiça assentara que, como o fenômeno era muito comum na região – não mencionarei o Estado, para não me referir também ao Tribunal de Justiça, por consequência –, caberia a divisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Tribunal de Justiça local optou por uma Justiça salomônica sem maiores indagações jurídicas e constitucionais.

ADPF 132 / RJ

Continuo, então, dentro deste fito de fazer uma resenha histórica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, o mais interessante: em uma casa, havia oito filhos e na outra, nove, creio que os números eram esses.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Dez e nove, salvo engano, na recuperação que fiz da informação.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, a Corte se reúne, hoje, para decidir questão da mais elevada significância social e, principalmente, para a análise acerca da efetividade da Constituição e dos preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como **BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY**.

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e

ADPF 132 / RJ

em cada parte do mundo.

Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.

Vejamos o que diz o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sobre essa questão. De forma explícita, aparentemente nada. Existe um projeto de lei, de autoria da ex-deputada e hoje Senadora Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994.

Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica **pallette** axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há,

ADPF 132 / RJ

no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração”, tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso. Também da nossa querida Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Daniel Sarmento, um dos pioneiros no Brasil no tratamento dessa temática de que hoje nos ocupamos, em brilhante artigo, disse o seguinte:

“O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade”.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (corrodenadores). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.

ADPF 132 / RJ

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 619-660.

Como é de conhecimento geral, o Judiciário brasileiro, em seus diversos níveis, vem, paulatinamente, firmando o devido reconhecimento dos direitos decorrentes dessas uniões, invocando e adotando, por analogia, o art. 1.723 do Código Civil.

Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no

ADPF 132 / RJ

princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o relator.

É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

Gostaria também de destacar a beleza do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto e dizer da importância desta questão.

Tal como eu já tinha falado inicialmente, em aparte ao voto da Ministra Cármen Lúcia, vi com alguma preocupação a formulação deste pedido de interpretação conforme, porque em princípio, a meu ver, o texto legal não fazia nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher – tal como já foi destacado agora, de forma bastante precisa, no voto do Ministro Lewandowski –, fazendo, então, a genealogia da criação do próprio modelo jurídico que está no texto constitucional.

De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união. Então, ela está tendo esse tipo de aplicação de forma generalizada – tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio, formula-se a impugnação das próprias decisões judiciais.

ADPF 132 / RJ

E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Que é uma consequência natural do sistema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é importante que se diga.

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já

ADPF 132 / RJ

destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental, básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de *discrímen*, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidente Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar.

É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar,

ADPF 132 / RJ

realmente, de direitos fundamentais básicos. A doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir do direito de liberdade, mas é óbvio que a ideia de opção sexual está contemplada nessa ideia desse exercício de liberdade, deste autodesenvolvimento.

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação.

Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação.

De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados.

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado:

"§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

ADPF 132 / RJ

Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a primeira interpretação é exatamente...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- A primeira é essa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, por isso que eu estou problematizando.

Evidente que podemos abordar de forma diversa, até dizer que talvez aqui seja uma menção genérica, ou também – mas é necessário que se enfrente ...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Proteção da mulher, de inclusão da mulher perante o homem, inclusão social da mulher num âmbito mais estreito, doméstico, do núcleo doméstico. Afirmação da mulher no núcleo doméstico, perante o varão, para a Constituição eficazmente contrabater o nosso ranço patriarcalista. É uma das vertentes interpretativas, lançamos três vertentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite. Como a regra jurídica aplicável não integra a **causa petendi**, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao artigo 1.723 conforme a

ADPF 132 / RJ

Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos quais emergem direitos também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do artigo 226.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A Carta contempla princípios explícitos e implícitos. Se formos, como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao rol das garantias constitucionais, constataremos em bom vernáculo pedagogicamente lançado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu só acho que nós temos o dever, a obrigação de explicitar os fundamentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, a base.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A base; inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sem cláusula excludente de outra situação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos

ADPF 132 / RJ

em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Esse voluntarismo hermenêutico, nem a Supremo Corte tem o direito de...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É sempre vinculada e objetiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, como já foi feito aqui também, salvo engano, agora no voto do próprio Ministro Lewandowski, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação, uma lacuna valorativa ou axiológica. Porque, de fato, se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, que encontrem, então, seus correspectivos deveres de proteção, e a essa lacuna ou a essa não disciplina impõe-se algum tipo de solução.

ADPF 132 / RJ

E, aí, certamente nós podemos, então, ter as diversas divergências.

Eu até ressaltava, numa aula que dei na UnB, não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. Quando estudante na Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez em torno da chamada "Emenda do Divórcio". Os senhores sabem quantas pessoas, naquela época, tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional? Até por uma dessas ironias da história, o movimento era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso para a aprovação, mas não a maioria constitucional. Como veio o pacote de abril, o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional, acabou, por ironia, viabilizando a aprovação desta emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquele estado, de fato, que estava há muito consolidado. Então, essa questão, a proteção, o modelo institucional aqui é extremamente relevante, daí a mencionar esse exemplo do divórcio.

Não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Especialmente em processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sem dúvida alguma.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve foco numa situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham caráter tópico.

ADPF 132 / RJ

A decisão multicitada do TRE, de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, apenas para tornar estreme de dúvidas o convencimento à época exteriorizado? Fiquei vencido por entender que norma que restrinja algo inerente à cidadania deve ser interpretada de forma estrita. Mas não deixei de reconhecer a existência da união, mesmo em se tratando de pessoas do mesmo sexo. Esclareço, para não parecer – porque vou votar dentro em pouco – uma incongruência com o que sustentei no âmbito eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei, Ministro Fux, um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no REsp nº 148.897. Ele dizia:

"A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recria o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e

ADPF 132 / RJ

produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os eleitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante".

Então, com base nesses fundamentos, eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos.

Um outro aspecto que me parece importante de ser mencionado – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões – é que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, de quando em vez, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Então, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Eu já citei, em outro julgamento, aqui, a propósito desse tema, trabalho de Zagrebelsky no chamado "O Direito Dúctil ", no qual ele diz o seguinte:

“ As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania

ADPF 132 / RJ

estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”.

Em seguida, observa:

“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente”.

É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

"O imperativo teórico da não-contradição – válido para a scientia juris – não deveria obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”.

E ele diz, então, nessa linha:

“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde

ADPF 132 / RJ

possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do aut-aut, do 'ou dentro ou fora'. A coerência 'simples' que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do et-et e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um 'modo de pensar do possível' – é a fórmula que foi adotada pelo notável professor Peter Häberle, no chamado Pensamento do Possível – (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental 'possibilista' – diz Zagrebelsky – 'representa' para o pensamento o que a 'concordância prática' representa para a ação”.

Então, digo o seguinte:

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o Direito Constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância”(Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

Veja que isto é extremamente importante: “uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância”. Esse é um texto que Häberle tem na *Die Verfassung des Pluralismus*.

Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica

ADPF 132 / RJ

enquanto força produtiva de interpretação”(Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

E Häberle diz isso de forma muito clara:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”(Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).

Nessa linha, diz Häberle, “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”(Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Então, destaquei essa questão para resolver, à época, dois casos básicos, um aqui e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Aqui era um caso muito mais técnico, era aquela hipótese que se

ADPF 132 / RJ

colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos TRTs. A Constituição é muito clara. Diz que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas, foram compostas listas sêxtuplas desta maneira: o Presidente da República escolheu – hoje, assim chamados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então uma ADI da AMB contra essa norma, do Conselho Superior do Ministério Público. E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral – à época o Doutor Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes – e coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes; admitidos os embargos infringentes porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno, antes do advento da Lei nº 9.868, hoje não é cabível; eu trouxe, então, essas considerações para dizer que aqui era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros, até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas, ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida – ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional. Então, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível possibilista" e, também, a

ADPF 132 / RJ

possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação. E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman; na chamada Lógica Jurídica, Perelman narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

"Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis."

'A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes 'são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição', e o artigo 130 diz expressamente que 'a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.' (A. Vanwelkenhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo (...)" (Perelman, Chaïm. Lógica Jurídica, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

"Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

'Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental'".

ADPF 132 / RJ

E, aí, reproduz, então, a citação do parecer do Procurador-Geral:

"Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos".

Nessa linha, conclui Perelman:

"Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'".

ADPF 132 / RJ

Então, eu destacava outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos, Ministro Luiz Fux, o Ministério Público – artigo 68 do Código de Processo Penal – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o artigo 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que aqui havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

No Eleitoral, eu me lembro, também, que tivemos um outro caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. De que se cuidava? Pedido formulado por várias pessoas para que aqueles casos da chamada deficiência grave houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. São familiares que reclamam que determinadas pessoas estão tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral – a cada dois anos, a obrigação de comparecer ou de fazer a justificação. A leitura do artigo 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, *per analogiam*, por analogia,

ADPF 132 / RJ

poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação, pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski.

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém – claro que

ADPF 132 / RJ

trata de todo tema do matrimônio, com as modificações – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É uma Lei de julho de 2010. Confere os mesmos direitos e deveres do casamento entre heterossexuais. Lá, a possibilidade de adoção ainda é polêmica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Agora, não foi o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Concordo com Vossa Excelência que a Constituição contém normas muito claras e

ADPF 132 / RJ

direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se aqui vamos aplicar, por extensão, a norma constante do texto constitucional sobre a união estável ou vamos fazer por analogia ou de outra forma é uma discussão, porque nos resultados vamos nos aproximar de forma fundamental.

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a gente nem sempre confirma a expectativa. Mas, neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

ADPF 132 / RJ

permite?

Antes da Carta de 1988, tínhamos como direito de todo trabalhador urbano e rural a participação nos lucros. Esse preceito ficou sem regulamentação a vida inteira, mais de 40 anos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, aqui me parece ser um caso muito claro, Presidente, de proteção dos direitos fundamentais.

Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também destacado no voto do Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Já foi destacado, a partir da fala do eminente Procurador-Geral, que há no País algo em torno de sessenta mil casais declarados, um número pouco expressivo – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida, recôndita –, muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de modelo institucional, de autoconvenção, de autoproteção. A falta de institucionalidade acaba contribuindo para esse quadro.

Encerro, então, Presidente, destacando a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias ou

ADPF 132 / RJ

de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy, quando diz que o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente:

“ O princípio fundamental: 'Todo poder estatal origina-se do povo' exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, *fracassou*, mas também exige *positivamente* que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”.

Então, com essas breves considerações, Senhor Presidente – não tão

ADPF 132 / RJ

breves assim –, assentando, portanto, essas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado, e, também, de todos os votos aqui proferidos.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), *“para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”*.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Como ressaltado pelo Ministro Ayres Britto, esta ação havia sido originariamente autuada como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178, em que se apontava a lesão aos seguintes preceitos fundamentais: vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), princípio da igualdade (5º, *caput*), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e proteção à segurança jurídica.

O que se pretendia, em síntese, era *“a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”*.

No exercício da Presidência desta Corte, em julho de 2009, após determinar a emenda à inicial, despachei no presente processo para

ADPF 132 / RJ

concluir pela inépcia da inicial, em razão da inexistência de objeto específico e bem delimitado da ADPF. Contudo, recebi a petição como ação direta de inconstitucionalidade, com adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99, em virtude de pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), *“para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”*.

Em breve síntese, a argumentação contida na petição inicial é no sentido de que o reconhecimento público e estatal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, inclusive como entidade familiar, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação de discriminações, da liberdade e da segurança jurídica, assentando que a negativa de tal direito seria inconstitucional.

Para garantir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dele decorrentes, requer-se interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil a fim de que *“ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que esta se configure como ‘convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família’”*.

Assim, uma interpretação restritiva do referido dispositivo, que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição.

Ademais, está sendo levada a julgamento conjunto com esta ação direta a ADPF 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com semelhante fundamentação, sobretudo para fins de concessão de benefícios estatutários e previdenciários aos servidores públicos estaduais, em que se requer a procedência da ação para que esta Corte:

“a) interprete a legislação estadual aqui indigitada – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-lei nº 220/75 -, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;

b) declare que as decisões judiciais que negam a equiparação

ADPF 132 / RJ

jurídica referida violam preceitos fundamentais”.

Em pedido subsidiário, caso esta Corte não entenda pelo cabimento da ADPF 132, requer-se o recebimento da petição inicial como ação direta de inconstitucionalidade, *“uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-Lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1.723 do Código Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não seja interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo-se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade”.*

1 - QUESTÃO PRÉVIA

Inicialmente, acompanho a proposição do eminente Ministro Relator Ayres Britto em seu voto, no sentido de receber a ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do pedido subsidiário formulado. Ademais, tendo em vista a superveniência da Lei nº 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre os temas contidos nos pedidos relacionados aos dispositivos do Decreto-Lei 220/75 do Estado do Rio de Janeiro, também o acompanho para conhecer parcialmente da ação direta, tão somente na parte em que se requer interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, ou seja, em coincidência com o pedido formulado na ADI 4277.

2 - A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NO PRESENTE CASO E SEUS LIMITES

Em síntese, o pedido das ações é para que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que possui o seguinte texto: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar”.* A Procuradoria-Geral da República pede *“que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre*

ADPF 132 / RJ

pessoas do mesmo sexo”.

Nesse sentido, deve-se indagar, inicialmente, acerca dos limites e das possibilidades de se legitimar tal pretensão a partir do pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, nos termos em que formulado.

Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos Tribunais Constitucionais.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 82:55-6; Rp. 1.100, RTJ, 115:993 e s.). Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997). O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004).

ADPF 132 / RJ

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988).

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “*a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral*” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301).

A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana – (Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano,

ADPF 132 / RJ

do qual cito, a seguir alguns, trechos:

“La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad/ inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo”. (CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), La interpretación constitucional, Porrúa, México, 2005, en prensa.)

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em geral, tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

ADPF 132 / RJ

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, de aferição da “*lei ainda constitucional*” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004).

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, converteram-nas em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2405 -RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADI 1344 -ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996; RP 1417 -DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa

ADPF 132 / RJ

modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127).

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvendo a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADIn 1105-DF e ADIn 1127 -DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski).

Em outros vários casos mais antigos (ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127), também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* (sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004).

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

“(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos

ADPF 132 / RJ

manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos” (MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss.)

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n.º 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Rel. para o acórdão

ADPF 132 / RJ

Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991, quando restou assentado que *“é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito”*).

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Também de marcado caráter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Informativo STF n. 539, 16 a 20-3-2009).

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas, por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista de minha lavra, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial. O julgamento encontra-se pendente, em razão de pedido de vista.

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com

ADPF 132 / RJ

eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

“De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao *fenômeno mesmo* que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da lei n. 9868/99 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas *lato sensu*. Mas, mesmo

ADPF 132 / RJ

aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte?

E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica – *ontologische Differentz*) que existe entre *texto* e *norma*. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o *limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado).

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador”.

Prossegue, então, Lenio Streck, no mesmo raciocínio:

“Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário...." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que *a própria Constituição* aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por

ADPF 132 / RJ

não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões*: p.ex., a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, "a", refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja-se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os munícipes espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que *"a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais"*, etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panacéia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto*. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que

ADPF 132 / RJ

"devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, *v.g.*, o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição". (STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 3 maio 2011)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra

ADPF 132 / RJ

instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.

E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

É preciso, portanto, que nós deixemos essa questão muito clara, porque ela terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Todavia eu não diria que isso decorre do texto legal nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse seria o meu juízo neste momento – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem

ADPF 132 / RJ

como do conteúdo do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido.

Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.

É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo*, um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor.

ADPF 132 / RJ

Explicitada, portanto, a fundamentação sobre os limites e a possibilidade de interpretação conforme à Constituição no presente caso, passo a esclarecer os fundamentos que permitem concluir no sentido da legitimidade constitucional de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

3 - A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Parece-me que a questão central a ser considerada neste julgamento refere-se à legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva.

Em primeiro lugar, afirmo a importância deste debate e destaco não haver dúvida na atualidade de **ser um fato da vida** a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.

Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens.

Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa

ADPF 132 / RJ

específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.

Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Nós vimos recentemente nas últimas eleições nacionais as dificuldades por que passou a então candidata, agora Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, em torno deste assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso poderia explicar, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. É oportuno destacar, a seguir, em análise sucinta, alguns relevantes

ADPF 132 / RJ

projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias outras propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação efetiva.

3.1 - A controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso

A união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas e outros assuntos conexos não parecem ter sido simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo. Ao contrário, depois do advento da Constituição de 1988 diversos projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados sobre o assunto. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP). Trata-se do Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se propunha assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

Esse projeto de lei tratava da forma de registro civil da união, do reconhecimento daquelas não registradas, determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários aos seus servidores que comprovassem viver em união homoafetiva, a forma de rompimento da união civil, entre outras providências.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

O Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, a proibição a quaisquer disposições sobre adoção,

ADPF 132 / RJ

tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, além de disciplinar de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do regime geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão, com reflexos tributários. Previu, ainda, a possibilidade de composição de rendas entre parceiros para a aquisição da casa própria, além de reconhecer direitos de parceiros a planos de saúde e a seguros de vida.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 139/1995), que alterava os artigos 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual, e proibir a diferenciação salarial, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

Foi apresentada, posteriormente, a PEC n. 66/2003, que resgatava o teor da Proposta de Emenda Constitucional n. 139/1995, mencionada acima. Essa nova proposta foi arquivada em 31/1/2001 e desarquivada em 16/2/2011, em virtude de requerimento de autoria do Deputado Paulo Pimenta (PT/RS), de modo que se encontra em tramitação até o momento.

Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor da Proposta de Emenda à Constituição n. 70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta.

Sobre matérias conexas foram apresentados alguns projetos de lei. O PL n. 2.383/2003 foi apresentado pela Deputada Maninha e trata de estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetiva. O PL n. 6.297/2005, apresentado pelo Deputado Maurício Rands (PT/PE), visa a incluir na situação jurídica de

ADPF 132 / RJ

dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira homossexual do segurado ou segurada do INSS, bem como os companheiros ou companheiras de servidores públicos civis da União. Projeto que está em tramitação.

O PL n. 2.285/2007 (PT/BA), apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, direitos previdenciários e à herança. Este projeto tramita em conjunto com o PL n. 674/2007, proposto pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que foi objeto de Substitutivo do Deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), e vem recebendo inúmeras emendas, assim como vem sendo alvo de debates no âmbito das Comissões da Câmara dos Deputados.

O PL n. 4.508/2008, apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), tramita em conjunto com os mencionados no parágrafo acima e visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. No mesmo sentido, o PL n. 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA), cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

O PL n. 4.914/2009, de autoria conjunta de vários deputados e deputadas, entre eles José Genoíno, Fernando Gabeira, Solange Amaral, acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento. Este projeto foi apensado ao PL n. 580/2007, apresentado pelo Deputado Clodovil Hernandez (PTC/SP), e ambos foram desarquivados em 16/2/2011, de forma que tramitam regularmente.

Outra medida em debate no Congresso é o Projeto de Lei Complementar 122/2006, que criminaliza a homofobia.

Além das proposições legislativas mencionadas, há ainda outras no plano legislativo federal que versaram ou ainda versam sobre temas conexos e até mesmo sobre os mesmos assuntos.

Como antes ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não tem a intenção de analisar exhaustivamente as proposições sobre a matéria da

ADPF 132 / RJ

união homoafetiva. No entanto, por meio desse exame, colhem-se indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.

No campo da legislação local sobre o tema (legislação dos demais entes federativos), há também importantes referências do amadurecimento contínuo dos contornos dos efeitos do reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

A recente Lei 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que tem inclusive interesse direto na solução da ADPF 132, possui o seguinte teor:

“Art. 1º - O art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 29 - (...)

§ 8º - Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.”

Art. 2º - Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação”.

Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000, do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000, do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001, do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997, de Salvador-BA; e das Leis 8.176/2001 e 8.283/2001, do Município de Belo Horizonte-MG; da Lei 9.036/2007, do

ADPF 132 / RJ

Estado do Rio Grande do Norte.

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Esse rol exemplificativo demonstra que o Estado, pouco a pouco, busca consolidar e sedimentar o âmbito normativo de reconhecimento e proteção da união homoafetiva e de seus efeitos jurídicos.

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.

Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos).

Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva.

A despeito da complexidade do tema e do dissenso político a ele associado – como visto acima –, o fato é que nós temos essa questão

ADPF 132 / RJ

posta.

3.2 - O Direito Comparado evidencia a necessidade de aprofundado debate e reflexão social

A análise do Direito Comparado pode servir, especialmente para assuntos polêmicos, como um importante meio de se buscar respostas a questionamentos nacionais. No que se refere ao casamento ou à união civil entre pessoas do mesmo sexo, válido é não apenas se verificar o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com o tema, mas, principalmente, valer-se de experiências estrangeiras para se atestar o grau de complexidade dessa questão.

No âmbito internacional, os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual. Há os países *repressores*, que proíbem e punem o homossexualismo; os *indiferentes*, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados *avançados*, que possuem medidas para proteção da população homossexual (Cf. Fábio de Oliveira Vargas. União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 99).

Dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo o homossexualismo é penalmente repreendido. Estão inseridos nesta listagem Jamaica, Angola, Nepal e grande parte dos países muçulmanos. Ressalto que, nestes, em Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte (Cf. Daniel Ottoson, State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2010. Disponível em: <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. Acesso em: 3.5.2011).

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito

ADPF 132 / RJ

para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus.

A União Europeia também incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos. Vale mencionar ainda a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual é apoiada pelo Brasil.

Como é sabido, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional ou ser assemelhado ao que, no Brasil, denomina-se união estável.

No primeiro caso – equiparação ao casamento – a união pode apresentar diferentes designações, como *same-sex marriage*, *equal marriage*, *same-gender marriage* ou, simplesmente, *casamento*. Poucos países adotaram este posicionamento, como Holanda – o primeiro a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001 –, Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010) (Cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A outra forma de proteção aos direitos derivados de relações homossexuais é sua vinculação ao conceito de união estável. Nesse sentido, podem ser conhecidas como “parcerias civis” (Inglaterra), “parcerias registradas” (países da Escandinávia), “parcerias domésticas” (Estados Unidos e alguns países da Europa).

Os países escandinavos foram pioneiros em admitir alguma forma de proteção aos direitos das uniões entre parceiros do mesmo sexo.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, em 1989, ao permitir o registro de parcerias civis. Os debates acerca desse tema iniciaram-se, porém, em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo.

Ressalto que se passaram 21 anos desde a apresentação da primeira proposta de reconhecimento da união homoafetiva até sua efetiva aprovação pelo Parlamento dinamarquês. Nesse período, foram travados

diversos debates e realizadas pesquisas de opinião pública.

O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001 (Cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A legislação holandesa apresenta diversos detalhes, frutos de anos de discussões e avaliação de situações práticas. A Holanda possibilita, v.g., a adoção de crianças por casais homossexuais, desde que passados três anos de convivência.

A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a “parceria civil homossexual”, instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*). Disponível em: www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html. Acesso em: 3.5.2011).

Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta e que continua em vigor após o início de sua vigência, com debates acerca da possibilidade de aumento do rol de direitos e deveres dos parceiros de mesmo sexo. A extensão do projeto de lei era bem maior do que o aprovado e acabou por ser reduzido após algumas concessões.

A lei alemã estabelece as condições para a união civil entre casais do mesmo sexo – iguais aos impedimentos do casamento – e elenca direitos e deveres existentes entre os companheiros da união homossexual, como a possibilidade de adotarem o mesmo sobrenome, o direito à herança e a assistência ao filho do companheiro morto.

Prevê, também, que parceiros homossexuais não podem adotar, mas institui que, caso um companheiro adote uma criança, o outro deverá consentir. Ainda faz referência ao casamento tradicional, indicando que, em algumas questões, é válido o estabelecido pelo Código Civil Alemão na parte referente ao matrimônio – por exemplo, no tocante ao regime de

ADPF 132 / RJ

bens.

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.

Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.

3.3 - O reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Destaquei acima, inclusive, a contribuição do direito comparado neste tema, o que demonstra a complexidade e relevância deste debate. Mas é verdade, ainda, que o quadro que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias.

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de**

ADPF 132 / RJ

cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços

ADPF 132 / RJ

de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

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 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.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado:

"§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade

ADPF 132 / RJ

familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.

Daí decorre, então, um **dever de proteção**. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Quanto à concretização desse dever de proteção, o que se percebe é o seu continuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação efetiva do Poder Executivo e, por vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.

O reconhecimento de alguns aspectos dessa questão até tem ocorrido

ADPF 132 / RJ

na seara administrativa, embora na maioria dos casos isto tenha ocorrido no plano infralegal, com enorme dificuldade e com elevado grau de litigância, inclusive com desdobramentos nas vias judiciais. É interessante notar, nesse ponto, tratar-se de fenômeno gradual e que tem se constituído de forma segmentada e descontínua, a exemplo de sua aceitação para fins previdenciários e estatutários.

Vale destacar aqui algumas importantes ocorrências, que, como se poderá perceber, são estanques e não garantem – diante da precariedade dos atos regulamentares – um grau adequado de segurança jurídica.

3.4 - A insuficiente proteção decorrente da atuação administrativa regulamentar

No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.

No âmbito da Administração Pública Federal, por exemplo, na área da Previdência Oficial a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), foi editada inicialmente a Instrução Normativa/INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, posteriormente reformulada pela Instrução Normativa nº 50/2001, a qual estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Em sentido semelhante, destaca-se a Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que estabelece que *“no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”*.

ADPF 132 / RJ

Ressalte-se, contudo, que tal normatização decorreu de condenação da autarquia previdenciária em anterior ação civil pública que tramitou na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A despeito desse avanço, há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por seu turno, editou recentemente a Súmula Normativa n.º 12, de 4 de maio de 2010, com o seguinte teor: “1. Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde **pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo**”. (grifo nosso). Assim, faculta-se ao cidadão a possibilidade de inclusão de parceiro homoafetivo como beneficiário em planos privados de saúde, cabendo às operadoras definirem a forma como deverá se dar a comprovação da convivência mútua.

O Ministro da Fazenda aprovou, no ano de 2010, o Parecer PGFN/CAT/ nº 1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Eis a ementa do referido parecer:

“Requerimento administrativo de servidora pública federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana”. (Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>. Acesso em: 3.5.2011)

Ademais, ressalte-se que, no ano de 2011, foi divulgado na imprensa nacional o ato do Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que autorizou a inclusão de companheiros como dependentes, na união homoafetiva, para obter dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. Entretanto, o referido ato foi impugnado por meio de ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca, ao argumento de que tal possibilidade se restringiria à união estável entre homem e mulher

ADPF 132 / RJ

(<http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimas-noticias/infomoney/2011/03/04/ao-fazer-a-declaracao-de-ir-casais-homoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm>. Acesso em: 3.5.2011)

Em sentido semelhante, foi regulamentada a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI n.º 77, de 29 de janeiro de 2008 –, vinculado ao Ministério da Justiça, que dispõe, entre outros assuntos, sobre critérios para a concessão de visto, temporário ou permanente, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º).

A Lei Maria da Penha – Lei Federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 – expressamente estabelece que toda mulher, **independentemente da orientação sexual**, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, **independe de orientação sexual** (art. 5º, parágrafo único). Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 39/2007, reconhecendo a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ato Deliberativo n. 27/2009, admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cite-se também o Provimento n.º 006/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual institui o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independentemente do gênero. Da mesma forma, destaca-se o Provimento 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

Em semelhante sentido, destaca-se o Provimento n.º 007/2010 do

ADPF 132 / RJ

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, em seu artigo 1º, determinou nova redação ao art. 775 do Provimento nº 20/2009, para nele incluir parágrafo único com o seguinte teor:

“Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista”.

Em maio de 2009, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em que há descrição de diversas metas, entre as quais se destaca a de nº 1.2.34, que estabelece a ação, a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, de mobilização parlamentar para aprovação de projetos que tratem de união homoafetiva.

O Ministério da Saúde lançou em 2010 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes do Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH 3).

O Presidente da República, por sua vez, editou o Decreto 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual tem diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Além disso, por meio de Decreto de 4 de junho de 2010, o Presidente

ADPF 132 / RJ

da República institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria nº 016/2011, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da Administração), por vezes, conduz as controvérsias administrativas para as vias judiciais.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras.

Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos.

Nesse sentido, menciono decisão do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564, de minha relatoria, julgado em 1º.10.2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA, *in verbis*:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

ADPF 132 / RJ

Recurso a que se dá provimento”.

Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.

Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação.

Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, *“considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”*. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109)

Nesse contexto, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.

Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade.

E, como já enfatizado, o que se constata é a ausência de uma legislação que estabeleça um modelo institucional que confira um mínimo de segurança jurídica e efetividade a esses direitos, o que inviabiliza um adequado nível de proteção exigido para a defesa de direitos fundamentais básicos, aqui já afirmados.

Essas considerações abrem espaço, ainda, para se indagar sobre o

ADPF 132 / RJ

relevante problema das lacunas constitucionais e a busca de uma fórmula de resolução da controvérsia no âmbito do controle de constitucionalidade.

4 - O PROBLEMA DAS LACUNAS VALORATIVAS OU AXIOLÓGICAS E A IDEIA DA APLICAÇÃO DO PENSAMENTO DO POSSÍVEL

A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe textualmente sobre a união homoafetiva. De outro lado, também não a veda de forma expressa. No seu art. 226, define-se a família como base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado.

Em análise preliminar deste dispositivo, verifica-se no texto constitucional a indicação de que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§1º e §2º), da união estável entre o homem e mulher (3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º) – denominada pela doutrina como família monoparental.

Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, **mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.**

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da

ADPF 132 / RJ

vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.

Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Eu até ressaltava, certa vez em aula ministrada aos alunos da Universidade de Brasília (UnB), não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. A esse respeito, cumpre rememorar aqui um exemplo interessante.

ADPF 132 / RJ

Quando ainda estudante de direito da Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez, à época, em torno da chamada **emenda do divórcio**.

Era fato notório naquela época que muitas pessoas tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional. A repercussão sobre a situação dos filhos era evidente. Até por uma dessas ironias da história, o movimento político era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso Nacional para a aprovação, mas não havia ainda a maioria constitucional.

Como veio o denominado Pacote de Abril (1977), o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional. Acabou assim, por ironia, viabilizando a aprovação da emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquela situação de fato, há muito tempo consolidada.

Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio.

É claro que não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve como foco uma situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham sempre esse caráter tópico.

A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564 (julgado em 1º.10.2004), de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do

ADPF 132 / RJ

mesmo sexo que viviam em condição de união estável. Transcrevo, mais uma vez, a ementa do referido julgado:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento”.

Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei naquela oportunidade um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no julgamento do Resp nº 148.897. Ele dizia:

"A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o

ADPF 132 / RJ

direito civil comum abrange e regula”.

“Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: 'Oui, monsieur, l'amour'. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante”.

Então, com base nesses fundamentos, naquela situação eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos, tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal.

Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso – e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

A propósito da questão ora debatida, avivou-me a memória a reflexão de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar sobre o ethos da Constituição

ADPF 132 / RJ

na sociedade moderna, em seu célebre trabalho sobre "O Direito Dúctil – il diritto mitte", no qual ele diz o seguinte:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 3ª. edição. Edt. Trotta S.A., Madrid, 1999. p. 13).

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

*“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a **scientia juris** – não deveria obstaculizar a atividade própria da **jurisprudencia** de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”* (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*., cit., p. 16).

Por isso, concluí que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”.

É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

*“Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação” (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 17).*

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível

ADPF 132 / RJ

afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle de forma muito clara:

*“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na **res publica** existe um **ethos** jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3).*

Ainda nessa linha, observa Häberle que, *“para o estado de liberdade da **res publica** afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”*. Daí ensinar que *“não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”* (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Lembro-me de já ter destacado essa questão do pensamento do

possível para resolver, à época, dois casos importantes, um aqui no Supremo Tribunal Federal e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Primeiramente, no âmbito do STF, tratava-se de um caso muito mais técnico, aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ressaltei à época que a Constituição era muito clara. Dizia que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho Superior do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas e foram compostas listas sêxtuplas da seguinte maneira: o Presidente da República escolheu os juízes do trabalho – hoje denominados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então o ajuizamento de uma ADI proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil contra essa norma do Conselho Superior do Ministério Público.

E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral da República à época – o Dr. Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes. Coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes, que foram admitidos porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno vigente e antes do advento da Lei nº 9.868/99.

Eu trouxe, então, essas considerações para dizer que, naquele caso, era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros. Até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas: ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a

ADPF 132 / RJ

ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida, ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional.

Assim, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.

E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman naquele julgado, a chamada Lógica Jurídica, na qual narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

“Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

‘A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes ‘são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição’, e o artigo 130 diz expressamente que ‘a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte.’ (A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.(...)” (Perelman, Chaïm. Lógica Jurídica, trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p.105).

Ressaltei que Perelman responde à indagação sobre a legitimidade

ADPF 132 / RJ

da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

“Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental”.

E, aí, Perelman reproduz, então, a citação do parecer do mencionado Procurador-Geral:

"Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos". (Vanwelkenhuysen, *Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349). (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106).

ADPF 132 / RJ

Nessa linha, destaco a conclusão de Perelman:

“Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, contra legem. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas ‘pela força dos acontecimentos’, ‘por força maior’, ‘pela necessidade’”. (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit. p. 107).

Ainda no julgamento daquele caso no STF, eu destaquei outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos o Ministério Público – artigo 68 do CPP – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o artigo 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que ali havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

Já em outro momento, em julgamento ocorrido no TSE, eu me lembro, também, de que tivemos um caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. Cuidava-se de pedido formulado por várias pessoas para que, naqueles casos da chamada deficiência grave, houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. Eram, sobretudo, familiares que reclamavam que determinadas pessoas estavam tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral a cada dois anos, desincumbindo-se, assim, da obrigação de comparecer à votação ou de fazer a justificção eleitoral.

ADPF 132 / RJ

A leitura do artigo 14 da Constituição – diziam muitos dos colegas na Justiça Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Esses dois exemplos ilustram bem a importância da possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível para casos como o da união homoafetiva.

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção

ADPF 132 / RJ

institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

5 - CONCLUSÃO DO VOTO

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, **embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação à divergência de minha fundamentação.**

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º)**, mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, **evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que,**

ADPF 132 / RJ

de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdemos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da **aplicação das regras de vedação ao nepotismo**, por exemplo. Em relação à **legislação eleitoral**, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua **repercussão no âmbito penal**.

Caberia aqui também indagar sobre a exigência de observância do princípio da reserva legal e a aplicabilidade de determinados tipos penais ao se reconhecer, desde logo, a equiparação acrítica e irrestrita da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável entre homem e mulher. Relembro, ainda, a discussão em torno da possibilidade de aplicação da

ADPF 132 / RJ

Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) para esses casos.

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

Ainda em relação a esse diálogo institucional entre os Poderes, é interessante ressaltar mais uma vez os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. Por vezes, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e alega-se, então, que

ADPF 132 / RJ

nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária.

Recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, há até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se alguém compulsar os debates no Congresso Nacional, verá que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional. Mas o prognóstico político não se confirmou e, gerou, então, nova controvérsia, pois o Supremo não confirmou aquela expectativa.

Contudo, no presente julgamento, nós temos outra singularidade: há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso Nacional como única condição possível. Nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção, por exemplo.

Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem.

Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se,

ADPF 132 / RJ

de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva à qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que *“o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional o representa argumentativamente”*. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

“O princípio fundamental: 'Todo poder estatal origina-se do povo' exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do

ADPF 132 / RJ

tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”. (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)

Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado e, também, o de todos os votos aqui proferidos.

É como voto.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, devo uma explicação, uma satisfação ao Plenário, porque, quando atuo no Colegiado como vogal, costumo fazê-lo de improviso, deixando fluir o espírito, a alma, a partir de formação técnica e humanística. Mas a envergadura do tema, o interesse em um esclarecimento, em uma elucidação da sociedade como um grande todo, consideradas maiorias e minorias, levou-me, no caso, a redigir voto.

Acompanho o relator quanto ao recebimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade. O recebimento é parcial porque, em parte, o pedido ficou prejudicado.

Passo, então, a exteriorizar o convencimento a respeito desse momentoso e importantíssimo tema, ligado à extensão do instituto da união estável à relação homoafetiva.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema.

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre

ADPF 132 / RJ

homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo, fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado

ADPF 132 / RJ

Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (Os pontos de vista estão expressos nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 e Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, 1966).

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da

ADPF 132 / RJ

incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In *Enciclopédia do Holocausto*, United States Holocaust Museum, disponível em <http://www.ushmm.org/>). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre

ADPF 132 / RJ

Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de

ADPF 132 / RJ

preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em

ADPF 132 / RJ

que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família” (“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

ADPF 132 / RJ

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a “família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função” (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

ADPF 132 / RJ

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como “a Constituição do homem comum”.

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de

ADPF 132 / RJ

nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento (“Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais”. In *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*, 2008, p 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos homossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de

ADPF 132 / RJ

hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores”, do “ponto de Arquimedes no Estado constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao

ADPF 132 / RJ

projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

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

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. 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. 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.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam

ADPF 132 / RJ

aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”.

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com

ADPF 132 / RJ

intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de

ADPF 132 / RJ

1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

05/05/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator **da presente** causa, bem assim registrar a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, seja pelas partes, seja pelos terceiros que intervieram como "*amici curiae*".

Também não posso deixar de aludir à *primorosa peça processual*, **da lavra** da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, **agindo** na condição de Procuradora-Geral da República, *em exercício*, **propiciou** o exame, **por parte** deste Tribunal, de uma *relevantíssima* questão de índole constitucional.

I. A intervenção do "amicus curiae": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes e, *ainda*, com a *intervenção de diversas* entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da

ADPF 132 / RJ

matéria ora em julgamento (**ADI 2.321-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) **e permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação** da grave questão **pertinente à legitimidade democrática** das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, **"A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira"**, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, **"Tribunal e Jurisdição Constitucional"**, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, **"Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais"**, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, **"Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?"**, 2010, Saraiva, v.g.), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, **em abstrato**, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se - tal como salienta** o eminente Ministro GILMAR MENDES (**"Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade"**, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) - **como "mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional"**, **em ordem a pluralizar**, **em abordagem** que deriva da *abertura material* da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, **"As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional**

ADPF 132 / RJ

no Direito Brasileiro", "in" RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável *deficit* de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, *em abstrato*, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, passo a examinar, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, pedindo licença, no entanto, para breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente causa.

ADPF 132 / RJ

II. A repressão ao “pecado nefando”: do “Liber Terribilis” das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se revisitarmos a legislação reínoal que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, **conhecido** como “*liber terribilis*”, **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar a maneira cruel** (e **terrivelmente impiedosa**) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também** qualificada como “*pecado nefando*” (ou, na *expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** “*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, **cominaram** sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “*supplicium extremum*” **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por “*desviantes*”, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, em **Dissertação** de Mestrado (“**Vício dos Clérigos: A**

ADPF 132 / RJ

Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa", Niterói, UFF, 2010):

"As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as 'Ordenações Afonsinas'. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As 'Ordenações Manuelinas' (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que 'todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, 'em segredo ou em publico'. Aquele que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)'. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de

seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

.....
Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. **O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudesce**r. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, **passou a ser punida** gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado':

(...)

Dois testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. **Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia**. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. **Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos** com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. **A tortura de réus negativos ou 'vacilantes' foi um procedimento**

ADPF 132 / RJ

judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as 'Ordenações Manuelinas' **aconselhavam** que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. **As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo.** Em 09 de março de 1571, uma 'Lei Extravagante', promulgada por D. Sebastião, ditava que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo cometerem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião **contra a molície, em que se determinava** que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. **Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos** poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios'." (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa **promoveu** contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, **intensificou-se, ainda mais, com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de el-Rei D. Sebastião, **preocupado** com as relações homossexuais **entre** portugueses e os povos por estes conquistados, **haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia**, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

ADPF 132 / RJ

Naquela fase de nosso processo histórico, *no entanto*, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra “Confissões da Bahia”), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (“A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil”):

“As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em

ADPF 132 / RJ

pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis." (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, *com a sua Primeira Visitação* à Bahia (1591), **o fato** é que, culminando um processo de negociações diplomáticas **iniciadas, ainda,** sob D. Manuel I, *o Venturoso, a Inquisição foi instituída,* em Portugal, **no reinado** de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, **que promulgou** a Bula "*Cum ad nihil magis*", de 23/05/1536, **que restaurou anterior** documento pontifício, **com igual** denominação e finalidade, **editado,** em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, "**Religião e Ordem Social**", "*in*" Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "**Os Equilíbrios Sociais do Poder**", "*in*" História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), refletiu, *naquele momento histórico,* **a forte influência** resultante do Concílio de Trento (1545-1563), **cujas deliberações** – as denominadas *resoluções tridentinas* – **exacerbaram, ainda mais, a reação** **hostil ao comportamento homossexual,** valendo lembrar, *por oportuno,* **o registro** feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

"Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando

ADPF 132 / RJ

mesmo a interpenetrar-se', o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como 'tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio'.

.....
Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos 'desvios morais', isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus." (grifei)

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, "Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome"), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamaiz se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, **como resulta claro** da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, **que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito** das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS

ADPF 132 / RJ

BARREIRAS, “Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM”, “in” “Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, “Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?”, v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório **que tem sido dispensado à vivência homoerótica** em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto *que puna, que exclua, que discrimine,*

ADPF 132 / RJ

que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

*Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, *minoritários ou não, **que integram** a comunhão nacional.**

*Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, pois, *em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal*, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica -, **estará viabilizando a plena realização dos valores** da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à **configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.*

*Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza **certamente** marcará a vida deste País e **imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.*

ADPF 132 / RJ

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a **consecução** de um fim revestido de **plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união de **toda** a sociedade em **torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** a *injustas divisões*, fundadas em preconceitos inaceitáveis e **que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana **e que**, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, *até agora*, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, o que torna

ADPF 132 / RJ

imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis

ADPF 132 / RJ

fórmulas preconceituosas, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “Unões Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumpre rememorar, neste ponto, tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF, de que fui Relator, a

ADPF 132 / RJ

notável lição ministrada pela eminente Desembargadora, hoje ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS (“**União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**”, p. 71/83 e p. 85/99, **97**, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

“A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua

ADPF 132 / RJ

entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, **mister reconhecer** a existência de uma união estável. **Independente** do sexo dos parceiros, **fazem jus** à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente **as uniões homoafetivas** - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, **incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos** que merecem as demais relações afetivas. **Essa é a missão fundamental da jurisprudência**, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei)

Vale destacar, ainda, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

"(...) **6. A exclusão** dos benefícios previdenciários, **em razão da orientação sexual, além** de discriminatória, **retira** da proteção estatal **pessoas que**, por imperativo constitucional, **deveriam encontrar-se** por ela abrangidas. **7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno** ao ser humano. **Não se pode**, simplesmente, **ignorar** a condição pessoal do indivíduo, **legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual)**, como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. **8. As noções de casamento e amor** vêm mudando ao longo da história ocidental, **assumindo** contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. **9. A aceitação das uniões homossexuais** é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - **com o alargamento da compreensão do conceito de família** dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. **10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais**, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. **11. Uma vez reconhecida**, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, **a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar** e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, **deve a relação da Previdência** para com os casais **de mesmo** sexo dar-se **nos mesmos** moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão."

(**Revista do TRF/4ª Região**, vol. 57/309-348, **310**, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei)

ADPF 132 / RJ

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, **as razões** excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, **no que concerne** ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente", capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se**, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a **autorizada observação** de DANIEL SARMENTO ("**Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**", "*in*" "**Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**", p. 619/659, **649/652**, 2008, Lumen Juris), **cuja lição**, apoiando-se em consistente

ADPF 132 / RJ

interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência:**

“Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual ‘para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.’

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apegava exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente ‘Dos Princípios Fundamentais’. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos

ADPF 132 / RJ

vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

.....
Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, expondo esse mesmo entendimento e ao também afastar a objeção fundada na estrita literalidade do texto normativo inscrito no § 3º do art. 226 da Constituição (que se refere à união estável "entre o homem e a mulher"), expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam que essa alusão à diversidade de gênero "não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações

ADPF 132 / RJ

homoafetivas", pois - segundo assinala esse ilustre jurista -, "Extraír desse preceito tal consequência **seria desvirtuar** a sua natureza: **a de uma norma de inclusão**. De fato, **ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento**" (grifei).

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

"Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão 'união estável entre o homem e a mulher' importa, 'a contrario sensu', em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional." (grifei)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a **extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que**

ADPF 132 / RJ

consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugualidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

V. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo

ADPF 132 / RJ

Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "*parcela minoritária (...) da população*", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão **talvez explique** a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, **no que se refere** à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro **de submissão** de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que**

ADPF 132 / RJ

compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

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

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe

de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas **que regulem** a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, **o Poder Legislativo** - representando a maioria da população brasileira - **exclui, marginaliza e diminui** o papel social dos indivíduos **que mantêm** relações homoafetivas. **Retira-lhes** a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito **conviver** com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional** punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, **as opiniões morais ou religiosas** que condenam as relações homossexuais. **Ainda** que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), **nem a maioria**, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, **está acima** da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar **como poder contramajoritário**; de proteger as minorias **contra** imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. **Ao assegurar** à parcela **minoritária** da população o direito **de não se submeter** à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)

ADPF 132 / RJ

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

ADPF 132 / RJ

legitimação material do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar o** exercício, por organizações minoritárias, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se,

ADPF 132 / RJ

à opinião pública, como alternativa. **Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.**

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência da **minoridade**, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, **a república faz da oposição instrumento institucional de governo.**

.....
É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções.**

.....
Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - **não pode prevalecer-se** da força, **nem** ser arbitrária **nem** prepotente, **mas deve respeitar a minoria**, então os compromissos **passam a ser meios de convivência política.** (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - **que a essência democrática** de qualquer regime de governo **apóia-se** na existência **de uma imprescindível harmonia entre** a "Majority rule" **e** os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que

ADPF 132 / RJ

não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. **O princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('**of true and false Democracy**'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre maioria e minoria**." (grifei)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

ADPF 132 / RJ

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar**, *às minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, a **plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias

ADPF 132 / RJ

fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

"Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidas oficialmente as uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

.....
88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua

ADPF 132 / RJ

família, **sob o amparo** da lei, com pessoas do sexo **para o qual** se orienta a sua afetividade. **Ao não conhecer** a união entre pessoas **do mesmo** sexo, o Estado **compromete** a capacidade do homossexual **de viver a plenitude** da sua orientação sexual, **enclausurando** as suas relações afetivas no 'armário'. **Esta negativa**, como salientou Luis Roberto Barroso, **embaraça** 'o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, **depreciando** a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

89. É certo que as liberdades individuais, **mesmo** as de natureza existencial, **não são** de natureza absoluta. **Como os demais** direitos fundamentais, **elas podem ser restringidas**, de forma proporcional e razoável, **em face** de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

90. Contudo, como foi ressaltado em item precedente, **não há qualquer interesse legítimo** que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. **O reconhecimento** em questão **não afeta** qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. **A sua recusa consubstancia** medida autoritária, **que busca impor** uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, **vitimizando** os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. **Daí a grave ofensa** ao princípio constitucional de proteção da liberdade." (grifei)

VI. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana

Enfatizo, na linha do que acentuei em passagem anterior deste voto, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** suporte legitimador em princípios fundamentais, **como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

ADPF 132 / RJ

autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

Assume papel relevante, *nesse contexto*, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, *de modo expressivo*, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, *no ponto*, refletem, *com precisão*, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Poder Constituinte e Poder Popular**”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

ADPF 132 / RJ

FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra **gravemente** comprometido, quando o Congresso Nacional, **influenciado** *por correntes majoritárias*, omite-se na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do **princípio** da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cuja raízes** mergulham, *historicamente*, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas idéias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores – como RAY RAPHAEL (“Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana”, p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – mencionem o fato de que *“Jefferson estava em condições de*

ADPF 132 / RJ

aproveitar o trabalho de muitos outros, **inclusive** o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia" (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

*"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, **que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar**. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica." (grifei)*

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao *neoconstitucionalismo*, em ordem a permitir, numa perspectiva de

ADPF 132 / RJ

implementação concretizadora, **a plena realização**, *em sua dimensão global*, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, **que decorre**, *por implicitude*, **do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas ou de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar ou, *até mesmo*, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um *"importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais"*, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, *em precioso trabalho* ("**O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal**").

Desnecessário referir a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em

ADPF 132 / RJ

alguns precedentes - **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* -, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus "*rulings*" **no conceito de busca da felicidade** ("*pursuit of happiness*"), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos **de casar-se** com pessoa de outra etnia, **de ter a custódia** dos filhos menores, **de aprender** línguas estrangeiras, **de casar-se novamente**, **de exercer** atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que **a busca da felicidade foi também positivada**, *no plano normativo*, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, *no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e da recente** Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

ADPF 132 / RJ

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto *idéia-força* que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos** que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar, desde** que presentes, quanto a ela, **os mesmos** requisitos inerentes à união estável **constituída** por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, **por repousarem** a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, **hão de merecer o integral amparo** do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

ADPF 132 / RJ

Incensurável, quanto a tal aspecto, a observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 20):

"Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

69. Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica." (grifei)

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("A Homoafetividade Como Direito", "in" "Novos Direitos", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:

"O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda

ADPF 132 / RJ

transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros." (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais **significativos** da família moderna, **qualificando-se**, para além de sua dimensão ética, **como valor jurídico impregnado de perfil constitucional** - **tem o beneplácito** de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey - GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas - MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em razão de sua extrema pertinência, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("Manual da Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3,

ADPF 132 / RJ

2008, Editora Método) atribui ao afeto, nele divisando **verdadeiro** "princípio jurídico-constitucional":

"(...) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.

Nesse sentido, **o reconhecimento do 'status' jurídico-familiar da união estável, por si, alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito, na medida em que é ele, afeto (amor romântico, no caso), o motivo que faz com que duas pessoas decidam manter uma união estável. O elemento formador da família contemporânea é o 'amor familiar', mas é o amor romântico que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.**

.....
(...) Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, 'o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e,

ADPF 132 / RJ

ainda, da própria união estável', que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do 'status' jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas." (grifei)

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (*op. cit.*, p. 643) revela igual percepção em torno dessa particular questão, reconhecendo, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo:

"Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais." (grifei)

VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero

Torna-se importante assinalar, por relevante, que a postulação ora em exame ajusta-se aos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a

ADPF 132 / RJ

coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e identidade de gênero** fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:

"DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

.....

ADPF 132 / RJ

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...)." (grifei)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito

ADPF 132 / RJ

incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, *em maior ou em menor extensão*, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia

ADPF 132 / RJ

governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita normas em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um '**facere**' (atuação positiva), **gera a inconstitucionalidade por ação**.

- **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse '**non facere**' ou '**non praestare**', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...).**"

(**ADI 1.458-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público, que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, entre nós, ***já no período monárquico***, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "**Comentários à**

ADPF 132 / RJ

Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição - *por inércia* de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

ADPF 132 / RJ

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, **que representa verdadeiro marco histórico** no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal - que é o guardião** da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte - **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a conseqüente proteção dos direitos das minorias), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, julgo procedente** a presente ação constitucional, **para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, como entidade familiar, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem **e** mulher, **além de também reconhecer, com**

ADPF 132 / RJ

idêntica eficácia vinculante, que os **mesmos** direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) -
Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

A mim resta-me apenas justificar a adesão às conclusões - sobretudo aos resultados, aos dispositivos de ambas as ações -, de maneira breve.

Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.

Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal modo que é possível enxergar o disposto no artigo 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do artigo 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas.

ADPF 132 / RJ

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do artigo 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de **numerus clausus**. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar recognoscível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer - e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênias para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

O Ministro Marco Aurélio fez largo apanhado da necessidade de aplicação, às relações afetivas, das normas próprias do campo do Direito de Família. Não por questão de vaidade, mas por registro histórico, eu fui

ADPF 132 / RJ

um dos primeiros - há mais de vinte anos, numa conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois, estampada na Revista dos Advogados, da mesma Associação - a sustentar, contra a então jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, que não podiam ser aplicadas as soluções que a jurisprudência, para atender as exigências próprias do fato social, vinham invocando, sobretudo de normas de Direito não familiar, como sociedade de fato, sociedades de ordem econômica etc.. E fui o primeiro a aplicar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de união estável, as normas de Direito de Família. Por quê? Porque realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse

ADPF 132 / RJ

reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênica - pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Isto é um ponto de vista estritamente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -

ADPF 132 / RJ

Exatamente. Ao contrário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade.

Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Exatamente.

05/05/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, só uma questão final. Como nós temos, em nossos gabinetes, alguns casos baseados nesta matéria, indago de Vossa Excelência se poderia delegar aos Ministros para decidir, monocraticamente, quando for a mesma questão?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)
- Finalmente, Vossas Excelências estão de acordo em autorizar que os Ministros decidam, monocraticamente, a mesma questão nos processos que lhes estão submetidos?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE –
CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, fica delegado aos Ministros.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)
- Ou melhor, independentemente da redação do acórdão, porque publicação da decisão, acabamos de fazê-la.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS

INTDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE.: EDH - ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

AM. CURIAE.: GGB - GRUPO GAY DA BAHIA

ADV.(A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA

AM. CURIAE.: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S): EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

AM. CURIAE.: GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-UFGAM. CURIAE.: CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS LÉSBICAS BISSEXUAIS
TRAVESTIS TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS -
CENTRO DE REFERÊNCIA GLBT

AM. CURIAE.: CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL - CELLOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS
- ASSTRAV

ADV.(A/S): RODOLFO COMPART DE MORAES

AM. CURIAE.: GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL

ADV.(A/S): THIAGO BOTTINO DO AMARAL

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS LÉSBICAS BISSEXUAIS
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S): CAPRICE CAMARGO JACEWICZ

AM. CURIAE.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

AM. CURIAE.: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP

ADV.(A/S): EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV.(A/S): FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS

ADV.(A/S): RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/S)



Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFGM e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.



Supremo Tribunal Federal

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro
Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal

Relator : Min. Ayres Britto
Reqte.(s) : Procuradora-geral da República
Reqdo.(a/s) : Presidente da República
Adv.(a/s) : Advogado-geral da União
Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional
Intdo.(a/s) : Conectas Direitos Humanos
Intdo.(a/s) : Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
- Abglt
Adv.(a/s) : Marcela Cristina Fogaça Vieira e Outro(a/s)
Intdo.(a/s) : Associação de Incentivo À Educação e Saúde de São
Paulo
Adv.(a/s) : Fernando Quaresma de Azevedo e Outro(a/s)
Intdo.(a/s) : Instituto Brasileiro de Direito de Família - Ibdfam
Adv.(a/s) : Rodrigo da Cunha Pereira
Intdo.(a/s) : Associação Eduardo Banks
Adv.(a/s) : Reinaldo José Gallo Júnior
Intdo.(a/s) : Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - Cnbb
Adv.(a/s) : João Paulo Amaral Rodrigues e Outro(a/s)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com

ADI 4.277 Distrito Federal

mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema.

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão-somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a

ADI 4.277 Distrito Federal

manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero¹.

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa

¹ Os pontos de vista estão expressos nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Liberty and Morality*, e Patrick Devlin, *The enforcement of morals*.

normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã². A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

² In Enciclopédia do Holocausto, *United States Holocaust Museum*, disponível em <http://www.ushmm.org/>

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade,

presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalsamaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas

para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

ADI 4.277 Distrito Federal

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família” (“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis,

ADI 4.277 Distrito Federal

dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a “família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função” (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como “a Constituição do homem comum”.

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização

de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexiste consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmiento³, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a

³ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. p 644.

tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores”, do “ponto de Arquimedes no Estado constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.

ADI 4.277 Distrito Federal

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

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

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

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a

ADI 4.277 Distrito Federal

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. 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.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a

ADI 4.277 Distrito Federal

prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”.

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido

deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

21/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: A N
ADV.(A/S)	: RODRIGO FERNANDES PEREIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: F G
ADV.(A/S)	: EDUARDO DE MELLO E SOUZA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES - ADFAS
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S)	: RICARDO LUCAS CALDERÓN

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART.

RE 898060 / SC

226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos

RE 898060 / SC

cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar

RE 898060 / SC

situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

RE 898060 / SC

Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. Prosseguindo, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: *“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio.

Brasília, 29 de setembro de 2016.

LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, o eminente Ministro Marco Aurélio fez referência à tese vencida. Como fui quem articulou essa tese que efetivamente restou vencida, entendo que ela não é a tese proposta pelo eminente Ministro Luiz Fux. A tese vencida suscitava, neste caso, a prevalência da paternidade socioafetiva. O eminente Ministro Marco Aurélio, coerente como sempre, suscitou a prevalência do liame biológico. Portanto, temos aqui a distinção clara das duas teses, à qual agora aderiu o Ministro Toffoli na fundamentação, embora voltando aos argumentos de acolher parcialmente a tese do Ministro Fux. E a tese do Ministro Fux está no voto dele.

Leio a página 21:

É juridicamente admitida a cumulação - a cumulação - de vínculos de filiação derivados da afetividade e da consanguinidade.

Está na página 22:

É de rigor o reconhecimento da dupla paternidade.

Recordo-me ontem: o Ministro Gilmar fez referência à dupla paternidade, a Ministra Rosa, o Ministro Lewandowski e a Ministra-Presidente também. Portanto, creio que isso já se colocou dessa maneira.

E reitero o meu voto favorável integralmente à tese do Ministro Fux, nesse quadrante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tranquiliza-me o quadro. Por que me tranquiliza o quadro? O que se executa? A tese do Tribunal ou o dispositivo do acórdão?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O dispositivo.

RE 898060 / SC

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O dispositivo do acórdão. Há um título judicial, mantido hígido caso proclamado o desprovimento do recurso, determinada a retificação do registro para excluir o nome do pai afetivo e, em substituição, lançar-se o do pai biológico.

A tese deve refletir o julgamento. Se, de um lado, desprovemos o recurso, mantendo a retificação, não podemos, no tocante à tese, lançar algo que não formou a corrente majoritária, ou seja, a concomitância. Esta concomitância pode ficar no voto como opinião do Relator ou de outros Colegas. Desprovimento é não reformar a decisão impugnada mediante o recurso. E o pronunciamento mantido mostra-se explícito quanto à retificação e substituição.

Presidente, se o Colegiado evoluir para prover o recurso, mantenho o desprovimento!

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, só farei duas observações mínimas.

Eu citaria aqui talvez duas dezenas de casos em que, em repercussão geral, fixa-se uma tese levando-se em consideração o processo subjetivo e, depois, decide-se o caso concreto. Quantas vezes aqui nós já decidimos, até em matéria penal, desfavoravelmente ao réu, mas, no *habeas corpus*, concedemos. Isso faz parte dessa nova metodologia de objetivação do recurso extraordinário. Há uma parte objetiva e uma parte subjetiva. Todos os acórdãos mencionam isso; há uma tese, que é a tese que tinha de ser enfrentada, e a solução do caso concreto. Então, com a devida vênia, essa premissa não me impressiona.

Em segundo lugar, rapidamente, a verdade é que nós nos defrontamos com uma arguição no recurso extraordinário, e é o que foi afetado na repercussão geral, sobre o fato de que o recorrente se opunha ao reconhecimento da paternidade biológica, e já havia a paternidade socioafetiva. Então, havia um confronto. O que o Tribunal decidiu? Que uma coisa não inibe a outra. Qual é a minha tese?

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público - no caso, essa era declarada; porque também nós reconhecemos a afetividade como um fato gerador de filiação -, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências jurídicas.

Por que vêm as consequências jurídicas na filiação baseada na origem biológica? Porque - Vossa Excelência chamou atenção e eu também enfatizei - a filiação baseada na origem biológica gera aqueles direitos civis, a que Vossa Excelência se refere, de natureza patrimonial e extrapatrimonial.

Então, o que eu pediria a Vossa Excelência seria basicamente o seguinte - julgamos ontem, foi um belo debate, mas acabou -: que

RE 898060 / SC

encaminhasse a tese e pusesse em votação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Houve a proclamação. Estou tomando os votos exatamente por isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nem quero
cometer a indelicadeza de dizer...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Agora nós estamos votando é a tese mesmo.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, a impressão que eu tenho, haurida os debates de ontem, é a de que a tese central foi sobre a possibilidade, reconhecida pelo Tribunal, da coexistência da dupla paternidade: a socioafetiva de um lado; e, de outro, a biológica. Então, a meu ver, essa coexistência pode ser concomitante, posterior ou anterior. Isso não importa para mim.

De outra parte, também, eu vejo o seguinte: a realidade fática é multifacetada. A paternidade biológica ou socioafetiva - o parentesco - não precisa, *data venia*, ser necessariamente formalizada; portanto, independe de registro. Então, se ela é reconhecida anteriormente, posteriormente ou concomitantemente, registrada ou não, pouco importa. Nós decidimos aqui que é possível a coexistência dessa dupla paternidade ou desse duplo parentesco.

Portanto, com o devido respeito por quem diverge, eu acolho integralmente a tese apresentada pelo eminente Relator Luiz Fux.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu reitero o que já tinha dito ontem quanto à possibilidade de acumulação. Fico atento à observação do ministro Marco Aurélio, mas peço vênia para discordar.

Tenho a impressão de que temos de dar um passo adiante no que diz respeito à construção da repercussão geral. Por quê? Porque, de fato, no tema colocado - certamente há outros casos e vimos a configuração fática ontem do próprio recurso que foi desprovido -, é evidente que, implícita ou explicitamente, pede-se para que se defina como convivem. Tanto é que tivemos diversas manifestações da tribuna, *amici curiae* e tudo mais, porque, na repercussão geral - até vou usar uma expressão que nossos amigos portugueses utilizam, referindo-se ao sistema americano de controle incidental: *judicial review* -, o tal *case* é um pretexto para que se discuta o tema. O que o Relator propõe, a partir do caso da repercussão geral, é fazer um construto que dê resposta.

Entendo a posição quanto à parte dispositiva; mas, a mim, parece-me que devemos ter essa apreensão, sob pena de termos, a toda hora, novos casos. Quer dizer, o propósito aqui é de uma racionalização. Não se trata de nada abusivo.

Há um dado do qual não se pode fugir. Acho que isso o CPC novo reforçou: a rigor, a objetivação do recurso extraordinário, gostemos ou não.

Então, acho que esse é um debate importante - e até agradeço a menção que Sua Excelência fez - para que se possa assentar. Não podemos ficar restritos apenas ao caso em sua forma dogmática, temos de

RE 898060 / SC

vê-lo nesse sentido ampliado.

O que o ministro Fux disse ontem, e concordei - acredito que a maioria encaminhou-se nesse sentido -, é que, no caso específico, poderiam conviver as duas situações, mas, para efeitos processuais, tinha-se cancelado aquele primeiro registro e colocado o decorrente do fato biológico. Mas Sua Excelência também disse que, no futuro, se quiser, pode-se restabelecer, para deixar, portanto, aberta a possibilidade e, é claro, a possibilidade da convivência, da simultaneidade.

Então, a mim, me parece que não há nenhum exagero no que se está a fazer e referendo as posições que já tinha esposado ontem nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E vota, portanto, pela tese como posta pelo Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas gostaria de ressaltar que temos - a meu ver, é sempre uma opinião, claro - que, em se tratando de repercussão geral, tem que se ter... Quer dizer, as perguntas que foram colocadas, de alguma forma e a própria presença do *amicus curiae*, contribuem para que possamos dar resposta nesse quadro de objetivação.

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Continuarei ortodoxo nesta época de crise, guardando princípios e valores.

Qual é o sistema pátrio: *civil law* ou *common law*? Não consigo transformar um processo subjetivo, como é o revelador de uma ação de investigação de paternidade cumulada com a retificação de registro, no registro das pessoas naturais, e também com pensão, em processo objetivo.

Mas o que se tem é um descompasso flagrante, porque o recurso extraordinário faz-se voltado contra certo acórdão. O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina é muito claro ao versar a retificação do registro, que constava com o nome, como pai biológico, de determinado cidadão que se demonstrou, no curso do processo, que não o seria. Anoto que teria, portanto, resultado de um erro substancial. Houve a interposição de recurso, pelo pai biológico, o qual foi desprovido. O pai biológico não pediu para ombrear com o pai afetivo, no que consignado no registro. Estaremos decidindo fora do pedido. O recorrente reconhece ser o pai biológico. Apenas busca – foi quando disse que a parte mais sensível do corpo humano não é o cérebro nem o coração, mas o bolso – fugir das consequências jurídicas do reconhecimento dessa paternidade, como se – e ressaltou o ministro Gilmar Mendes – a paternidade pudesse ser irresponsável. O Texto Constitucional refere-se à paternidade responsável.

A tese a se elaborar deve refletir a conclusão do julgamento. De duas uma: ou provemos o recurso para afastar a retificação ou para moldar a retificação à concomitância do lançamento do nome do pai afetivo, e do biológico, ou mantemos o desprovidimento de ontem, sem alterar a parte dispositiva do acórdão impugnado.

Permaneço com a convicção de que pai é pai: é pai biológico, de início, a menos que se trate de adoção, quando se tem regência toda própria. Como no caso houve um erro quanto ao consignado no registro

RE 898060 / SC

de nascimento da autora, o qual deve ser afastado, lançando-se o nome do pai biológico.

Por isso, retiro da tese – e fico muito contente de ter havido evolução relativamente à proposta inicial, no que se afastou a exceção aberta – o vocábulo "concomitante".

22/09/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SANTA CATARINA

V O T O
(s/ proposta)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora Presidente, para acolher a tese formulada pelo eminente Relator.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : A N

ADV.(A/S) : Rodrigo Fernandes Pereira (sc008328/) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : F G

ADV.(A/S) : EDUARDO DE MELLO E SOUZA (166318/RJ, 11073/SC) E
OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES -
ADFAS

ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (0060415/SP, 60415/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

ADV.(A/S) : RICARDO LUCAS CALDERÓN (0025654/PR, 0025654/PR)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. O Tribunal deliberou fixar a tese na próxima assentada. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado *Global Constitutionalism Seminar*, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Falaram: pelo recorrente a Dra. Deborah de Oliveira Figueiredo; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, o Dr. Ricardo Lucas Calderón, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 21.09.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado *Global Constitutionalism Seminar*, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber,

Teori Zavascki e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: S T C
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS
RECDO.(A/S)	: OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
AM. CURIAE.	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	: LEONARDO ALMEIDA LAGE
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI

EMENTA

Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independentemente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido.

1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores

RE 670422 / RS

supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária.

2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana.

3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero.

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

5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do

RE 670422 / RS

indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’.

iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

6. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, parcialmente, os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nesta assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou as seguintes teses: “**i)** O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; **ii)** essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; **iii)** nas certidões do registro não constará

RE 670422 / RS

nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”. Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação das teses.

Brasília, 15 de agosto de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

20/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

OBSERVAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu queria só, antes de passar a palavra a Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio, fazer uma observação que fiz constar.

Quero fazer um registro de que o Ministro Marco Aurélio, sendo Relator de uma ação direta, tinha pedido, e a Presidência não atentou, que fosse julgada em conjunto com este recurso extraordinário. Eu digo isso, porque estava liberado para julgamento, Ministro, e foi realmente falha nossa ao elaborar a pauta e soube disso apenas hoje.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência é muito bondosa, poupa-me, até certo ponto, a voz.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas tem a palavra. Não sabia que era sobre isso! Por favor, tenha a palavra! É só porque queria justificar a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Muito embora esteja em perfeitas condições.

Liberei também no mês de março a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. Dei instrução ao Gabinete para entrar em contato com a Presidência, a infraestrutura da Presidência, ponderando que deveríamos, por conveniência, ter o julgamento conjunto.

Penso que seria o desejável, o julgamento conjunto dos processos subjetivo e objetivo, este sob a minha relatoria. E por quê? Para ouvirmos também o requerente, que é o Procurador-Geral da República, na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, e aqueles que foram admitidos como terceiros. Menciono o Instituto Brasileiro do Direito de Família, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Grupo Dignidade – pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos – Lidis, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, o Conselho Federal de

RE 670422 / RS

Psicologia e, por último, a Defensoria Pública da União.

Então, pondero, uma vez que não tivemos oportunidade da junção para a pauta dirigida, a necessidade de remarcamos a apreciação da matéria, com a pauta dirigida englobando os dois processos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu, quando fiz a pauta, realmente não vi esse segundo. No dia que eu liberei a pauta, ele não estava. A ADI entrou logo na sequência, porque, como eu libero no dia 17 do mês anterior, foi por isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas foi antes do final do mês, no dia 21 de março fiz a ponderação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por causa do novo Código de Processo Civil...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Hoje estamos com menos três Colegas. E um deles, quando disse que teríamos essa matéria, inclusive sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, ponderou que gostaria de participar do julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu faria uma ponderação apenas.

Eu penso que não prejudica em nada o acatamento da sugestão do Ministro **Marco Aurélio**, mas, até em respeito aos advogados que estão presentes, eu faria a leitura do relatório, ouviríamos os advogados e suspenderíamos o julgamento para continuidade do relatório da ADI.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem, fica de bom tamanho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está bem.

Eu só queria dizer aos Ministros que, quando eu preparo a pauta, tenho que preparar - como neste mês - até o dia 17 do mês anterior, por causa do prazo de publicação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, mas uma certa flexibilidade, inclusive considerada a ponderação de integrante do Tribunal, deve ser adotada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro,

RE 670422 / RS

Ministro! Eu estou assumindo que não vi antes, por isso não incluí. Então, é exatamente por isso que eu estou dando a explicação, porque faço a pauta.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Por essa sistemática, penso que atendemos a todos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Afinal, Vossa Excelência já foi acusada de me proteger. Estimo muito essa proteção, gosto muito dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, ficamos assim: ouviremos o relatório, as sustentações orais, suspendo o julgamento; e, na sequência, chamarei, para os outros Advogados que estão inscritos no caso, que é o item cinco, que é da relatoria do Ministro Fachin.

20/04/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: S T C
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS
RECDO.(A/S)	: OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
AM. CURIAE.	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	: LEONARDO ALMEIDA LAGE
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

S. T. C. interpõe tempestivo recurso extraordinário contra acórdão prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ementado da forma que segue:

“APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO.

À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e

RE 670422 / RS

interesses de terceiros.

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE,
VENCIDO O RELATOR.”

Opostos embargos declaratórios em face de referida decisão, eles foram rejeitados.

A decisão objurgada foi proferida em ação de alteração do registro civil por parte do recorrente. Pleiteava ele, em essência, a modificação, no registro de nascimento, de seu nome – de Sara para Sandro T. C. – e da anotação referente ao gênero – de feminino para masculino. Juntou diversos documentos demonstrando a inexistência de intuito ilícito no pleito, bem como fotos comprovando a aparência masculina desde a infância e testemunhos de pessoas próximas – inclusive daquela que há mais de dez anos é sua companheira -, confirmando não só a identidade masculina, como os desconfortos recorrentes advindos da situação vivenciada pelo autor.

Realizada perícia judicial (fls. 116 a 118), concluiu a perita que

“[a](o) periciada(o) tem aparência e postura nitidamente masculinas, **sendo impossível identificá-lo como mulher**. Apresenta-se emocional e psicologicamente com uma estrutura de personalidade e identidade de gênero masculinas que destoam de seu gênero biológico.

(...)

A avaliação psicológica permite concluir que a(o) pericianda(o) é portador(a) de Transexualismo, patologia em que o indivíduo se sente pertencente a gênero de identidade sexual diferente de seu gênero biológico. A retificação de seu registro civil, ao possibilitar uma melhor adequação entre seu nome e sua aparência física, certamente evitará os constrangimentos e sofrimentos pelos quais tem passado” (fl. 117 e verso – destaque nosso).

Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 131 a 136), **tendo sido determinada a alteração do prenome, tal como**

RE 670422 / RS

requerido na inicial. Ao pedido de retificação do sexo biológico, contudo, negou-se provimento, sob a alegação de que sua acolhida estaria condicionada à realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual – no entender do Juízo, “marco identificador maior do processo de adequação do sexo biológico de nascimento ao sexo psicossocial” -, o qual não teria ocorrido no presente caso.

Irresignado, o recorrente aviou recurso de apelação, no qual buscava lograr a modificação do gênero declinado no registro civil – **o capítulo referente ao prenome transitou em julgado após a sentença, uma vez que não houve inconformismo por parte do Ministério Público.**

Em segunda instância, tal qual assentado na ementa acima reproduzida, deu-se parcial provimento ao apelo, vencido o Relator (fls. 162 a 172).

O Revisor, autor do voto vencedor, ao versar acerca da necessidade ou não de manter-se no assento de nascimento alguma referência ao fato de que a nova denominação de sexo se devia a uma decisão judicial, invocando precedente daquele mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, consignou o seguinte:

“A solução encontrada naquele feito – e que adoto também aqui – é no sentido de que seja averbado no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Isso em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros.

No caso, por mais que a ciência tenha avançado, e com todos os recursos da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo que mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar com o aspecto cromossômico, este imutável.

Saliento que tal providência não acarretará qualquer reflexo deletério na pessoa do requerente, pois, como sabido,

RE 670422 / RS

para todos os atos da vida civil, basta apresentar a carteira de identidade, ou, eventualmente, o passaporte, documentos nos quais não consta o gênero de seu portador” (fl. 171 e verso).

É contra essas conclusões que se insurge o autor.

O apelo extremo, interposto com fulcro na alínea a do permissivo, ampara-se na alegada ofensa aos arts. 1º, inciso III; 3º, inciso IV; 5º, inciso X; e 6º da Constituição Federal.

Narra o recorrente que, embora originalmente registrado como Sara, em virtude do nascimento com par cromossômico XX e do fenótipo feminino, desde a mais tenra idade sente pertencer ao sexo masculino, convicção solidificada ao longo de sua existência. Refere ter-se submetido a uma hormonoterapia e à cirurgia de mastectomia, tendo adquirido a identidade do gênero masculino e que, desse modo, mantida a decisão exarada pelo tribunal de origem, continuará a ser vítima de discriminação. Entende que a alteração parcial de sua identidade ensejará a continuidade do preconceito, da hostilidade e dos questionamentos maldosos que marcaram sua vida.

Sustenta o postulante que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao determinar que, na identificação do sexo, constasse o termo “transexual”, feriu os direitos à **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso IV, CF), à **intimidade** (art. 5º, inciso X, CF) e à **saúde**, enquanto responsabilidade do próprio Estado (art. 6º, CF), incorrendo, ainda, em inobservância do direito à **felicidade** e do **dever de promoção do bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade ou **quaisquer outras formas de discriminação** (art. 3º, inciso IV, CF).

Alega que não alterar a identidade de gênero dos transexuais no registro civil implica criar empecilhos ao objetivo constitucional do bem comum, uma vez que a discriminação potencial, a perseguição e a violência persistem em inúmeras situações que compõem a vida cotidiana.

Afirma, ainda, que o direito à intimidade possibilita ao indivíduo, em prol da construção de sua identidade sexual, dispor, até certo ponto, do próprio corpo, em conformidade com sua intimidade, e que, nesse

RE 670422 / RS

aspecto, os transexuais têm sua sexualidade constitucionalmente tutelada pelo Estado, a quem incumbe, mais do que colocar à prova a posse ou não de genitália tida como adequada, protegê-la contra os outros e mesmo contra sua própria ingerência.

Aduz, em adição, que a pluralidade humana, no dizer de Hannah Arendt, possui um duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce da ordem jurídica democrática, deve contemplar e tutelar tal dualidade. Disso resultaria que vislumbrar no transexual uma pessoa incapaz de decidir sobre a própria sexualidade apenas e tão somente porque não integra o grupo hegemônico de pessoas para quem a genitália corresponde à exteriorização do gênero iria frontalmente contra essa mesma dignidade humana.

Nesse ponto, argumenta, decidir pelo transexual qual seu sexo significaria relegá-lo à categoria de objeto, “retirando-lhe toda e qualquer autonomia, ou julgando sua escolha menos válida, menos honrosa que as outras e, portanto, inviável” (fl. 199). Defende, em adição, que a própria definição de sexo como um atributo de ordem cromossômica imutável ou como a presença ou não de certa genitália fere a autonomia do transexual, conforme estabelecido na própria Convenção Internacional dos Direitos do Gênero.

Prossegue asseverando que

“quando a pessoa perde a correspondência mais comumente percebida entre carga cromossômica, genitália e exteriorização de gênero, tal implica na alteração de sexo, em conformidade com as experiências vividas e a exteriorização de gênero” (fl. 200).

Adita a parte ser

“(...) incoerente e discriminatório pensar que a mesma inconformidade entre gênero e genitália seja vetada, sendo transexual considerado um *homem falso*” (fl. 200).

RE 670422 / RS

No que tange à exigência de realização de cirurgia de transgenitalização, **informa o recorrente que já utilizou todos os recursos da medicina a seu alcance, tendo se furtado a se submeter ao referido procedimento cirúrgico em virtude de seu caráter experimental e de seus riscos, tendo em vista a ausência de resultados minimamente satisfatórios.**

Nesse sentido, aponta que

“[a] neofaloplastia é ato cirúrgico para a formação de um pênis a partir do órgão sexual feminino. Em razão da sua complexidade, as complicações que permeiam o procedimento e a recuperação são inúmeras e gravíssimas, ocorrendo, em grande parte dos casos, a necrose do neofalo, que pode resultar na perda do órgão sexual” (fl. 203).

Pondera, a respeito, que a falta do órgão sexual masculino não implica ausência de masculinidade, uma vez que **a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, encontrando-se intimamente ligada a um conjunto de outros fatores psicológicos, sociais e culturais. Enfatiza que, no contexto atual, não é possível exigir que todo transexual seja submetido a uma cirurgia de transgenitalização para que logre a alteração de seu registro civil.**

Por fim, afirma que o procedimento mencionado não é a cura para o transexualismo, uma vez que, enquanto distúrbio de personalidade, esse não desaparece com a remoção da genitália e que, em verdade, tal consiste apenas em uma das partes do tratamento da doença. Disso resultaria a inviabilidade de se condicionar a alteração do registro civil à realização da cirurgia de mudança de sexo. Aliás, em seu entender, essa última

“é consequência da vontade, advinda da experiência pessoal de cada transexual, do nível de conhecimento médico, da disposição em enfrentar uma cirurgia arriscada, enfim, de

RE 670422 / RS

fatores de ordem pessoal e tecnológica, a qual não pode ser um fator gerador de tutela jurídica para o indivíduo transexual, sob pena de afrontar-se o direito à saúde”(fl. 205).

Considera, dessa forma, que a partir do momento em que passou-se a considerar a noção de saúde como o bem-estar psicofísico e se entendeu ser a síndrome transexual uma grave disfunção psicofísica, a vontade individual passou a ser merecedora de tutela privilegiada.

Crê consistir em evidente iniquidade o fato de o Poder Judiciário, em face das violações dos direitos à saúde, à dignidade da pessoa humana, à intimidade e à promoção do bem comum, exigir, ainda que implicitamente, por meio da negação de alteração do registro civil, a realização de cirurgia de alteração de sexo, tendo em vista que a neofaloplastia constitui procedimento com baixa promessa de êxito e que traz consigo uma quantia atemorizante de possíveis efeitos colaterais, os quais podem chegar, em casos extremos, à completa perda da estrutura genital do indivíduo e, até mesmo, à morte.

Encerra asseverando que

“a adesão tanto à visão de sexo como genitália de nascimento, quanto como genitália produzida é falsa, tornando o **gênero, de elemento central da vida** para uma mera característica irreduzivelmente subjacente ao órgão genital. O gênero de uma pessoa, no entanto, de maneira geral e mais ou menos uniforme define como a pessoa se relacionará com o mundo, define suas amizades, seus romances, sua maneira de vestir, seus projetos de futuro, não podendo ser sentenciado à expressão masculina ou feminina por mero acaso genético” (fl. 207).

Requer, ao cabo, a parte recorrente que seja dado provimento ao recurso extraordinário, a fim de que se acolha integralmente seu pedido de retificação do registro civil – tanto do nome como do sexo – sem que se faça referência alguma à condição de transexual nas certidões.

Vindos os autos ao Supremo, deu-se vista ao Ministério Público para

RE 670422 / RS

colheita de seu parecer. O opinativo foi pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, tendo sido elaborada a seguinte ementa :

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRANSEXUAL ALTERAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DO GÊNERO SEXUAL POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL: DIREITO IMANENTE À PERSONALIDADE, COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À INTIMIDADE E À SAÚDE. VEDAÇÃO AO PRECONCEITO.

1. Condicionar a realização de cirurgia de modificação do fenótipo feminino para o masculino à alteração do assentamento civil do sexo, elemento meramente acidental do direito da personalidade, vai de encontro ao direito à integridade física, à saúde e à dignidade da pessoa humana, ainda mais quando se trata de procedimento realizado de modo experimental, com pouquíssimas chances de êxito e riscos de graves sequelas, inclusive a perda completa da estrutura genital.

2. A inclusão do termo transexual no registro civil não retrata a verdade sexual psicológica, além de embaraçar o exercício da liberdade e a aquisição da identidade plena, mantendo o recorrente em inaceitável situação de angústia e incerteza, situação também violadora da dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. Tal averbação, ainda que sigilosa, seria discriminatória, pois a legislação, para fins de registro, somente reconhece dois sexos: o feminino e o masculino.

3. Não se afigura lógica nem razoável decisão que, de um lado, permite a alteração de antenome do recorrente, averbando antropônimo nitidamente masculino, e, de outro, insiste em manter no assentamento civil a anotação do gênero feminino, arrostando direito constitucional básico, o da personalidade.

4. Esse Colendo Supremo Tribunal Federal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da autodeterminação, da não discriminação e da busca da felicidade, entende que

RE 670422 / RS

toda pessoa tem direito fundamental à orientação sexual, havendo reconhecido recentemente a plena legitimidade da união homoafetiva. (ADI 4277 e a ADPF 132, DJe 198, 14/10/2011).

5. No mesmo julgamento, destacou-se: *‘o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica’*; devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz do inciso IV do art. 30 da CF.

6. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.”

Na sequência, convencido de que a questão posta em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, reconheci a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O assunto foi inscrito como **Tema nº 761** da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de

RE 670422 / RS

redesignação de sexo.

Ante o reconhecimento da transcendência do tema, determinou-se nova vista ao Ministério Público, que opinou pelo provimento do recurso extraordinário, propondo que fosse fixada a seguinte tese: “é possível a alteração de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de adequação de sexo, sendo vedada a inclusão, ainda que sigilosa, do termo ‘transexual’ ou do sexo biológico nos respectivos assentos” (fls. 391).

Registro que a temática aqui debatida é objeto também da ADI nº 4.275/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e distribuída à relatoria do eminente Ministro **Marco Aurélio**. Referida ação, ainda pendente de apreciação, objetiva seja conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei nº 6.015/73, com a finalidade de que seja reconhecido o direito dos transexuais à substituição do prenome e do sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Por último, anoto que pleitearam seu ingresso no feito, na condição de **amici curiae**, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM), o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), o Transgrupo Marcela Prado (TMP), as Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro, do Espírito Santo, do Rio Grande do Sul e de São Paulo, a Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH), a Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da UFMG, o Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT da UFMG, a Defensoria Pública da União, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADvS) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT).

Desses, foram aceitos o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e a Defensoria Pública da União.

Iniciado o julgamento em 20/4/2017, procedeu-se à leitura do relatório, bem como à oitiva dos advogados inscritos e, na sequência,

RE 670422 / RS

suspendeu-se o julgamento para aguardar a apreciação conjunta com a ADI nº 4.275/DF, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio**.

Retomada a deliberação em 22/11/2017, procedi à leitura do voto, no qual dei provimento ao extraordinário, no que fui acompanhado pelos Ministros **Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber**. O julgamento foi interrompido, contudo, por pedido de vista formulado pelo eminente Ministro **Marco Aurélio**.

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : S T C

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS)

RECDO.(A/S) : OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP)

AM. CURIAE. : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S) : LEONARDO ALMEIDA LAGE (0043401/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal deferiu o ingresso nos autos, como *amici curiae*, do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT. Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Falaram: pelo *amicus curiae* ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Dr. Leonardo Almeida Lage; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal; e, pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT e Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.4.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O assunto foi inscrito como Tema nº 761 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual – como masculino ou feminino - mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Torno a salientar que a questão relativa à modificação, no registro de nascimento, do nome da parte recorrente – de **Sara** para **Sandro** – sem que tenha sido realizada a referida cirurgia transitou em julgado, não sendo objeto deste extraordinário. A questão foi bem equacionada pela leitura da respeitável sentença e do venerando acórdão do tribunal regional.

No que toca ao objeto do apelo extremo, não há questões processuais a serem resolvidas e há plenas condições para que o recurso seja decidido em seu mérito.

Como lembrado no relatório e manifesto pelas partes envolvidas e pelos **amici curiae**, não há dúvida de que vivemos em um mundo visivelmente marcado pela intolerância ao que se considera diferente, heterodoxo. Por isso, quaisquer institutos, processos ou situações que deem azo ao preconceito hão de ser, inicialmente, afastados e, por fim, expungidos.

É evidente que a questão constitucional posta nos autos importa no que a doutrina denomina de “caso difícil”, na medida em que traz a exigência de uma necessária ponderação entre diversos princípios, dentre eles, os da intimidade, da identidade de gênero e da felicidade, de um lado, os da publicidade, da informação, da veracidade, da confiança dos registros públicos e da segurança jurídica, de outro. A conclusão final, é claro, há, ainda, de respeitar a dignidade da pessoa humana.

RE 670422 / RS

Como venho salientando há tempos¹, o Estado Democrático de Direito, conhecido hodiernamente como Estado Constitucional, não pode conviver com ações estatais desafinadas com o respeito aos indivíduos e a promoção indistinta do bem de todos, independentemente de essas ações serem praticadas por esse ou aquele Poder instituído.

A Carta da República de 1988, confirmando essa vocação democrática nacional e reafirmando os direitos humanos fundamentais, foi pródiga em disposições nesse sentido. Estabeleceu que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil não só a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, mas a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, da CF), o que se deve realizar com o resguardo a valores fundamentais como a igualdade (art. 5º, **caput**, da CF) e a privacidade (art. 5º, inciso X, da CF).

Por sua vez, o preâmbulo de nossa Carta Maior, a despeito de não integrar seu corpo normativo, deixou registradas as elevadas intenções do povo brasileiro de instituir um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre diversos bem jurídicos, o bem-estar, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade, que se espera seja fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Em uma ordem jurídico-constitucional em que o respeito à dignidade do ser humano e o poder-dever de garantir seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade fática e o pluralismo jurídico instituídos nos levam a concluir que algumas soluções imprecisas de outros ramos do Direito não se revelam adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao exercício pleno pelo ser humano da liberdade de escolha de identidade, orientação e vida sexual.

1 **Vide** parecer conjunto que elaborei como Advogado-Geral da União nos autos da ADI nº 4.277 (fls. 398 a 418).

RE 670422 / RS

Portanto, afirmo que qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional razoável e proporcional importa em limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direitos como ser humano, como cidadão.

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

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

Para a certeza das coisas, passo a tratar as diferenças entre sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Conforme Robert Jesse Stoller², o **sexo** é um termo científico que se refere aos aspectos biológico, morfológico, fisiológico e anatômico do ser humano (homem ou mulher, sexo masculino ou feminino, macho ou fêmea).

A **orientação sexual** está ligada à questão da atração e do desejo sexual de um indivíduo em relação a outro(s) (heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade).

A **identidade de gênero**, por sua vez, está relacionada aos aspectos psicológicos, sociais, culturais e históricos concernentes ao sexo, a como a pessoa se vê, como ela se autodefine e se identifica, podendo haver a coincidência entre as identidades de gênero e de sexo ou não (como no

2 Falecido psicólogo e pesquisador norte-americano da “UCLA Gender Identity Clinic”, autor de inúmeras obras sobre sexualidade e gêneros como **Sex and Gender: the Transsexual Experiment**: New York, Rowman & Littlefield, 1976 e **Sex and Gender: on the Development of Masculinity and Femininity**. New York: Science House, 1968.

RE 670422 / RS

caso dos denominados transexuais).

Os transexuais são portadores da neurodiscordância de gênero, que ocorre quando a pessoa rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu corpo, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto³.

O termo “transexualismo” foi formulado pelo cirurgião e cientista alemão, radicado nos Estados Unidos, PhD Harry Benjamin em seus trabalhos publicados na década de sessenta. O termo se referia aos casos em que havia divergência psíquica/mental nos indivíduos, os quais, embora nascidos com determinado sexo, identificavam-se como pessoas do sexo oposto. O transexual, além de aversão a sua genitália original – pois se vê como pessoa de outro sexo –, considera indesejados outros traços sexuais seus, o que o leva a querer ajustar-se ao sexo com o qual se identifica, sendo importante salientar que somente quando são respeitadas as regras contidas nas normativas que analisaremos em seguida, o Conselho Federal de Medicina reconhece como “acertada, válida e necessária a cirurgia” de adequação de sexo (**vide VIEIRA, Felipe Sousa. Prenome e Gênero do Transexual: averbação ou retificação?; Revista Ciência Jurídica**, ano XXIX, vol. 183, mai./jun. 2015, p 14 e 15; e KLABIN, Aracy Augusta Leme. **Aspectos jurídicos do transexualismo**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1977. p. 5.).

Conforme abalizada doutrina, o termo “transexual” passou por uma evolução conceitual. Inicialmente, referia-se aos indivíduos que, em função de “disforia de gênero” e de terem, por isso, a impressão de terem nascido nos corpos errados, tinham ojeriza a seu órgão sexual biológico e, por conta disso, desejavam realizar cirurgia de mudança de sexo e não aceitavam que terceiros soubessem de sua condição de transexuais. Com o tempo, foram incluídas nessa categoria pessoas que “não desejam realizar a cirurgia por uma série de fatores (medo de cirurgia, ausência de condições financeiras para realizá-la na iniciativa privada e temor de não ter prazer sexual com o novo órgão sexual construído cirurgicamente, por

3 DINIZ, Maria Helena. **Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 265.

RE 670422 / RS

exemplo)”. Note-se que há transexuais que simplesmente não sofrem de ojeriza por seu órgão sexual, apenas não sentem prazer genuíno durante a relação sexual.

“Assim, entende-se aqui que transexual é a pessoa que se identifica com o gênero oposto àquele socialmente atribuído ao seu sexo biológico e que geralmente não quer que as pessoas em geral saibam de sua transexualidade após a adequação de sua aparência a seu sexo psíquico. Trata-se, assim, de uma questão puramente identitária, não médica” (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Minorias sexuais e ações afirmativas*. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Minorias Sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2013. p. 37).

Não há que se confundir, no entanto, o transexual com o travesti. Esse último, conforme abalizada doutrina⁴, apenas gosta de se identificar com o sexo oposto pelo traje, pois sente prazer em utilizar roupas características do sexo oposto, mas, contrariamente ao primeiro, não possui o desejo de alterar seu sexo ou sua identidade sexual.

Tampouco o transexual se confunde com o bissexual, que é o indivíduo que sente atração ou pratica sexo com pessoas de ambos os sexos. A abordagem está na esfera da orientação sexual e não na da identificação de gênero.

Note-se que o hermafrodita pode se encaixar dentro da categoria do transexual, na medida em que essa pessoa, a despeito de possuir órgãos sexuais de ambos os sexos, o que é deveras raro, possui uma determinada identidade sexual psicológica. Ainda que se possa concluir que, biologicamente, certo indivíduo hermafrodita é um homem ou uma mulher – pelos seus cromossomos ou por outras características físicas preponderantes –, sua identidade sexual psíquica pode divergir da identidade biológica⁵.

4 VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

5 VIEIRA, p. 219.

RE 670422 / RS

Importante se faz anotar que se está tratando, nesses autos, do direito do transexual que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu corpo e se identifica psicologicamente, conforme doutrina⁶, com o gênero oposto. Essa neurodiscordância de gênero exige que o regime jurídico respeite essa condição especial do ser humano.

Na atualidade, essa variante na identidade de gênero – é importante que se saliente –, não tem mais sido tratada pelos cientistas em geral ou pela American Psychiatric Association (APA), desde 2012, como um transtorno mental, mas como uma situação em que determinada pessoa com o sexo feminino, por exemplo, sente-se como homem, ou vice-versa.

O Estado brasileiro reconheceu a necessidade da tutela do direito do transexual de realizar a cirurgia de transgenitalização, de forma experimental, nas Resoluções nºs 1.482/1997 e 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, na Resolução nº 1.955/2010 daquele Conselho, passou-se a autorizar a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva das genitálias externa e interna e dos caracteres sexuais secundários, alcançando-se para a produção tanto dos órgãos sexuais femininos (neocolpovulvoplastia) como dos masculinos (neofaloplastia).

No âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador foi instituído pela Portaria MS nº 1.707/2008 e esse foi ampliado para outros procedimentos de alta complexidade pela Portaria MS nº 2.803/13, a saber: i) tireoplastia, que importa na redução do pomo de adão com vistas à feminilização da voz e o alongamento das cordas vocais no processo transexualizador; ii) mastectomia simples bilateral, mediante a ressecção das mamas e o reposicionamento do complexo areolo-mamilar; iii) histerectomia com anexectomia bilateral e colpectomia, importando em ressecção do útero e dos ovários, com retirada parcial ou total do segmento da vagina.

Ocorre que esses procedimentos têm sido realizados em prazos por demais alargados e ainda há dúvidas quanto a sua eficiência, para alguns profissionais, do ponto de vista da satisfação psicológica dos pacientes.

Penso não existir qualquer dúvida de que, com a entrada em vigor

6 DINIZ, Maria Helena. **Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 265.

RE 670422 / RS

das normativas médicas mencionas e da Lei nº 9.708/1998, que alterou o art. 58 da Lei nº 6.015/1973, o transexual submetido a cirurgia de redesignação de gênero – também conhecida como cirurgia de reconstrução genital, ou ainda, cirurgia de confirmação de gênero – tem o direto subjetivo de alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido, bem como sua categoria sexual no assento de nascimento.

Não foi outra a conclusão do primeiro e paradigmático julgamento do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o saudoso Ministro Carlos Alberto **Menezes Direito**, a quem tive a honra de suceder na cadeira de nossa Suprema Corte. Sua excelência, como Relator do Resp nº 678.933/RS, sob o fundamento da proteção à dignidade da pessoa humana, assim decidiu, como consta da ementa do v. acórdão:

“Mudança de sexo. Averbação no registro civil.

1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.

2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, Resp nº 678.933/RS, Terceira Turma, Rel. Min. **Menezes Direito**, julgado em 22/3/07).

Transcrevo o teor de outros dois julgamentos do Colendo Tribunal. Em belíssimos votos proferidos pelos eminentes Relatores, em ambos os

RE 670422 / RS

casos, entendeu-se que a legislação registral confere amparo jurídico para que o transexual operado obtenha autorização judicial para a modificação de seu prenome e de sua categoria sexual, substituindo o primeiro por apelido público e notório pelo qual o indivíduo é conhecido no meio em que vive. Seguem as ementas:

“REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei nº 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido” (STJ,

RE 670422 / RS

Resp nº 737.993-MG, Quarta Turma, Relator o Ministro **João Otávio de Noronha**, DJe 18/12/09).

“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

(...)

Recurso especial provido.”(STJ, Resp nº 1.008.398-SP, Relatora a Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe 18/11/09).

Esta Suprema Corte ora se reúne para decidir se a pessoa não submetida a cirurgia pode não só modificar seu nome como também ter alterada sua designação de gênero no registro civil e, por que não, também nos demais documentos públicos.

RE 670422 / RS

Alerto que aqui não estamos apenas analisando uma política de reconhecimento da identidade, tema bem tratado pelo filósofo canadense Charles Taylor⁷; devemos ir além da simples autocompreensão do indivíduo, o que será muito importante e valioso para ultrapassarmos a dimensão ontológica do indivíduo – do sujeito relacionado com seu meio social –, e alcançar um nível advocatório, o que exige uma defesa dos direitos individuais de forma pública e democrática, não anatomista. Na espécie, esta Suprema Corte não pode se limitar à prática de mero exercício da subsunção, sob pena de impedir que o transexual seja respeitado em seu direito de ter um tratamento igualitário e não discriminatório.

A hermenêutica aplicada há de levar em conta também a força normativa dos fatos para efetivar a ponderação a garantir a proteção máxima aos direitos fundamentais dos transexuais, sem nulificar a segurança jurídica e o interesse da coletividade.

Todo ser humano possui o direito à personalidade – o que inclui o nome civil, a designação de gênero, o estado civil e o domicílio – e os direitos de viver em sociedade, de conviver em família e em comunidade.

Renovo minha convicção de que todo ser humano deve ter afirmada a plenitude de seus direitos, que são os elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade. A concretização dos direitos da personalidade, como já asseverado por Gustavo Tepedino é insuscetível de redução a uma situação jurídica tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, principalmente porque “o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica”⁸.

Até o século XIX, os direitos da personalidade pareciam pertencer a um universo extrajurídico. A proteção jurídica ao nome, por exemplo, no

7 TAYLOR, Charles. As fontes do self: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. Original: *Sources of the Self – The Making of the Modern Identity*. Harvard University Press: Massachussets, 1994.

8 TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23.

RE 670422 / RS

Direito Alemão, passou a existir efetivamente somente a partir do Código Civil de 1900 (art. 12), reconhecendo-se ele como um dos atributos da personalidade. Tal como entendido comumente, o nome seria uma designação exclusiva de cada ser humano, a cumprir não só sua função de identificação em relação aos demais indivíduos de uma coletividade e à própria sociedade.

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

O atributo da estabilidade do registro de identificação do nome, conhecido também por “imutabilidade do nome”, imposto pela primeira vez na França (na Ordenação de Amboise, expedida pelo Rei Enrique II em 1553, que se consolidou depois com a Lei do Nome (Lei francesa nº 6 de 1794), tem sido garantido nos Estados constitucionais para resguardar a segurança jurídica e a confiança.

Aliás, não há como se desprezar o desenvolvimento doutrinário e normativo sobre a identificação dos indivíduos diante do objeto axiomático de interesse público estatal para a salvaguarda da ordem social e da segurança jurídica⁹.

No entanto, como se sabe, esse atributo não é absoluto, e a história registral não só marca a existência de normativas modernas a partir do Século XVI (na referida Ordenação de Amboise e Código Michaud, promulgado por Luís XIII, em 1629), mas também de tempos antigos, pois no Século III, o Código de Justiniano estabeleceu, pela primeira vez na história, uma previsão a autorizar a alteração de nomes, desde que observada a condição de que a modificação fosse “inocente”, sem propósitos fraudulentos ou que viesse a causar dano para outras pessoas, regramento esse que também acabou por ser adotado, por exemplo, na Espanha (Título VII – De las falsedades de la Partida Séptima del Rey Alfonso, Ley II)¹⁰.

9 OPIELA, Carolina von. “Transformaciones: La (in) estabilidad del nombre y la identidad autopercibida”. In, OPIELA, Carolina von (Coord.). **Derecho a la Identidad de Genero**. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 208.

10 PLINER, Adolfo. **El dogma de la inmutabilidad del nombre y los ‘justos motivos’**

RE 670422 / RS

A alteração do prenome, no Brasil, possui fundamento nos arts. 55, parágrafo único, 56 a 58, **caput** e seu parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos.

Walter Ceneviva¹¹, em sua clássica obra, ressalta que, uma vez que se constate ser o prenome capaz de submeter seu titular a situações vexatórias, a alteração há de ser deferida, a requerimento, com a prova do alegado.

Vê-se, portanto, ser possível, em casos excepcionais, superar a barreira da imutabilidade do prenome. Isso porque, o prenome pode, excepcionalmente, ser modificado por decisão judicial, nos termos do art. 58 da LRP, que assim dispõe:

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.”

Concluo, sobre o tema, que o afastamento da regra da imutabilidade do nome, desde que por exceção e motivadamente, como previsto no art. 57, completado pelo que dispõe o art. 58, sob a óptica constitucional, se aplica aos transexuais, justificando a alteração dos nomes para a adequação dos registros aos apelidos públicos notórios ou que venham a ter o reconhecimento judicial, visto que, a toda evidência, diante da situação fática posta no dia a dia das pessoas transexuais, ficará evidente sua exposição ao ridículo caso seus pleitos de reassentamento não sejam concedidos, violando-se, na espécie, a dignidade da pessoa humana.

No caso concreto, vê-se que a alteração do nome, deferida em primeiro grau e mantida no tribunal de origem, não foi objeto de controvérsia neste extraordinário, razão pela qual, nesse ponto, fica evidente o trânsito em julgado.

para cambiá-lo”. Buenos Aires: La Ley, 1979, p. 276.

11 **Lei dos Registros Públicos Comentada**. São Paulo: Saraiva. 2003.

RE 670422 / RS

No entanto, há que se anotar, até para a definição da tese, que a mudança do prenome – e do sexo registral - visa a garantir a efetividade da identidade de gênero da pessoa, a qual ficará suscetível a toda espécie de constrangimentos na vida civil, ainda que não realizada por qualquer razão a cirurgia de redesignação de gênero. **Aliás, anotem-se os elementos definidores do transexualismo mencionados no art. 3º da Resolução CFM nº 1955/2010, e que hão de ser respeitados, a saber: i) o desconforto com o sexo anatômico natural; ii) o reconhecimento da existência de um sexo psicológico que se contraponha ao físico e ao registral; iii) o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; iv) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e v) ausência de transtornos mentais.**

Quanto ao pedido de alteração do sexo no assento de nascimento, procedem as razões recursais. Vejamos. Estabelece o art. 54 da Lei de Registros Públicos que o assento do nascimento deverá conter, dentre outras referências, informação sobre o sexo do registrando, dado que também deve constar do assento de óbito.

A modificação do sexo registral **sem cirurgia de redesignação de sexo** é o ponto diferenciador deste caso daqueles judicializados no passado. Sobre o tema, tenho a convicção da necessidade de se reconhecer a identidade de gênero, como já salientado anteriormente, para avançarmos para uma proteção jurídica completa, ultrapassando a classificação binária, tradicional e estática, das pessoas em sexo masculino ou feminino. Isso significa que o sistema há de se aperfeiçoar, indo além daquele tradicional de identificação por sexos para abarcar também os casos daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento do nascimento e das respectivas conformações biológicas.

A jurista e profunda conhecedora do tema em pauta, Maria Berenice Dias, muito bem acentuou que

“o nome registral do cidadão trans não remete a sua identidade, mas justamente afronta-a. A despeito de sua

RE 670422 / RS

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

A Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em data recente (9/5/17), encerrou o julgamento de caso similar, tendo prevalecido o voto do eminente Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Diante dos importantes argumentos apresentados por Sua Excelência, não posso me furtar de reproduzir importante trecho do voto vencedor do Resp nº 1.626.739, o qual também penso que deva amparar as conclusões desta Suprema Corte:

“A análise da pretensão deduzida pela autora (de retificação do nome e do sexo no registro civil) reclama o exame de direitos humanos (ou de personalidade) que guardam significativa interdependência, quais sejam: direito à liberdade (de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana), direito à identidade, direito ao reconhecimento perante a lei, direito à intimidade e à privacidade, direito à igualdade e à não discriminação, direito à saúde e direito à felicidade (ao bem estar geral).

O direito à identidade integra o conteúdo mínimo dos

RE 670422 / RS

direitos de personalidade. Na presente perspectiva, diz respeito ao direito fundamental dos transexuais de serem tratados socialmente de acordo com sua identidade de gênero. A compreensão de vida digna abrange, assim, o direito de serem identificados, civil e socialmente, de forma coerente com a realidade psicossocial vivenciada, a fim de ser combatida, concretamente, qualquer discriminação ou abuso violadores do exercício de sua personalidade.

O referido direito está umbilicalmente vinculado ao direito de liberdade de desenvolvimento e expressão da própria personalidade (...) Desse modo, sendo certo que cada pessoa é livre para expressar os atributos e características de gênero que lhe são imanentes, não se revela legítimo ao Estado condicionar a pretensão de mudança de sexo registral dos transexuais à realização da cirurgia de transgenitalização. Tal imposição configura, claramente, indevida intromissão estatal na liberdade de autodeterminação da identidade de gênero alheia.

Assim, a exigência de cirurgia de transgenitalização para viabilizar a mudança do sexo registral dos transexuais vai de encontro à defesa dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – máxime diante dos custos e da impossibilidade física desta cirurgia para alguns -, por condicionar o exercício do direito de personalidade à realização de mutilação física, extremamente traumática, sujeita a potenciais sequelas (como necrose e incontinência urinária, entre outras) e riscos (inclusive de perda completa da estrutura genital).

Com efeito, somente a vontade livre e consciente da pessoa (sem qualquer imposição estatal) pode legitimar o referido procedimento cirúrgico, o qual não deve figurar como pressuposto ao exercício pleno da personalidade dos transexuais, no que diz respeito ao direito de obterem a alteração do prenome e do sexo do registro civil compatíveis com o gênero vivenciado.

(...)

No que diz respeito aos transexuais não operados, a recusa do direito de adequação de identidade registral à

RE 670422 / RS

realidade psicossocial vivenciada, pode mesmo configurar inobservância de sua liberdade de escolha. Traduz flagrante empecilho à realização pessoal do indivíduo, cuja segregação e tensão na esfera social serão mantidas com o autoritarismo estatal”¹².

Nessa esteira de pensamento, violaria a utilidade do direito deferir-se a modificação do prenome do transexual, adaptando-o a sua nova aparência física, e manter-se a anotação original relativa ao sexo. **O mesmo pode ser dito da solução proposta no acórdão do tribunal de origem de que a alteração incluísse o designativo “transexual”.**

Como salientado anteriormente, além do transexual não desejar ser reconhecido socialmente dessa forma, não existe, sob o ponto de vista científico, essa categoria de sexo. Em verdade, pretende esse indivíduo ser reconhecido pelo sistema como sendo do sexo oposto. Necessita essa pessoa que sua autodeterminação de gênero, que está no campo psicológico, seja também reconhecida no âmbito social, jurídico e, em muitos casos, também no plano morfológico/biológico (médico)¹³, como se extrai de todos os trabalhos científicos – jurídicos, médicos, psicológicos, sociológicos e antropológicos - mencionados nos autos, inclusive pelos **amici curiae**.

Penso ser importante mencionar, na seara do direito comparado, alguns avanços jurisprudenciais e normativos – naquilo que interessa para o presente julgamento -, em especial na América Latina, lembrando que esses avanços legislativos tiveram nítida inspiração em um documento, sem conteúdo vinculante, porquanto não firmado pelos Estados signatários como um tratado, conhecido como **“Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de**

12 Voto proferido pelo Relator em 11 de outubro de 2016. Não concluído o julgamento. Com pedido de vista ao Ministro Antonio Carlos Ferreira em 6/4/17.

13 Cf. GREGÓRIO, Ricardo Algarve. Transexualismo: identidade sexual e registral. In MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et. al. (Coords.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: Ltr, 2010. p. 220.

RE 670422 / RS

gênero”. Esse documento, firmado por especialistas de diversos países e aprovado por unanimidade, contém recomendações aos governos, às instituições intergovernamentais, à sociedade civil e à própria organização das Nações Unidas para a proteção dos direitos LGBT e tem a pretensão de ser adotado com um **standard** jurídico universal.

O Uruguai foi o primeiro país latino-americano a sancionar uma lei específica sobre o Direito à Identidade de Gênero, o que se deu em 17 de novembro de 2009 com a Ley nº 18.620 (Derecho a la Identidad de Género y al cambio de Sexo em Documento Identificatorios). Essa lei garante, por meio de regras específicas, o direito do indivíduo de viver conforme sua identificação de gênero, independentemente de sua aparência física ou de sua condição sexual biológica. Dentre as principais inovações, o art. 3º da lei estabeleceu que, em nenhum caso, se exigirá, nos casos de dissonância entre a identidade biológica e a identidade psicológica (de gênero) de um indivíduo, a realização de cirurgia de redesignação sexual para que haja a modificação registral de seu nome ou de sua categoria sexual. A lei prevê um procedimento de jurisdição voluntária para a solicitação da retificação registral perante o Juízo da Família e exige um parecer técnico de uma equipe multidisciplinar constituída por um médico psiquiatra, um assistente social e um psicólogo, todos profissionais especializados em identidade de gênero. Anote-se que a lei dispensa o parecer psicossocial caso tenha havido a cirurgia de readequação de sexo.

Interessante acentuar que a legislação uruguaia dispõe expressamente que a decisão judicial que defere a retificação terá efeitos constitutivos a partir da data da alteração no registro de nascimento, considerando-se a retificação como um ato modificativo que se vincula à inscrição anterior, sendo exigível, portanto, a averbação (arts. 4º e 5º). Não bastasse isso, a lei é clara no sentido de que a alteração dos dados não modifica a titularidade dos direitos e das obrigações jurídicas. Para dotar de maior segurança jurídica a providência judicial, inclusive para garantir direitos de terceiros de boa-fé, após a averbação, devem ser oficiados os órgãos estatais registrares, eleitorais, de identificação nacional, inclusive para a retificação de passaporte, se for o caso, dando-se a todos ciência

RE 670422 / RS

sobre a alteração registral operada.

O segundo país latino-americano a consagrar o direito das pessoas trans à autodefinição de sua identidade foi a Argentina, que, por meio da Ley 26.743, de 24 de maio de 2012, não só passou a garantir a todo o indivíduo o direito de solicitar a retificação registral relativa ao sexo, ao prenome e à imagem (foto) quando essa não coincida com sua autodefinida identidade de gênero, como também tratou de buscar a desjudicialização do procedimento, não exigindo prévia cirurgia de redesignação genital nem outras terapias de índole médica ou psicológica para o exercício desse direito. De acordo com o art. 3º da lei, a pessoa interessada pode, gratuitamente, requerer, diretamente no órgão de registro civil a modificação desses dados e pode solicitar, de forma conjunta, um novo documento nacional de identidade. Essa lei, que foi regulada pelo Decreto nº 1007/2012, estabelece que somente há necessidade de decisão judicial no caso dos jovens menores de 18 anos que não obtiverem o consentimento para a alteração dos dados de seus representantes legais.

Seguiram esses exemplos, a Bolívia, o Chile e o Equador, os quais, recentemente, aprovaram leis análogas. Outros países como Peru e Paraguai, por exemplo, a despeito de ainda não possuírem leis específicas sobre a identidade de gênero, têm garantido aos indivíduos, por meio de decisões judiciais, o direito de acesso aos procedimentos de redesignação de sexo, à modificação do nome e até mesmo da classificação de sexo nos registros civis¹⁴.

No Brasil, a alteração do registro, como pretendida, encontra lastro normativo nos arts. 57 e 58 da LRP, cuja leitura sistêmica há de ser realizada combinando-se o § 6º do art. 57 com o art. 110 da Lei nº 6.015/1973, observadas as modificações realizadas pela Lei nº 12.100/09, e, fundamentalmente, aplicando-se os princípios constitucionais

14 Vide esses e outros dados no excepcional trabalho de pesquisa desenvolvido por equipe interdisciplinar formado no “Seminarios Diversidad” (SD) e publicado no sítio: <http://seminariosdiversidad.blogspot.com>. Também no anexo I da seguinte obra coletiva: OPIELA, Carolina von (Coord.). **Derecho a la Identidad de Género**. Buenos Aires: La Ley, 2012.

RE 670422 / RS

anteriormente referidos.

Com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, não há como se manter um nome em descompasso com a identidade sexual reconhecida pela pessoa, que é, efetivamente, aquela que gera a interlocução do indivíduo com sua família e com a sociedade, tanto nos espaços privados como nos espaços públicos. Não é o sexo do indivíduo, a identidade biológica, que faz a conexão do sujeito com a sociedade, mas sim sua identidade psicológica, conforme todos os estudos que foram referidos. Por seu turno, a anotação do designativo “transexual” nos assentamentos pessoais, além de não garantir a dignidade do indivíduo, traria outros efeitos deletérios, como sua discriminação, sua exclusão e sua estigmatização.

A alteração do prenome e da classificação de sexo, como se extrai do regime jurídico registral vigente, depende de decisão judicial (arts. 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973), adotando-se o procedimento de jurisdição voluntária, com a presença do Ministério Público. Penso ser correto o entendimento de que não se trata de retificação de registro – visto que não se trata de corrigir, de emendar os dados registrais anteriores –, mas de averbação de decisão judicial de natureza declaratória, essencialmente constitutiva do aspecto registral.

Conforme doutrina abalizada, as “averbações são lançamentos à margem de registros existentes, destinadas a modificar ou esclarecer” enquanto que as “retificações são alterações destinadas a corrigir assentamentos” (CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23).

Com o devido respeito aos que pensam o contrário, não há como prevalecer o entendimento mais liberal de que a alteração do prenome e da categoria de gênero do transexual deva ser realizada por meio de retificação, sem que conste qualquer espécie de averbação ou anotação no registro de nascimento. Não há, também, previsão legal para que seja efetuado o cancelamento do assento original ou a abertura de novo registro relativamente ao solicitante - lembro que isso é possível, por exemplo, nos casos de adoção bilateral, efetuada pelos dois adotantes,

RE 670422 / RS

situação essa em que há norma específica que determina expressamente o cancelamento do assento original e a abertura de novo registro (art. 47, §§ 2º e 4º, da Lei nº 8.069/1990, com as modificações da Lei nº 12.010/09).

A averbação, no entanto, há de ser realizada sob o manto do sigilo, do segredo de justiça, que deve ser respeitado em todos os casos, a fim de se evitar, de fato, qualquer espécie de constrangimento aos portadores de disforia de gênero.

No assento de nascimento deverá apenas ser anotado à margem do termo, que há averbação por força de decisão judicial, identificando-se a pasta em que deverá ser arquivada a cópia da sentença ou do acórdão, sem se mencionar, no entanto, o conteúdo do julgado.

Com isso, haverá o cumprimento integral da lei, atendendo-se, inclusive, ao que dispõe o art. 29, § 1º, letra f, da Lei nº 6.015/1973, que estabelece a obrigatoriedade da averbação nos casos de alteração ou mesmo de abreviação de nomes.

Com a anotação no registro de nascimento apenas da “averbação por decisão judicial”, resta i) atendido o desejo do transexual pelo reconhecimento de sua nova identidade de gênero, ii) assegurada a segurança jurídica e iii) respeitado o princípio da confiança, que incide sobre todo o regime registral, garantindo-se, inclusive, os direitos de terceiros de boa-fé.

Anote-se que o oficial do Cartório de Registro Civil está obrigado a respeitar o segredo das informações, por determinação do art. 30, inciso VI, da Lei nº 8.935/1994, o que impede que o registrador forneça certidão ou preste qualquer informação sobre dados, ainda que averbados, de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão.

Das certidões de nascimento expedidas após a averbação não poderão constar a existência dessa nem qualquer informação sobre os dados originários objetos da alteração. Nesse sentido tem ido os principais julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive os já mencionados: Resp nº 1008398/SP, Relatora a Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe 18/11/09 e Resp nº 737.993-MG, Quarta Turma,

RE 670422 / RSRelator o Min. **João Otávio de Noronha**, DJe 18/12/09.

Por óbvio, a **certidão de inteiro teor** em que conste o conteúdo da averbação somente poderá ser expedida pelo Cartório de Registro Civil quando solicitada pelo próprio cidadão transexual, na medida em que esse indivíduo é o titular daquelas informações.

Diante da decretação do sigilo, para resguardar o direito do transexual, **os terceiros interessados de boa-fé somente poderão obter as informações sobre o teor da averbação mediante autorização expedida por autoridade judiciária competente**, pleito que há de ser dirigido ao juízo que deferiu a modificação registral - enquanto os autos de jurisdição voluntária não forem arquivados - ou à serventia extrajudicial, que deverá encaminhar o requerimento formulado por esse terceiro a seu juiz corregedor permanente. Em ambos os casos, a autoridade judiciária há de verificar a existência de justo motivo e de comprovação da necessidade e do interesse jurídico de se obter a informação.

É evidente que, para que seja deferido o acesso a essas informações, hão de ser observados os requisitos constitucionais e aqueles delineados na Lei de Acesso à Informação. Nesse contexto, sobressai a previsão expressa do art. 22 da Lei nº 12.527/11, que garante que suas disposições não excluem as “demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”.

Não se olvide que tanto a dignidade da pessoa humana como os direitos à personalidade, à informação e à segurança jurídica possuem estatutura constitucional, razão pela qual eles hão de ser sopesados e há de ser aferida a proporcionalidade, de modo que se alcance a máxima efetividade possível de cada um deles, o que, do ponto de vista hermenêutico, é o caso da solução ora adotada.

Também penso que a Suprema Corte deve se debruçar sobre uma outra questão importante relativamente à segurança jurídica e à confiança¹⁵ do sistema registral: os efeitos práticos da modificação do

15 Vide, por exemplo, a preocupação mencionada em escrito de Felipe Sousa Vieira: “Para evitar qualquer discussão no sentido de que o processo de redesignação sexual possa vir a beneficiar o transexual, dificultando sua identificação por crime anterior cometido ou no caso de inviabilizar sua localização no registro de antecedentes criminais, bastaria que o

RE 670422 / RS

nome e da classificação de sexo de um indivíduo no registro civil. A esse propósito, a experiência dos países que adotaram a legislação de identificação de gênero, como a do Uruguai, há de ser seguida, a fim de se garantir a harmonia do sistema registral e de se fazer respeitar, em todos os níveis estatais, os dados sobre o indivíduo. Explico.

Não parece correto obrigar o transexual a, após a obtenção de sentença judicial, passar pelo calvário de enfrentar todas as instituições públicas, apresentar-se nos balcões de diversos órgãos públicos ou privados e explicar o motivo pelo qual pretende alterar seus registros pessoais. Tendo em vista isso, a autoridade judiciária, de ofício e/ou a pedido do interessado, há de expedir mandado ou ofício específico para que se proceda à modificação em cada registro público ou privado indicado (identificação civil, eleitoral, fiscal, previdenciária, de antecedentes criminais, de prestadores de serviços públicos etc.), **anotando sempre que o destinatário deverá resguardar o absoluto sigilo da origem das informações.**

Observo que a legislação registral não contempla a obrigatoriedade de o Cartório de Registro Civil enviar informações relativamente às modificações das anotações nos registros civis aos órgãos públicos, inclusive aos de identificação civil e de segurança pública – exceção feita aos casos de óbito civil¹⁶. Assim sendo, entendo que a autoridade judiciária competente deverá analisar, em cada caso, o caráter necessário das providências mencionadas, a fim de garantir o respeito aos referidos princípios da segurança jurídica, da informação coletiva e da confiança.

É evidente que as demais consequências jurídicas da modificação do

juiz, antes de autorizar alteração do prenome e sexo, deferisse a expedição de ofícios aos órgãos das cidades em que o transexual já residiu. Desse modo, mesmo após a nova identidade, haveria a atualização de seus antecedentes criminais” (Prenome e gênero do transexual: averbação ou retificação? *Revista Ciência Jurídica*, v. 183, maio/jun. 2015, p. 68 e 69).

- 16 Não há dúvida de que a efetiva criação e implantação de mecanismos que possibilitem o cruzamento de informações públicas, como está previsto na Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017, e que dispõe sobre a Identificação Civil Nacional, em muito facilitará as alterações registrais.

RE 670422 / RS

prenome e da classificação de sexo daquele que padece da disforia de gênero, como no caso de sua eventual participação em competições esportivas ou em concursos públicos, por exemplo, ou, ainda, da utilização pelo indivíduo de serviços públicos, demandarão de todos, em especial dos hermeneutas, a aplicação da adequada técnica do sopesamento, **o que não se resolve no âmbito desse extraordinário, na medida em que isso depende dos suportes fáticos a serem identificados em cada caso concreto.**

Para finalizar, anoto que o respeito à personalidade, com seu caráter plural, como direito fundamental do ser humano, há de ser prática reconhecida não só pela norma, mas pelo sistema jurídico como um todo, tal como ditado pela Constituição da República. O princípio **pro homine**, que importa na aplicação hermenêutica das prerrogativas e potestades concebidas pelas normativas de direitos humanos, deve de ser aplicado no presente julgamento e nos futuros, a fim de possibilitar, com a máxima amplitude, o desenvolvimento dos indivíduos dentro da sociedade, pertençam os direitos ou não a uma minoria.

Também há de se resguardar, na espécie, o princípio da felicidade, que, segundo o escólio do constitucionalista Luís Alberto David Araújo¹⁷, mais do que um estado de ventura que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano individualmente considerado, é um fim da República Federativa do Brasil. Embora o princípio esteja implícito na Carta Política, seu conteúdo pode ser extraído do texto do art. 3º, que dispõe que a República há de promover o bem de todos e a construção de uma sociedade livre e solidária. Portanto, deve o Estado instituir e fazer funcionar mecanismos de realização pessoal, de bem-estar geral de seus habitantes, anseios naturais de todos os seres humanos (arts. 23, parágrafo único, 182 e 193 da CF).

Para isso, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem

17

A proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

RE 670422 / RS

inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana, valor jurídico elevadamente tutelado pela nossa Carta Cidadã.

Eis o teor do voto por mim proferido na assentada de 22/11/17. Naquela ocasião, dei provimento ao apelo extremo e propus, ainda, as seguintes teses de repercussão geral:

1. O transexual, comprovada judicialmente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado “por determinação judicial”, vedada a inclusão do termo ‘transexual’.

3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Ocorre que, nesse meio tempo, levou-se a cabo o julgamento da ADI nº 4.275/DF, sob relatoria do Ministro **Marco Aurélio**. Nas palavras do eminente Relator, tratava-se de ação manejada com vistas a conferir-se ao art. 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, de forma a reconhecer-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil. Consoante se nota, o objeto daquela ação direta assemelha-se ao do presente recurso extraordinário, o qual volta-se a debater a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual como masculino ou feminino - mesmo sem a

RE 670422 / RS

realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Pois bem. O Tribunal Pleno, em sessão realizada em 1º/3/2018, julgou procedente a ADI nº 4.275/DF, prevalecendo, naquela ocasião, o voto proferido pelo Ministro **Edson Fachin**,

“para dar interpretação conforme [à] Constituição e [ao] Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.”

O referido julgado trouxe três conclusões importantes: (i) ampliou o rol de pessoas abarcadas pelo **decisum** – de transexuais, como pleiteado na exordial, para transgêneros; (ii) reconheceu o direito à substituição de prenome e de sexo independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes; e (iii) assentou que a via para a adequação da identidade nos assentos públicos pode ser administrativa ou judicial, ficando afastada a imperatividade dessa última.

Embora coincidentes no tangente à afirmação do direito do fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, o voto por mim prolatado neste extraordinário na assentada de 22/11/2017 diverge parcialmente do julgamento da ADI 4.275, na parte relativa aos sujeitos atingidos pela decisão e quanto à necessidade de decisão do Poder Judiciário.

Nesse ponto, saliento, em primeiro lugar, que a restrição inicial do presente voto aos transexuais deveu-se ao fato de o recurso extraordinário sob análise voltar-se unicamente à reforma do acórdão recorrido e ao acolhimento integral “[d]o pedido de retificação do registro civil de S.T.C., do sexo feminino para o masculino, sem qualquer

RE 670422 / RS

referência à **condição de transexual** nas certidões”.

Consoante se extrai, o extraordinário foi interposto no intuito de debater a questão unicamente sob o ângulo dos transexuais. E, tratando-se de processo subjetivo, conforme se sabe, há adstrição ao pedido formulado pelo recorrente.

Por outro lado, sendo notória a contínua aproximação entre a sistemática da repercussão geral e o processo de controle concentrado de constitucionalidade, aproximação essa que tem permitido a assunção de características do segundo pela primeira – inclusive com apoio de farta jurisprudência desta Corte -, tenho que seria perfeitamente viável expandir o objeto deste apelo, de forma a garantir-se o direito postulado não apenas aos transexuais, mas à categoria muito maior e mais abrangente dos **transgêneros**.

Uma vez que tal ampliação já foi proposta, debatida e aceita pela maioria deste Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, evoluo para, também neste **leading case**, **reconhecer o direito pretendido não apenas aos transexuais, mas sim a todos os transgêneros**.

Também ajusto meu voto para consignar que o procedimento de alteração do prenome e do sexo no registro civil, direito subjetivo da pessoa que se identifica como transgênero, não depende de nada além da própria manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via administrativa como pela judicial, como melhor lhe aprouver.

Entendo, no entanto, que o afastamento da obrigatoriedade da jurisdição voluntária não invalida as considerações por mim anteriormente tecidas quanto ao procedimento registral. Com efeito, subsistem as considerações atinentes (i) à natureza de averbação e não de retificação do ato, (ii) à vedação a observações sobre a origem do ato nas certidões de registro, (iii) à proibição de expedição de certidão de inteiro teor, exceto na hipótese de requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial e (iv) à obrigatoriedade de, acionada a jurisdição voluntária, o magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do

RE 670422 / RS

interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário e apresento as seguintes teses de repercussão geral:

1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transgênero’.

3. Nas certidões do registro, não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

22/11/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: O autor (S.T.C.), que, ao nascimento, tinha conformação física feminina, adotou ao longo do tempo a identidade do gênero masculino. Pleiteou, nesta ação, a alteração de seu nome e do gênero constante dos assentamentos registrários, com vistas a fazer cessar o descompasso destes com sua condição psicológica e social.

A substituição do prenome foi deferida já em primeiro grau, mas sem alteração do registro no que diz respeito ao gênero.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento por maioria, atendeu parcialmente ao reclamo do autor, autorizando fosse anotado no registro civil o termo “transexual”, independentemente da realização de cirurgia nos órgãos genitais.

Nesta sede extraordinária, o recorrente argumenta, em síntese, que essa anotação faz persistir a situação de desconformidade entre a identidade de gênero assumida perante a sociedade e aquela retratada no registro, e portanto a situação de permanente constrangimento, violadora de seus direitos fundamentais.

O parecer do douto Procurador-Geral da República é pelo provimento do recurso, argumentando que a cirurgia de transgenitalização, “extremamente traumática, com pouquíssimas chances de êxito e riscos de deixar graves sequelas”, não pode ser exigida como pré-requisito para o exercício de um dos direitos básicos da personalidade, constitucionalmente assegurado (fls. 225-253).

Reconhecida a repercussão geral do caso, sobreveio nova manifestação da Procuradoria-Geral da República, reiterando a posição pelo provimento e propondo adoção de tese que assegure a alteração de gênero no registro civil, independentemente da realização de cirurgia, vedando-se a inclusão, “ainda que sigilosa”, de referências à condição de transexual ou do gênero biológico nos assentos do registro civil.

RE 670422 / RS

O primeiro ponto a assentar é, efetivamente, a inexigibilidade de procedimento cirúrgico como condição para reconhecer a modificação de gênero.

Como assinala CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES, em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor CELSO LAFER:

“Os transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação” (*A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*, 2012, p. 4).

Há, nesse caso, uma clara contradição entre o estado civil da pessoa e seu modo de ser e agir perante a sociedade (poderíamos dizer: sua *imagem pública*), situação geradora de desconforto e constrangimento. Tanto é assim que a Organização Mundial de Saúde há tempos classifica esse fenômeno como “transtorno de identidade sexual” (CDI 10 F64.0).

Embora a Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, enumere como requisito para o reconhecimento da condição de transexual o “desejo expresso de eliminar os genitais” do sexo original, com vistas a adquirir as características do sexo oposto, a tendência atual dos ordenamentos jurídicos – inclusive em termos de direito comparado – é no sentido de dispensar a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Em primeiro lugar, há que se ter presente a distinção entre “sexo” e “gênero”.

A conformação física externa é **apenas uma – mas não a única** - das características definidoras do gênero. E a doutrina moderna ressalta “a superioridade do elemento psíquico sobre o físico, considerando

RE 670422 / RS

suficiente a irreversibilidade da identificação psicológica, que tende a prevalecer” (CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES, tese citada, p. 209, reportando-se ao pensamento de YOLANDA BUSTOS MORENO, *La Transsexualidad*, Madri, ed. Dykinson, 2008, p. 178).

Por isso, não parece razoável exigir do transexual a submissão aos riscos – e custos – de um delicado procedimento cirúrgico.

Os subsídios trazidos pelo direito comparado apontam nessa mesma direção.

As primeiras leis editadas nessa matéria estabeleceram a exigência de adaptação cirúrgica dos genitais como requisito para alteração registral de nome e gênero. Assim, por exemplo, na Itália (Lei 164/1982) e na República Federal da Alemanha (Lei dos Transexuais - *Transsexuellengesetz*, ou simplesmente TSG, de janeiro de 1981).

No caso da Alemanha, todavia, em janeiro de 2011, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) declarou inconstitucional a exigência de prévia submissão à cirurgia de mudança de sexo (1BvR 3295/07), com base nos direitos fundamentais à autodeterminação sexual, à integridade física e à privacidade.

E as legislações mais recentes confirmam essa tendência.

Na Grã-Bretanha, o *Gender Recognition Act*, de 2004, permite a qualquer pessoa maior de dezoito anos a emissão de um “certificado de reconhecimento de gênero”, mediante formal declaração de assim viver há pelo menos dois anos, e a intenção de permanecer definitivamente nessa condição, sem necessidade de submeter-se à cirurgia.

Na Espanha, a Lei 3, de 15 de março de 2007, assegura às pessoas com mais de dezoito anos de idade o direito de solicitar diretamente ao agente notarial a retificação do registro relativo ao sexo, e a decorrente alteração de nome (art. 1º.), desde que atendidos certos requisitos - entre eles, a submissão a tratamento médico durante pelo menos dois anos, destinado a “adaptar suas características físicas às correspondentes ao sexo reclamado” (art. 4, n. 1, b). No entanto, a lei dispensa esse tratamento por razões de “saúde ou idade”, e **expressamente ressalva a desnecessidade de cirurgia de redesignação sexual** (art. 4, n. 2).

RE 670422 / RS

Em Portugal, a Lei n. 7, de 15/3/2011, regula “o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil” (art. 1º), de “natureza secreta” (art. 2º). O pedido deve ser formulado por pessoa maior de idade e vir acompanhado por relatório médico que confirme “perturbação da identidade de gênero”, elaborado por equipe médica multidisciplinar (art. 3º, 1, “b”). Não há nenhuma menção à necessidade de intervenção cirúrgica.

Na Argentina, a Lei 26.743, de 23/5/2012, reconheceu o direito de todos “ao reconhecimento de sua identidade de gênero”, bem como a liberdade de desenvolvimento pessoal conforme essa identidade (art. 1º), permitindo aos maiores de dezoito anos solicitar a retificação do assentamento registrário, com alteração do nome e do sexo, assegurando que **“em nenhum caso” será exigida intervenção cirúrgica (total ou parcial)**, nem mesmo terapias hormonais ou de outra natureza (art. 4º).

Plenamente atendível o pleito do recorrente, pois, no que diz respeito à alteração registrária do sexo (de “feminino” para “masculino”), e independentemente da realização de cirurgia de redesignação, uma vez que já reconhecida judicialmente, nas instâncias ordinárias, a correspondente alteração de gênero.

Todavia, penso que não pode ser atendido em sua pretensão de ver apagada dos assentamentos registrários, em definitivo, a menção a seu sexo biológico.

Isso importaria em violação da necessidade básica de se atender à “autenticidade, segurança e eficácia” que constituem apanágio dos registros públicos (Lei n. 6.015/73, art. 1º), bem como para resguardar eventuais direitos de terceiros.

A manutenção do assentamento original em nada prejudica os direitos do recorrente, uma vez que anotações relativas à alteração de nome ou de gênero não devem constar das certidões a serem expedidas, permanecendo disponíveis apenas para ele próprio, ou mediante ordem judicial.

Note-se que mesmo as legislações acima citadas preveem a manutenção do registro original de nome e gênero.

RE 670422 / RS

Em Portugal, esses dados somente são acessíveis ao próprio interessado e seus herdeiros, ou ainda a “autoridades judiciais ou policiais para efeito de investigação ou instrução criminal” (art. 214, n. 3, do Código de Registo Civil, com a redação dada pela Lei 7/2011).

Solução similar é dada pela lei argentina, limitando o acesso aos dados originais àqueles que estejam autorizados pelo próprio titular, ou em caso de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 9º da Lei 26.743/2012).

Anoto que o parecer do eminente Procurador-Geral da República também preconiza a possibilidade de divulgação da mudança de sexo e de nome a pedido do próprio interessado ou por ordem judicial (fls. 380-381).

Em conclusão, voto pelo provimento parcial do recurso, propondo que a Tese a ser fixada estabeleça que o sigilo dos registros originais de nome e gênero não se estendem ao próprio interessado, nem às autoridades judiciais.

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Ministra Presidente, inicialmente não posso deixar de, ainda que de modo sucinto, parabenizar o ilustre Ministro Relator pelo aprofundado voto apresentado, que uma vez mais engrandece a Corte.

Dito isto, trago a este Plenário voto com contribuições daquilo que colhi ao longo dos anos ao refletir sobre temas que estão direta ou indiretamente conectados com o presente caso na perspectiva dogmática do Direito Civil Constitucional.

Verifico, de saída, que o tema tratado no presente extraordinário dialoga, em essência, com a matéria discutida no RE 845.779, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso. Em ambos os casos busca-se, a partir do reconhecimento da identidade de gênero, determinar, na ambiência jurídica, as consequências de tal reconhecimento.

Verifico, ainda, a coincidência de temas entre o presente extraordinário e a ADI 4.275, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda pendente de julgamento. Na referida Ação Direta, a Procuradoria-Geral da República pretende que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transexuais, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil.

De tal modo, na esteira do que venho defendendo em sede doutrinária e também no exercício da jurisdição constitucional, cumpre iterar, *mutatis mutandis*, aquilo que outrora fora posto no RE 845.779.

RE 670422 / RS

As inflexões constitucionais, especialmente à luz da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e fundamentais, foram as grandes responsáveis pela repersonalização dos vários ramos do Direito Privado e pela recompreensão que a ela se seguiu.

Da categoria de sujeito de direito, voltou-se à pessoa. Assim, não mais o olhar pode partir tão somente do sujeito formalmente igualizado pelas potenciais relações econômicas a serem travadas no seio do convívio social à luz de sua abstrata capacidade de contratar, mas sim da pessoa, antes obscurecida, sombreada, e agora igualizada em perspectiva material à luz de sua dignidade.

De igualdade formal que esconde a pessoa real, a travessia que ora se põe dá-se em direção à igualdade material que não se nega a ver a identidade e eticidade constituintes da própria individualidade.

Da conversação constante entre seres humanos dotados das mais diferentes especificidades e peculiaridades, parte-se da apreensão daquilo que se faz presente no colorido da vivência real - a força constitutiva dos fatos, também ela fonte de normatividade -, e que permite que se desvelem sentidos e se compreenda o Direito não como mera operação mecânica, mas como constante processo dialógico, cuja toada, como não poderia deixar de ser, é dada pela narrativa constitucional em que nos inserimos.

Com essas considerações preliminares, adianto que acompanharei as conclusões do Ministro Relator para reconhecer a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, pelas razões que seguem.

Conforme prenunciei, a solução apresentada pela Corte deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º,

RE 670422 / RS

III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

Maria Berenice Dias, em notável obra sobre os direitos LGBTI, assevera que *“O nome e o gênero sexual cumprem duas funções: de representação, que é como o sujeito se reconhece e assim se apresenta ao meio social; e de identificação, como o meio social o reconhece. Convenção social determina que o prenome seja capaz de identificar o gênero sexual.*

Assim, incoerente e atentatório ao próprio fundamento que justifica e legitima a incidência do nome sobre o cidadão que este seja uma imposição ou uma fonte geradora de discriminação, como no caso dos indivíduos transexuais e travestis.

(...)

Nenhuma justificativa serve para negar a mudança, não se fazendo necessária sequer alteração de dispositivos legais para chancelar a pretensão. Os direitos de personalidade são direitos subjetivos num duplo sentido: Além de pertencerem a cada pessoa, também são direitos cujo conteúdo e respeito dependem, de maneira importante, da vontade individual. Cabe a cada um definir sua personalidade. Imposta do exterior, a noção de personalidade perde seu sentido.” (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 279-280 - Grifei)

Como bem posto na petição de requerimento de ingresso na condição de *amici curiae* do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e do Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), **o Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo.**

RE 670422 / RS

De acordo com as citadas entidades, “O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring - TMM - Project) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.”

Acrescenta, ainda, que “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos”.

Dessa forma, os fundamentos que ora apresento são postos de modo direto e claro, de forma que de maneira alguma, possam representar a fragilização de uma minoria já bastante vulnerável. Busca-se, ao contrário, contribuir positivamente com a solução da questão, visando garantir, inclusive, a segurança e a integridade de uma específica minoria.

À luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo e da triste realidade a que se submetem as mulheres e os homens transexuais, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, alicerçado na solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB) e da garantia do bem-estar que, em última análise, traduz-se na busca pela felicidade, propósito de todo ser humano.

Nas lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao tratar da exigência de um comportamento ético e responsável com o outro a partir da ética da alteridade de Emmanuel Levinas,: *“nós somos aquilo que respondemos ao apelo do Outro. Apelo falado ou mudo. Apelo que nos chama a sermos aquilo que*

RE 670422 / RS

respondemos, mesmo quando ignoramos o Outro, mesmo quando negamos atender o que se pede. Somos sempre essa resposta, pois somos responsáveis por ela. Somo, pois, essa responsabilidade". (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (O) *Outro (e) (o) Direito*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155). A resposta a ser dada ao presente caso deve, pois, cingir-se dessa ética da alteridade, que escute e responda ao apelo do Outro. Essa resposta deve ser refletida e dada à luz da necessidade do outro.

A parte recorrente apresentou recurso extraordinário com base no art. 102, III, 'a', CRFB, tendo como fundamento, entre outros, à violação pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao art. 1º, IV, 3º, IV e 5, X, os quais dão o tom da solução jurídica que ora submeto aos ilustres pares.

A Constituição em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque *"os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto"* (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314).

RE 670422 / RS

E, em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no Art. 4º, II, da CRFB.

Conforme decidido pelo Plenário desta Corte em deliberação que reconheceu a presença do requisito constitucional da repercussão geral ao presente caso, **restou incontroverso nos autos tratar-se de homem transexual que teve seu pedido de alteração de nome provido, sem, no entanto, a alteração do gênero. O acórdão impugnado optou, nesse ponto, por averbar no assento de nascimento do recorrente “sua condição de transexual”.**

Cabe, assim, perquirir a conformidade constitucional do acórdão *a quo*, não se descurando das consequências jurídicas daí advindas, nos termos do acertado delineamento fático realizado pelas instâncias ordinárias.

Vê-se aqui postura que claramente se negou a ver a legalidade constitucional.

Quando se lê a cláusula de igualdade entre *homens e mulheres* prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os

RE 670422 / RS

homens transexuais.

Roger Ralpp Rios, ao discorrer sobre o princípio da igualdade e a proibição de discriminação por orientação sexual, sustenta que *“O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.*

Na esfera da sexualidade, âmbito em que a homossexualidade se insere, isso significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal (e será a seguir considerada).

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, a qualidade de sujeito de direito; isso significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual.” (RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade e a discriminação por orientação no direito brasileiro*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 149, p. 279-295, jan./mar. 2001, 01/2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/673>)

É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação

RE 670422 / RS

internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

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

A partir de tais elementos, permite-se examinar à luz de todo o arcabouço constitucional, como os específicos dispositivos constitucionais que versam sobre a intimidade, a vida privada e a autonomia da vontade incidem e regulam a situação concreta em análise.

Perceba-se desde logo que não se afiguraria correto, em meu sentir, condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de eventual cirurgia de redesignação, pois isso repercutiria como uma grave violação à integridade física e à autonomia do transexual.

Sobre o tema, colho importantes lições de Camila de Jesus Mello Gonçalves, construídas em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do professor Celso Lafer e agora publicada em livro:

"Argumentos favoráveis a admitir o direito à identidade sexual do transexual não operado podem ser alinhavados, com vistas a evitar o aprofundamento de seu constrangimento e de sua dor, pela imposição de uma cirurgia que seria sentida como uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico.

RE 670422 / RS

Em tal circunstância, exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre a sua aparência e a sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero e identificação.

(...)

*Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício de liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em uma segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física de quem já sentia discriminado por conta da identidade de gênero". (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transsexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 218)*

Como explica a autora, a questão da identidade de gênero lida na perspectiva da identidade individual - ou seja, enquanto manifestação da dignidade da pessoa na condição de ser moral, como consignei no início deste voto -, desdobra-se em uma dupla dimensão.

De um lado, é possível ver um elemento que é abarcado pela dimensão de resguardo, à luz da proteção constitucional da intimidade e da vida privada. Trata-se de ambiência em que se trava o silencioso processo de autoconhecimento em que se tem a convicção íntima da pertença a gênero oposto, em contradição com o sexo biológico.

De outro, porém, adentra-se o âmbito relacional, das intersubjetividades, em que se tem a expressão pública da pessoa, aquilo que é por ela levado à esfera pública ao conhecimento dos demais nas diversas relações travadas no seio social, seja por atos, gestos ou palavras desveladas em sua significação à luz do conhecimento compartilhado na

RE 670422 / RS

dialeticidade cotidiana.

Conclui a autora, ressaltando que na cultura ocidental os órgãos sexuais referem-se à dimensão privada da identidade ("partes íntimas"), que há, portanto, na segunda perspectiva, fundamentos aptos à admissão da identidade de gênero independente da anatomia do sexo (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 219-221).

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

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

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada.

RE 670422 / RS

Isso teve em mira, como se poderá constatar, a partir da necessária interação entre a dupla dimensão antes delineada.

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem "(...) *ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social*". E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

"A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, conseqüentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual" (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23).

Retornando ao caso concreto, observo que tanto o relator da apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Desembargador Rui Portanova, quanto a parte recorrente e, também, a Procuradoria-Geral da República, ressaltaram que a cirurgia de neofaloplastia (termo cirúrgico para a modelagem ou formação de um novo pênis) é extremamente arriscada e ainda considerada experimental, expondo o indivíduo a potenciais e graves sequelas, aí incluídas até a perda completa da estrutura genital.

Acresce-se que a Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, que redefiniu e ampliou o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde não incluiu, entre os diversos procedimentos previstos, a cirurgia

RE 670422 / RS

de redesignação sexual no sexo feminino. Ou seja, no Brasil, o homem transexual não pode realizar a cirurgia de redesignação sexual no âmbito do Sistema Único de Saúde.¹

Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício de um legítimo direito à realização de um procedimento cirúrgico de tamanha complexidade e de caráter experimental, como é o caso da faloplastia.

De outra banda, as balizas fáticas assentadas pelo Colegiado *a quo* nos asseguram que a masculinidade da parte autora restou devidamente comprovada nos autos, revelando-se tanto do ponto de vista emocional e psicológico quanto sob o aspecto da sua aparência física.

Nessa ótica, a solução adotada pelo Tribunal de origem, que invocando obediência aos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, entendeu pela necessidade de averbação, no assento de nascimento do recorrente, da “sua condição de transexual”, não se mostra consentânea com a ordem constitucional.

1 De acordo com o Governo Federal, a retirada dos seios é usualmente o único procedimento que os homens transexuais se submetem, além da histerectomia, **principalmente porque as técnicas atuais de reconstrução genital para homens transexuais ainda não criam genitais com uma qualidade estética e funcional satisfatória.** (Disponível em [http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanc a-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008](http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008)).

Nesse sentido, a Resolução 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina, autoriza, como tratamento nos casos de transexualismo, a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e, apenas a título experimental, autoriza a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

RE 670422 / RS

Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil dos transexuais é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública.

Ademais, a averbação do termo “transexual” no assento do recorrente gera mais desconforto e discriminação, ao tempo em que “inventa” um terceiro gênero, por assim dizer, sem correspondência com a normatividade vigente.

Nesse sentido, destaque-se o Parecer da Procuradoria-Geral da República (eDOC 4, p.48-56):

“A inclusão do termo transexual no registro civil não retrata a verdade sexual psicológica, além de embarçar o exercício da liberdade e a aquisição da identidade plena, mantendo o recorrente em inaceitável situação de angústia e incerteza, situação também violadora da dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. Tal Averbação, ainda que sigilosa, seria discriminatória, pois a legislação, para fins de registro, somente reconhece dois sexos: o feminino e o masculino.”

Em sede de recurso especial, o STJ, invocando, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, **entendeu pela alteração do prenome e do gênero de transexual, inclusive com determinação de que não conste, nas certidões do registro público competente, que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.** Confira-se com a elucidativa ementa do julgado:

“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e

RE 670422 / RS

designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que,

RE 670422 / RS

após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social

RE 670422 / RS

estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.” (REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 18/11/2009)

De outro modo, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 18/12/2009, autorizou a modificação do nome bem como a alteração do sexo indicado no registro civil da recorrente, ressaltando a necessidade de averbação no

RE 670422 / RS

registro civil nos seguintes termos:

“Vale ressaltar que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil.

(...)

Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.”

Acerca da necessidade ou não de averbação das alterações do nome e do gênero no registro civil do recorrente e ante os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos – utilizados pelo acórdão impugnado para negar a retificação do gênero do assento de nascimento do recorrente – entendo que a realidade psicológica e social devem neste caso se sobrepor à realidade biológica, do mesmo modo que os princípios da dignidade da pessoa humana e da privacidade devem se sobrepor, neste caso, ao princípio da publicidade estrita.

Desse modo, para cumprir sua função, que é a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida, os assentos devem retratar a situação verdadeira e a verdade, no caso do recorrente, é que se trata de uma pessoa do gênero masculino.

Ocorre, entretanto, que **em benefício e proveito próprio do cidadão transexual, deve-se permitir à Administração Pública que faça constar nos seus registros, para uso exclusivamente interno e nunca de forma discriminatória, informação sobre a alteração do gênero do recorrente,**

RE 670422 / RS

desde que, repise-se, tão somente para uso em proveito do transexual, não se admitindo que tal informação gere desconfortos e constrangimentos de qualquer natureza, na linha do que decidido no REsp 737.993/MG.

Como asseverou Álvaro Ricardo de Souza Cruz: *“A prepotência de acreditar saber mais, de acreditar saber o que é melhor, nega ao Outro o direito de ser ouvido”*. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *(O) Outro (e) (o) Direito*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155). É esse apelo que deve ser ouvido, aqui enfrentado e, agora, provido.

Diante de todo o exposto, **julgo procedente o presente recurso extraordinário**, acolhendo integralmente o pedido de retificação do registro civil da parte recorrente, alterando o gênero feminino para masculino, sem qualquer referência à sua transexualidade nos documentos e registros públicos e sem a necessidade de prévia realização de cirurgia de redesignação sexual.

É como voto.

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DE TRANSEXUAIS À ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL, INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento, sentindo que seu corpo é inadequado à forma como se percebem. Trata-se de um dos grupos mais marginalizados e estigmatizados em nossa sociedade, em razão de padrões culturais enraizados que os inferiorizam.

2. A possibilidade de alteração de prenome e do sexo do nascimento no registro civil para adequá-los à identidade de gênero da pessoa – ao gênero pelo qual ela se reconhece – constitui medida necessária à tutela dos direitos à igualdade e ao reconhecimento dos transexuais, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco a todo ser humano. A medida garante, ainda, a liberdade individual e a dignidade humana na vertente da autonomia, porque permite que transexuais desenvolvam plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero.

3. Não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização como condição para a alteração no registro civil, sob pena de

RE 670422 / RS

violação aos direitos à integridade psicofísica, à dignidade da pessoa humana e à autonomia dos transexuais. A redesignação de sexo constitui procedimento cirúrgico altamente invasivo e arriscado (sobretudo no caso de homem transexual), e que não é acessível a todos, seja pelo custo, seja pela longa espera (no caso da realização pelo SUS). A pessoa transexual deve poder optar livremente pela submissão ou não à transgenitalização. Há diversas formas menos gravosas pelas quais o transexual pode adequar seu corpo à percepção de gênero, como alteração de vestuário, tratamentos hormonais, cirurgia de redução do pomo de adão, cirurgia de remoção das mamas.

4. A possibilidade de substituição do prenome por “apelidos públicos notórios” no registro civil, conferida pelo artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 (com a redação dada pela Lei nº 9.708/1998), deve ser lida de forma a permitir a alteração pelo nome social dos transexuais. Como decorrência lógica dessa modificação, deve-se substituir também o sexo no assentamento civil, sendo inconstitucional a inclusão do termo “transexual” ou a manutenção do sexo de nascimento. Para autorizar tais alterações, como regra, deve-se exigir apenas a declaração do transexual de que tem vivido sob a convicção de pertencer ao sexo oposto ao biológico, de forma estável e persistente,

RE 670422 / RS

sem necessidade de laudo médico ou exigência de maioridade civil.

5. Acompanhamento, quase que integralmente, o Ministro Dias Toffoli, no sentido da afirmação, em sede de repercussão geral, das seguintes teses: “1. O transexual tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transexual’. 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”. Divirjo apenas em relação às exigências, presentes nas teses formuladas por S.Exa., de (i) comprovação judicial da condição de transexual, por entender que é possível regulamentar um procedimento extrajudicial, e (ii) anotação de que o ato de alteração do registro é realizado por determinação judicial, por entender que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar da certidão.

RE 670422 / RS

6. Provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente determinação de exclusão do designativo “transexual” do registro civil.

I. BREVE SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal, que discute a possibilidade de alteração de sexo/gênero no assento de registro civil de transexual, sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Em 12.09.2014, o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos seguintes termos: *“As matérias suscitadas no recurso extraordinário, relativas à necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, bem como a possibilidade jurídica ou não de se utilizar o termo transexual no registro civil, são dotadas de natureza constitucional, uma vez que expõe os limites da convivência entre os direitos fundamentais como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, entre outros de um lado, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos de outro”*.

2. O caso concreto subjacente envolve ação de alteração de registro civil proposta por S. T. C., homem transexual, pleiteando a alteração do nome e sexo constantes do registro de nascimento para o nome social utilizado e para o sexo masculino, bem como a determinação ao Oficial do Registro Civil de proibir o lançamento de qualquer referência às informações modificadas em eventual certidão expedida, exceto a pedido da própria parte ou por determinação judicial.

3. Na inicial, o ora recorrente relata que nasceu em cidade do interior do Rio Grande do Sul, e que, *“apesar de possuir órgãos sexuais femininos, desde a mais tenra idade sentiu que o sexo anatômico não*

RE 670422 / RS

correspondia à sua identidade psíquica”, de modo que, “antes mesmo de completar 5 anos de idade já apresentava a aparência de menino e nítida predileção por brinquedos tipicamente masculinos”. Afirma que “[a] consciência de que não se sentia uma menina gerou-lhe intenso sofrimento, principalmente perante a sua tradicional família do interior do Estado”, situação que apenas se alterou quando foi morar na capital, aos 21 anos. A partir de então, conta que era “tratado por todos, sem exceção, como uma pessoa do sexo masculino”, passou a trabalhar como fisioterapeuta, e conheceu sua companheira, com quem mantém união estável há mais de 15 anos. No entanto, quando ingressou em curso universitário de fisioterapia, passou a ser “exposto e discriminado por não carregar em seus documentos de identidade o nome – público e notório – e o sexo que o identificam”, terminando por desistir da universidade. Além disso, afirma que faz uso de hormônios masculinos desde muito cedo e realizou cirurgia para remoção das glândulas mamárias, mas “apenas não se submeteu à cirurgia de transgenitalização do feminino para o masculino, em razão do seu caráter experimental e de risco, com ausência de resultados minimamente satisfatórios e seguros no Brasil e no mundo inteiro”.

4. Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente, para o fim de deferir a troca de nome, mas não a de sexo, sob o argumento de que seria necessário, para tanto, a realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual. O acórdão recorrido, prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, deu provimento em parte à apelação de S. T. C., determinando a mudança de sexo e que “seja averbado no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual. Isso em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros”.

5. No recurso extraordinário, a parte recorrente alega violação aos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, IV (proibição

RE 670422 / RS

de discriminação), 5º, X (direito à intimidade) e 6º (direito à saúde), da Carta de 1988. Sustenta, ainda, que *“vislumbrar no transexual uma pessoa incapaz de decidir sobre a própria sexualidade somente porque não faz parte do grupo hegemônico de pessoas para as quais a genitália corresponde à exteriorização do gênero vai frontalmente contra o princípio de dignidade humana”*. Afirma, ainda, que *“a cirurgia não pode ser um critério para a alteração do registro civil”* e que *“ela é consequência da vontade, advinda da experiência pessoal do transexual, do nível do conhecimento médico, da disposição em enfrentar uma cirurgia arriscada, enfim, de fatores de ordem pessoal e tecnológica, a qual não pode ser um fator gerador de tutela jurídica para o indivíduo transexual, sob pena de afrontar-se o direito à saúde”*. Aduz que *“a falta do órgão sexual masculino não implica ausência de masculinidade, uma vez que a sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas, sim, a um conjunto de outros fatores psicológicos, sociais e culturais”*. Ao final, pede que a retificação do registro civil seja feita sem qualquer referencia à condição de transexual nas certidões.

6. Processados os autos nesta Corte, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRANSEXUAL
ALTERAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DO GÊNERO SEXUAL.
POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL: DIREITO
IMANENTE À PERSONALIDADE, COROLÁRIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À
INTIMIDADE E À SAÚDE. VEDAÇÃO AO PRECONCEITO.

1. Condicionar a realização de cirurgia de modificação do fenótipo feminino para o masculino à alteração do assentamento civil do sexo, elemento meramente acidental do direito da personalidade, vai de encontro ao direito à integridade física, à saúde e à dignidade da pessoa humana, ainda mais quando se trata de procedimento realizado de modo experimental, com pouquíssimas chances de êxito e riscos de graves sequelas, inclusive a perda completa da estrutura

RE 670422 / RS

genital.

2. A inclusão do termo transexual no registro civil não retrata a verdade sexual psicológica, além de embaraçar o exercício da liberdade e a aquisição da identidade plena, mantendo o recorrente em inaceitável situação de angústia e incerteza, situação também violadora da dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. Tal averbação, ainda que sigilosa, seria discriminatória, pois a legislação, para fins de registro, somente reconhece dois sexos: o feminino e o masculino.

3. Não se afigura lógica nem razoável decisão que, de um lado, permite a alteração de antenome do recorrente, averbando antropônimo nitidamente masculino, e, de outro, insiste em manter no assentamento civil a anotação do gênero feminino, arrostando direito constitucional básico, o da personalidade.

4. Esse Colendo Supremo Tribunal Federal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da autodeterminação, da não discriminação e da busca da felicidade, entende que toda pessoa tem direito fundamental à orientação sexual havendo reconhecido recentemente a plena legitimidade da união homoafetiva (ADI 4277 e a ADPF 132, DJe 198, 14/10/2011).

5. No mesmo julgamento, destacou-se: “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”, devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz do inciso IV do art. 3º da CF.

6. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.

7. O Ministro Relator admitiu como *amici curiae*: (i) o Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM, (ii) o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero/ANIS e (iii) a Defensoria Pública da União.

II. O VOTO DO MINISTRO RELATOR

RE 670422 / RS

8. Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, relator, apontou, primeiramente, que se trata de um caso difícil, que envolve a ponderação entre diversos princípios *“dentre eles, os da intimidade, da identidade de gênero e da felicidade, de um lado, os da publicidade, da informação, da veracidade, da confiança dos registros públicos e da segurança jurídica, de outro”*. Iniciou por assentar que como *“pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao exercício pleno pelo ser humano da liberdade de escolha de identidade, orientação e vida sexual”*. Anotou, na sequência, que a legislação registral, em especial os arts. 56 a 58[1] da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos – LRP), confere amparo jurídico para que o transexual obtenha autorização judicial para a modificação de seu prenome e de sua categoria sexual, já que *“ficará evidente sua exposição ao ridículo caso seus pleitos de reassentamento não sejam concedidos, violando-se, na espécie, a dignidade da pessoa humana”*.

9. Quanto ao pedido de alteração do sexo no assento de nascimento, apontou para a necessidade de ultrapassar a *“classificação binária, tradicional e estática, das pessoas em sexo masculino e feminino”* para fins de reconhecer uma proteção jurídica plena à identidade de gênero. E salientou que *“violaria a utilidade do direito deferir-se a modificação do prenome do transexual, adaptando-o a sua nova aparência física, e manter-se a anotação original relativa ao sexo”*, e que o mesmo poderia ser dito da solução do acórdão recorrido de incluir o designativo *“transexual”*. Asseverou que *“não há como prevalecer o entendimento mais liberal de que a alteração do prenome e da categoria do gênero do transexual deva ser realizada por meio de retificação, sem que conste qualquer espécie de averbação ou anotação no registro de nascimento. Não há, também, previsão legal para que seja efetuado o cancelamento do assento original ou a abertura de novo registro”*. No entanto, defende que a averbação se realize sob sigilo, em segredo de justiça, a fim de evitar constrangimentos.

RE 670422 / RS

10. Para o Ministro relator, *“no assento de nascimento deverá apenas ser anotado à margem do termo, que há averbação por força de decisão judicial, identificando-se a pasta em que deverá ser arquivada a cópia da sentença ou do acórdão, sem se mencionar, no entanto, o conteúdo do julgado”*. E, na linha do que tem decidido o STF, esclareceu que *“das certidões de nascimento expedidas após a averbação não poderão constar a existência dessa nem qualquer informação sobre os dados originários objeto da alteração”*. Por outro lado, afirmou que a certidão de inteiro teor somente poderá ser obtida por solicitação do próprio cidadão transexual, ou por terceiros interessados de boa-fé, mediante autorização expedida por autoridade judiciária competente. Defendeu, também, que, para evitar que o transexual tenha que enfrentar todas as instituições públicas após a sentença judicial, a autoridade judiciária deverá, de ofício ou por requerimento do interessado, *“expedir mandado ou ofício específico para que se proceda à modificação em cada registro público ou privado indicado (identificação civil, eleitoral, fiscal, previdenciária, de antecedentes criminais, prestadores de serviços públicos etc.)”*, com obrigação de manutenção de sigilo pelo destinatário.

11. Com base nesses fundamentos, o Ministro Relator deu provimento ao recurso extraordinário e fixou as seguintes teses de repercussão geral: *“1. O transexual, comprovada judicialmente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado ‘por determinação judicial’, vedada a inclusão do termo ‘transexual’. 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”*.

RE 670422 / RS

12. Feitos esses relatos, passo a votar. Desde logo, adianto que irei acompanhar o Ministro Relator, com alguns pequenos ajustes.

III. TRANSEXUALIDADE: CONCEITOS, IDENTIDADE E DISCRIMINAÇÃO

13. Embora haja relatos antigos da ocorrência do fenômeno da transexualidade[2], o seu debate na sociedade é recente, o que torna necessário iniciar por um breve esclarecimento sobre os conceitos de sexo, gênero e orientação sexual. Costuma-se entender o *sexo* como classificação que distingue homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, destacando-se os cromossomos, níveis hormonais, genitais e órgãos reprodutivos[3]. Esse é, porém, um conceito disputado: mais recentemente, sexo tem sido entendido também a partir de conceito cultural/social, e pode abranger, ainda, sentidos psicológico, jurídico, genético, entre outros. *Gênero*, por sua vez, designa a diferenciação cultural entre homem e mulher. Já *orientação sexual* é o tipo de atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s), dividindo-se em heterossexual, homossexual ou bissexual.[4]

14. É também preciso compreender como os grupos se enquadram entre as fronteiras socialmente construídas de sexo e gênero. De forma geral, pode-se dizer que as pessoas *transgênero* são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao seu sexo biológico. Elas podem sentir, por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros. Dada a sua amplitude, o conceito abrange, entre outros, os transexuais, os travestis, os *crossdressers*, as *drag queens/drag kings* e os intersexuais. Em oposição a este termo, emprega-se a expressão “cisgênero” para designar qualquer pessoa que se enquadre plenamente nas fronteiras socialmente construídas de sexo e de gênero.

15. A presente ação envolve especificamente o caso dos

RE 670422 / RS

transexuais. São *transexuais* as pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico, e “geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e sentem, e querem ‘corrigir’ isso adequando o seu corpo à imagem de gênero que têm de si”[5]. Consideram-se “aprisionados em corpos errados”[6]. Assim, mulher transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico masculino, tem identidade de gênero feminina, enquanto homem transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico feminino, tem identidade de gênero masculina[7].

16. A tradicional visão binária de gênero (masculino v. feminino) parte de uma dicotomia entre sexo/natureza e gênero/cultura, que assume como premissa o padrão heterossexual[8]. Desde o momento em que o médico anuncia “é um menino ou uma menina”, se inicia uma série de performances de gênero, relativas a cores, brinquedos, roupas, penteados, condutas e projetos para o futuro vinculados àquilo que seja “próprio” ao respectivo gênero[9]. Portanto, o mundo infantil é construído a partir de uma pedagogia de gêneros que tem como marco a heterossexualidade[10].

17. A transexualidade foi catalogada como doença em 1980, sob o rótulo de transtorno de identidade de gênero (TIG). Na atual versão do Código Internacional de Doenças (CID-10), é tratada como “*o desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado de um sentimento de desconforto ou impropriedade com o sexo anatômico, e um desejo de ser operado e receber tratamento hormonal para fazer seu corpo tão compatível quanto possível com o sexo de preferência*”. As crianças transexuais apresentam desde muito cedo (normalmente aos três ou quatro anos de idade) notáveis dificuldades em adequarem-se às correspondentes performances de gênero. Segundo a literatura médica tradicional, meninos com transtorno de identidade de gênero (TIG) normalmente se identificam com personagens femininas de histórias infantis (e.g., princesas), preferem usar roupas, acessórios e penteados femininos,

RE 670422 / RS

participam de brincadeiras tidas como femininas (como brincar de boneca, de casinha etc.) e rejeitam brinquedos e esportes tidos como masculinos (lutas, futebol, armas, carrinhos etc.). A situação se inverte com as meninas com TIG.

18. Não há dúvida de que o reconhecimento do transtorno de identidade de gênero como doença psiquiátrica, ao conferir foros de autoridade científica à condição transexual, consistiu em notável avanço para a sua assistência médica (tratamento hormonal, cirurgias diversas etc.). Assim, evoluiu-se de um tratamento psiquiátrico que se destinava a “curar” a transexualidade, para a adoção de tratamentos médicos destinados à adequação do corpo à respectiva identidade de gênero. Porém, atualmente, a patologização do transexual é questionada sob a premissa fundamental de reforçar o preconceito existente na sociedade[11]. Considerar que transexuais são “doentes mentais” implicaria referendo da comunidade científica ao estigma social sofrido por esse grupo, desconsiderando tratar-se de questão de identidade de gênero, na qual deve prevalecer a escolha autônoma do indivíduo, e não o diagnóstico de *experts*. Como declarou a advogada transexual Gisele Alessandra Schmidt e Silva, em histórica e emocionante sustentação oral perante o Plenário desta Corte, *“Não somos doentes, como pretende a classificação internacional de doenças. Não sofro de transtorno de identidade sexual. Sofre a sociedade de preconceitos historicamente arraigados contra nós e nossos corpos que ousam romper as barreiras das fortes e violentas normas de gênero que invisibilizam e apagam da sociedade a nossa experiência tida como abjeta”*.

19. Transexuais e transgêneros em geral constituem, sem dúvida, um dos grupos mais marginalizados na sociedade brasileira. A discriminação que sofrem tem natureza essencialmente *cultural* ou *simbólica*. Ela decorre de modelos sociais de representação que excluem o diferente, produzindo o não reconhecimento e mesmo o desprezo. Para que se tenha uma ideia da gravidade do problema, o Brasil lidera o

RE 670422 / RS

ranking de violência transfóbica, registrando o maior número absoluto de mortes no cenário mundial[12]. De acordo com o Projeto *Trans Murder Monitoring - TMM Project*[13], entre janeiro de 2008 e junho de 2016, foram registrados 2.190 casos de homicídios de pessoas trans em todo o mundo, sendo que 868 ocorreram no Brasil (*i.e.*, cerca de 40% dos casos). A expectativa de vida desse grupo é de apenas cerca de 30 anos, muito abaixo daquela apontada pelo IBGE para o brasileiro médio, de quase 75 anos[14].

20. A incompreensão, o preconceito e a intolerância acompanham os transexuais durante toda a sua vida e em todos os meios de convívio social. Desde a infância, tais pessoas são hostilizadas nas suas famílias, comunidades e na escola. Caso dramático ocorreu com Alex, de apenas 8 anos, no Rio de Janeiro. Bem novo, Alex não se reconhecia como menino, gostava de atividades culturalmente atreladas ao gênero feminino, como tarefas domésticas e dança do ventre. Ele se recusava a cortar o cabelo para ir à escola. Alegando que o filho era “afeminado”, seu pai o espancou durante duas horas, chegando a perfurar o fígado da criança, que faleceu antes de chegar ao hospital. A chegada da puberdade e, posteriormente, da vida adulta não proporciona mais facilidades para os integrantes desse grupo. Pelo contrário, a rejeição no mercado de trabalho é tão intensa que se estima que 90% dos travestis e transexuais no país estejam se prostituindo, por ausência de outras oportunidades de emprego.

21. Por tudo isso, é preciso olhar a questão dos transexuais sob a perspectiva do direito ao reconhecimento, e não mais da patologização. A verdade é que **não se trata de doença, mas de uma condição pessoal, e, logo, não há que se falar em cura**. O indivíduo nasceu assim e irá morrer assim. Por isso, o papel do Direito é o de, reconhecendo a condição inata do *transexual*, atuar no sentido de promover a adequação jurídica entre o sexo biológico e a identidade de gênero, de modo a contribuir para a superação de preconceitos e para a mitigação do sofrimento dessas

RE 670422 / RS

pessoas.

IV. A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL, INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

22. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 (“Lei de Registros Públicos”), na redação conferida pela Lei nº 9.708/1998, prevê que: “O *prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*”. É possível conferir ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para garantir aos transexuais o direito de alterarem o prenome e o sexo de nascimento constantes do registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização. Para tanto, a possibilidade de substituição do prenome por “apelidos públicos notórios”, conferida pelo artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, com a redação dada pela Lei nº 9.708/1998, deve ser lida de forma a permitir a alteração pelo nome social dos transexuais, *i.e.*, pela designação pela qual a pessoa transexual se identifica e é socialmente reconhecida. Como decorrência lógica dessa modificação, deve-se substituir também o sexo no assentamento civil, afastando-se a incongruência do sexo atribuído no nascimento com a identidade de gênero e com o novo prenome, vedada a inclusão do termo transexual.

23. Trata-se de leitura necessária do dispositivo impugnado à luz dos direitos constitucionais à igualdade (arts. 5º, *caput*, e 30, IV, CF/1988), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), à liberdade individual (art. 5º, *caput*, CF/1988) e, ainda, à integridade psicofísica (art 5º, *caput* e III, CF/1988).

24. A mesma solução foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento do REsp 1.626,739, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Na ocasião, o Ministro Salomão concluiu que “*em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, (...) a jurisprudência*

RE 670422 / RS

desta Corte deve avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico (como é o caso presente, atestado por laudo incontroverso), cuja averbação, nos termos do § 6º do artigo 109 da Lei Registros Públicos, deve ser efetuada no assentamento de nascimento original, vedada a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão transexual ou do sexo biológico”.

IV.1. Igualdade, reconhecimento e dignidade humana como valor intrínseco

25. O direito fundamental à igualdade inclui, ao lado das dimensões formal e material, a dimensão da igualdade como reconhecimento, fundada na consagração contemporânea do princípio da dignidade. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade como reconhecimento visa, justamente, combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos. Em outras palavras, a dimensão do reconhecimento busca assegurar igual respeito e consideração àqueles que compõem os grupos de menor estima e prestígio social; busca “contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”[15].

26. O campo da identidade de gênero é, infelizmente, vasto em desigualdades por falta de reconhecimento. O padrão cultural heterossexual e cisgênero impõe às orientações sexuais e identidades de gênero desviantes o rótulo de aberrações naturais ou perversões sociais, a serem curadas ou combatidas. As pessoas transexuais convivem, portanto, com o preconceito e a estigmatização. São, rotineiramente, encaradas como inferiores e têm seu valor intrínseco desrespeitado. Portanto, negar ao transexual o direito de ser identificado, no registro

RE 670422 / RS

civil e em todos os documentos de identificação, conforme sua percepção de gênero reforça o profundo estigma social, o sofrimento e o constrangimento dessa pessoa, bem como reimprime nela o rótulo de não aceita ou de doente. Ademais, conduz a outras formas desigualdades e injustiças, como discriminações graves em ambientes privados e públicos, a exemplo do acesso à educação e ao mercado de trabalho[16].

27. Por isso, a possibilidade de alteração de prenome e do sexo do nascimento no registro civil para adequá-los à identidade de gênero da pessoa constitui medida essencial à tutela dos direitos à igualdade e ao reconhecimento dos transexuais, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco a todo ser humano.

IV.2. Liberdade individual e dignidade como autonomia

28. A medida garante, ainda, a liberdade individual e a dignidade humana na vertente da autonomia, porque permite que transexuais desenvolvam plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. Um dos aspectos centrais do princípio da dignidade da pessoa humana é a autonomia. Trata-se do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa[17]. Envolve, assim, a autonomia privada, que consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas.

29. Certamente, quanto maior a conexão entre a escolha e o desenvolvimento da personalidade, maior deve ser a proteção conferida à autonomia privada. E poucas escolhas se relacionam de forma tão intensa com o desenvolvimento da personalidade, tal como as relacionadas à identidade de gênero. Conforme salientei em parecer sobre as uniões homoafetivas[18], não conferir a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual – e, acrescento, também a sua identidade de gênero – em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que

RE 670422 / RS

dão sentido à sua existência.

30. Isso não significa dizer, porém, que a autonomia seja um direito absoluto, insuscetível de restrição. Ela pode ser restringida, mas com base em outros direitos igualmente fundamentais, cuja tutela se mostre, em um juízo de proporcionalidade, merecedora de maior peso em determinado caso concreto. Contudo, a recusa ao transexual do direito da alteração do seu prenome e sexo no assentamento civil, em consonância à sua identidade de gênero, não encontra fundamento legitimador em qualquer valor constitucionalmente relevante.

31. Ainda que se entenda que se deve resguardar direitos de terceiros, tais direitos não são comparáveis aos constrangimentos e todas às demais consequências negativas suportadas pelo transexual caso este tenha que manter o seu nome e sexo atribuídos no nascimento. Assim, haveria uma restrição leve a direitos de terceiros *versus* uma restrição intensa a direitos fundamentais dos transexuais.

IV.3. Desnecessidade de cirurgia de transgenitalização

32. Por fim, não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização como condição para a alteração no registro civil, sob pena de violação adicional aos direitos à integridade psicofísica, à dignidade da pessoa humana e à autonomia dos transexuais.

33. A readequação de sexo constitui procedimento cirúrgico altamente complexo, invasivo e arriscado. Conforme Portaria do Ministério da Saúde nº 2.803/2013, no caso da mulher transexual, a redesignação sexual no sexo masculino consiste na “orquiectomia bilateral com amputação do pênis e neocolpoplastia (construção de neovagina)”, de alta complexidade, e que só é feita pelo SUS a partir dos 21 anos. Já no caso do homem transexual, a redesignação no sexo feminino é realizada apenas em caráter experimental, e consiste na

RE 670422 / RS

“vaginectomia e neofaloplastia com implante de próteses penianas e testiculares”. Ela é também realizada pelo SUS, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1.955/2010, apenas com diagnóstico médico de transgenitalismo; após acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos; e em pessoas maiores de 21 anos, com ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

34. Há diversos riscos à integridade física e psíquica e à vida dos transexuais envolvidos nessas operações. Como afirmou o Ministro Salomão no REsp 1.626.739, *“a exigência de cirurgia de transgenitalização para viabilizar a mudança do sexo registral dos transexuais vai de encontro à defesa dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (...), por condicionar o exercício do direito à personalidade à realização de mutilação física, extremamente traumática, sujeita a potenciais sequelas (como necrose e incontinência urinária, entre outras) e riscos (inclusive de perda completa da estrutura genital).*

35. Ademais, a cirurgia de transgenitalização não é acessível a todos, seja pelas exigências impostas (e.g., idade), pela inviabilidade de realização de cirurgia em algumas pessoas (e.g., que tenham características físicas inapropriadas), pelo custo, ou, ainda, pela longa espera para sua realização pelo Sistema Único de Saúde. Embora o procedimento seja oferecido gratuitamente pelo SUS desde 2008, a fila de espera para sua realização pode exceder 10 anos. Segundo informações do Jornal do Brasil, atualmente, é preciso esperar 13 anos para fazer a cirurgia em Recife[19]. Assim, somente ao transexual deve caber a escolha pela submissão ou não à cirurgia de transgenitalização, com base em suas experiências pessoais, em sua disposição ou não de enfrentar um procedimento complexo e arriscado, e nos mais diversos fatores capazes de influenciar sua decisão. E essa opção deve ser absolutamente livre, sem que dela dependa a possibilidade de alteração do registro civil.

36. Por fim, condicionar a modificação do assentamento civil à

RE 670422 / RS

transgenitalização representaria adotar a inadequada visão de que a vivência da identidade de gênero se resume à genitália. Em verdade, há diversas formas menos gravosas que a operação de redesignação sexual pelas quais o transexual pode adequar seu corpo à percepção de gênero, como a alteração de vestuário e penteados, tratamentos hormonais, cirurgia de redução do pomo de adão e a cirurgia de remoção das mamas.

37. Por tudo isso, a possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização, que representou grande avanço para os *transexuais*, não pode tornar-se procedimento obrigatório para a modificação do registro civil, sob pena de constituir dupla-punição para esse grupo. Nessa hipótese, além de já terem que suportar o estigma e o sofrimento que decorrem da sua condição, os transexuais seriam obrigados a manter a incongruente identidade atribuída no nascimento até que pudessem realizar o procedimento, o que poderia jamais acontecer, dados os riscos, complexidades, custos e a elevada demanda no sistema público. Somente a pessoa transexual pode definir se deseja ou não se submeter à redesignação de sexo. A opção pela não realização da cirurgia não pode justificar a perda de direitos essenciais à preservação de sua dignidade humana e do seu direito à igual consideração e respeito e à liberdade, como o reconhecimento legal da sua identidade.

38. No mesmo sentido dispõe a Carta de Yogyakarta, que veicula princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Veja-se o seguinte trecho do Princípio 3 (Direito ao reconhecimento perante a lei): *“A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero”*.

RE 670422 / RS

39. Ainda nessa linha, os Enunciados 42 e 43 da I Jornada de Direito da Saúde, aprovados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, que estabelecem, respectivamente, que *“Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil”*; e que *“É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização”*.

40. Portanto, a possibilidade de substituição do prenome no registro civil por “apelidos públicos notórios”, conferida pelo artigo 58 da Lei nº 6.015/73 (com a redação dada pela Lei nº 9.708/1998), deve ser lida de forma a permitir a alteração pelo nome social dos transexuais. Como decorrência lógica dessa modificação, deve-se substituir também o sexo no assentamento civil, afastando-se a incongruência com a identidade de gênero, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização. Para autorizar tais modificações, como regra, deve-se exigir apenas a declaração do transexual de que tem vivido sob a convicção de pertencer ao sexo oposto ao biológico, de forma estável e persistente, sem a necessidade de laudo médico ou exigência de maioridade civil.

41. Portanto, divirjo neste ponto da manifestação da Procuradoria-Geral da República na ADI 4.275 (ação que envolve discussão idêntica à presente), que entende pela necessidade de fixação de três parâmetros para autorizar-se a modificação do registro civil de pessoas transexuais que não tenham feito a cirurgia de redesignação de sexo: (i) possuir, no mínimo, 18 anos de idade, (ii) se encontrar há, pelo menos, 3 anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, com alta probabilidade de que não mais modificará sua identidade de gênero, e (iii) haver laudo de grupo de especialistas, que avalie aspectos psicológicos, médicos e sociais, e ateste a condição de transexual. Admitir tais critérios representaria negar aos transexuais o

RE 670422 / RS

reconhecimento genuíno de sua identidade de gênero, bem como insistir na visão retrógrada da patologização da sua condição. Por isso, como regra, a declaração do transexual deve bastar. Penso, aliás, que sempre que uma questão de identidade estiver em jogo, a regra deve ser o emprego do critério da autodeclaração como forma de privilegiar a auto-percepção individual e impedir julgamentos preconceituosos de terceiros. E, no caso de crianças e adolescentes, menores de 18 anos, embora possa justificar-se um cuidado maior para a autorização da alteração do registro, não se pode impedi-la. Afinal, isso significaria prolongar o sofrimento e constrangimento de crianças e jovens, que já são naturalmente mais vulneráveis, forçando-os a carregar o estigma até a maioridade civil.

42. Em termos procedimentais, a pessoa transexual deverá requerer em juízo a retificação do assentamento no registro civil, nos termos do art. 109 da Lei nº 6.015/1973, comprovando sua condição (e, logo, a existência de erro no assentamento realizado à época do nascimento), por meio de declaração e demais meios de prova admitidos em direito. Sem prejuízo da via judicial, no caso de transexuais com mais de 18 anos, entendo que se deve admitir também a mudança de prenome e sexo no assentamento civil mediante procedimento administrativo, pelo oficial de registro no próprio cartório em que se encontrar o registro original. Para tanto, é possível aplicar-se o art. 110 da Lei nº 6.015/1973, com redação dada pela Lei nº 12.100/2009, que prevê que *“os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público”*. Nessa situação, porém, deve o Conselho Nacional de Justiça regulamentar o procedimento a ser seguido, podendo inclusive exigir documentos adicionais como condição para a alteração do registro civil, a exemplo de certidões fiscais e criminais.

RE 670422 / RS

43. Na linha do voto do Ministro Dias Toffoli neste RE 670.422, a alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transexual’, sendo que nas certidões de registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato e será vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. Entendo que esta solução é capaz de equacionar, de forma adequada, de um lado, o interesse em preservar os direitos dos transexuais e evitar constrangimentos, e, de outro, garantir a segurança jurídica e a observância dos princípios que regem o registro civil das pessoas naturais.

44. Apenas gostaria de fazer duas observações em relação à tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli neste recurso extraordinário. Primeiro, entendo que não há a necessidade da anotação no registro civil de que o ato de alteração é realizado “por determinação judicial”. Como medida de proteção ao transexual, entendo que “nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro”, à semelhança do que ocorre na inscrição no registro civil do vínculo da adoção (art. 47, § 4º, ECA). Segundo, como propus, entendo que não se deve exigir comprovação *judicial* da condição de transexual, sendo possível regulamentar procedimento extrajudicial para promover a alteração do registro civil.

V. CONCLUSÃO

45. Diante de todo o exposto, acompanhando o Ministro Relator Dias Toffoli, voto pelo provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente determinação de exclusão do designativo “transexual” no registro civil, garantindo-se a inclusão de prenome e sexo compatíveis com a identidade de gênero do recorrente.

RE 670422 / RS

46. Também acompanho, quase que integralmente, o Ministro Dias Toffoli no sentido da afirmação, em sede de repercussão geral, das seguintes teses: “1. O transexual tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transexual’. 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”.

Notas:

[1] LRP, Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa (Renumerado do art. 57, pela Lei nº 6.216, de 1975). Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei (Redação dada pela Lei nº 12.100/2009)..... (...) Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708/1998).

[2] Berenice Bento, *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*, 2006. p. 109/133.

[3] A respeito, confira-se: Judith Butler, *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar, 2013; Joan Wallach Scott. Gender: Still a Useful Category of Analysis? In: *Diogenes*, v. 57, n. 1, fev., 2010.

RE 670422 / RS

[4] Jaqueline Gomes Jesus, *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*, 2012, p. 24.

[5] O termo travesti é designado a pessoas que, nascidas com o sexo biológico masculino, vivenciam papéis de gênero feminino, embora não se identifiquem própria e plenamente com o gênero feminino.[5] Assim, embora o uso de vestuário do gênero oposto ao seu sexo biológico satisfaça uma experiência de pertencimento àquele gênero, não apresentam desejo de mudança permanente de sexo (cf. Jaqueline Gomes Jesus. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012, p. 24. Publicação online disponível no site www.sertao.ufg.br).

[6] Trata-se da consagrada expressão do endocrinologista alemão Harry Benjamin.

[7] Jaqueline Gomes Jesus, Op. cit., p. 15.

[8] Berenice Bento. *A Reinvenção do Corpo...* Op. cit., p. 86/87.

[9] Judith Butler, *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*, 1999.

[10] Berenice Bento. *A Reinvenção do Corpo...* Op. cit., p. 89/90.

[11] Márcia Arán, Daniela Murtam Tatiana Lionço, *Transexualidade e saúde pública no Brasil. Ciência e Saúde Coletiva*, 14 (4), 2009, p. 1142/1144.

[12] V. <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>

[13] V. <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>

[14] V. <http://blogs.odia.ig.com.br/lgbt/2015/01/29/dia-nacional-da-visibilidade-trans-e-celebrado-com-manifestacao-na-cinelandia-nesta-quinta-feira/> e <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge>

[15] Nancy Fraser, *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça*. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa, Flávia Piovesan, *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, 2008, p. 167.

RE 670422 / RS

[16] Nancy Fraser, Op. cit., p. 173.

[17] Luís Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.” *Revista dos Tribunais*, Ano 101, vol. 919, maio de 2012, p. 167/168.

[18] *Ibid*, p. 23/24.

[19] Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/09/fila-de-espera-para-mudanca-de-sexo-em-ambulatorio-no-nordeste-chega-a-13-anos/>>

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu saúdo, em primeiro lugar, o voto notável do eminente Ministro Dias Toffoli, cumprimento a presença, na plateia, de militantes históricos da causa LGBTI, Doutora Maria Berenice Dias, Toni Reis, Paulo Roberto Iotti.

O meu voto será muito breve, Presidente, só vou fazer uma observação. A história às vezes anda devagar, ela se arrasta, e às vezes anda com alguma celeridade. Nos últimos anos, felizmente e para o bem, este é um capítulo em que a história tem andado com maior velocidade na proteção dos homossexuais, na proteção dos transgêneros de uma maneira geral.

A meu ver, o processo histórico, o processo civilizatório existe para a superação dos preconceitos, para a superação da discriminação. Eu me lembro, Ministro Celso, em 1987, quando se debatia a Constituinte, eu era diretor ou presidente de um núcleo de assuntos constitucionais na OAB do Rio, na época presidida pelo professor e grande advogado Nilo Batista. E houve uma solicitação de audiência por um grupo chamado Triângulo Rosa, que militava em favor da causa *gay*. E eu os recebi, no meu papel de presidente do núcleo de assuntos constitucionais, mas me lembro, mesmo num ambiente mais evoluído, da quantidade de risos ocultos e de comentários depreciativos, o que fazia parte do comportamento natural da época em relação à homossexualidade; em relação à transexualidade então, nem pensar, era um preconceito ainda muito maior.

Portanto, às vésperas dos 30 anos da Constituição, nós conseguimos, com uma participação decisiva deste Supremo Tribunal Federal, mudar o código de relação da sociedade com a comunidade *gay*, de uma maneira geral, e o Supremo, tendo validado as uniões homoafetivas e, depois, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo e, agora, num conjunto de decisões importantes e que têm como um dos seus marcos esta decisão

RE 670422 / RS

que estamos produzindo hoje em relação aos transexuais especificamente, que é o caso discutido neste processo. Mas acho que há um avanço na compreensão da causa que envolve os transgêneros, de uma maneira geral. Quer dizer, o reconhecimento do diferente, o reconhecimento do outro e do absurdo que é você discriminar alguém em razão de uma condição inata. As pessoas já não devem ser discriminadas pelas suas escolhas, mas serem discriminadas por uma circunstância inata é de uma crueldade, de uma falta de empatia, de uma incapacidade de perceber que a vida é feita do outro e que nós fazemos parte, na verdade, de uma unidade. O processo civilizatório é um certo compromisso de fazer com que todas as pessoas consigam realizar em plenitude os seus projetos de vida e as suas personalidades. Qualquer vida desperdiçada é uma perda para a humanidade. Portanto, não permitir que as pessoas coloquem a sua sexualidade onde mora o seu desejo e que sejam tratadas socialmente da maneira como se percebem é uma forma intolerante e cruel de viver a vida. De modo que acho um momento de elevação para este Tribunal nós estarmos contribuindo para a superação deste preconceito. Bem sabendo todos nós que a vitória judicial é um capítulo da luta, porque ela continua no convencimento que se tem que fazer perante a sociedade de uma maneira geral.

Eu, Presidente, trouxe igualmente um voto escrito com um conjunto de considerações que achei próprias e vou me limitar a ler a ementa do meu voto, que é relativamente curta, porque eu não tenho nenhuma divergência relevante, aliás não tenho divergências de uma maneira geral em relação à posição do Ministro Dias Toffoli.

E talvez, ao final, nós possamos ter uma discussão - para qual, talvez, nenhum de nós estivesse preparado - se mantemos transexuais ou se avançamos para transgêneros. Porque aqui teríamos que convencionar o que que nós estaríamos referindo como os transgêneros porque - mesmo de breve conversa que tive com militantes aqui presentes e de textos que li - não há muito consenso sobre quais as categorias integram verdadeiramente a categoria transgêneros. Portanto, talvez, essa seja uma discussão que possamos ter.

RE 670422 / RS

A minha ementa, Presidente, diz o seguinte: transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento, sentindo que seu corpo é inadequado à forma como se percebem - portanto, como dizia, é uma condição inata. Trata-se de um dos grupos mais marginalizados e estigmatizados em nossa sociedade em razão de padrões culturais enraizados que, historicamente, os inferiorizam.

Uma segunda ideia que compartilho é: a possibilidade de alteração de prenome e do sexo do nascimento no registro civil para adequá-los à identidade de gênero da pessoa constitui medida necessária à tutela dos direitos à igualdade e ao reconhecimento dos transexuais, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco de todo indivíduo. A medida garante, ainda, a liberdade individual e a dignidade humana na vertente da autonomia, porque permite que transexuais desenvolvam plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. Essa é uma proposição coerente com o modo como eu trato a dignidade da pessoa humana, que inclui o valor intrínseco da pessoa e a sua autonomia, que são as escolhas existenciais que ela faz na sua vida.

Terceiro: não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização como condição para alteração no registro civil, sob pena de violação adicional aos direitos à integridade psicofísica, à dignidade e à autonomia dos transexuais. Afinal, a redesignação de sexo constitui procedimento cirúrgico, altamente invasivo e arriscado e que não é acessível a todos, seja pelo custo, seja pela longa espera, mesmo quando realizado no SUS. O transexual deve assim poder optar livremente pela submissão, ou não, a transgenitalização.

Ademais, condicionar a modificação do assentamento civil à transgenitalização representaria adotar a inadequada visão - e aqui considero isso também muito importante - de que a vivência da identidade de gênero se resume à genitália - um pouco a importância do termo, penso eu que cunhado pela Doutora Maria Berenice, de usarmos homoafetividade em lugar de homossexualidade, porque a identidade de gênero e a manifestação dos direitos da personalidade não são apenas

RE 670422 / RS

relacionados à sexualidade, mas a outras dimensões igualmente importantes da vida. Portanto, a identidade de gênero não se resume à genitália e há diversas formas, menos gravosas, pelas quais o transexual pode adequar o seu corpo à percepção de gênero, como alteração de vestuário e penteados, tratamentos hormonais, cirurgia de redução do pomo de Adão, cirurgia de remoção das mamas. Portanto, e por essas razões, a cirurgia de transgenitalização jamais poderia ser exigida para este fim.

Quatro: a possibilidade de substituição do prenome por apelidos públicos notórios, conferida pelo artigo 58 da Lei nº 6.015/73, com a redação atual, deve ser lida de modo a permitir a alteração pelo nome social dos transexuais. Como decorrência lógica dessa modificação, deve-se substituir também o sexo no assentamento civil, afastando-se a incongruência com a identidade de gênero, sendo inconstitucional - e, aqui, aderindo, expressamente, também, nesse ponto, à manifestação do Ministro Dias Toffoli - a manutenção do sexo de nascimento ou a inclusão do termo transexual.

Portanto, Presidente, eu estou dando provimento ao recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente determinação da exclusão do designativo transexual no registro civil.

Eu estou de acordo com as proposições constantes da tese do Ministro Dias Toffoli. Apenas para uniformizarmos - e Vossa Excelência até já havia feito esse comentário anteriormente: quando se trata de uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de declaração de inconstitucionalidade, e nós interpretamos conforme, o padrão é julgarmos procedente em parte para interpretar conforme a Constituição; mas, quando o pedido é de interpretação conforme, aí a gente julga puramente procedente, porque esse é que foi o pedido. E Vossa Excelência havia feito esse comentário, eu fiz uma reflexão e estou de pleno acordo.

Portanto, eu estou aqui aderindo à posição do Ministro Dias Toffoli, já secundada pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Edson Fachin. Cumprimento as pessoas que têm militância histórica nesta causa e que

RE 670422 / RS

hoje poderão saborear uma vitória merecida.

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu saúdo todos e peço licença para cumprimentar os advogados que fizeram sustentação oral na pessoa da Dra. Maria Berenice Dias, minha colega de turma na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, nos cinco anos de duração do nosso curso, por quem eu guardo especial apreço e admiração, não só pela sua atuação na magistratura gaúcha, ao tempo em que a integrou, como, e sobretudo, pela sua atuação acadêmica, enfrentando temas de tamanha delicadeza e importância para os brasileiros.

Tenho voto escrito que juntarei aos autos. Estructurei-o em tópicos no exame deste delicado tema submetido à jurisdição constitucional desta Casa neste recurso extraordinário proveniente do Rio Grande do Sul – o tema 761 da repercussão geral.

22/11/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber:

I. CONTEXTO ARGUMENTATIVO DO PROCESSO

1. Cuida a espécie de recurso extraordinário, com fundamento normativo no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, envolvendo discussão acerca da possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual sem a realização de procedimento cirúrgico.

2. O acórdão recorrido, de provimento parcial do recurso de apelação interposto em face da sentença, adotou solução jurídica no sentido de que seja averbado no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual, independente da adoção de qualquer procedimento cirúrgico. A razão de decidir necessária e suficiente justificadora do pronunciamento judicial acolheu interpretação de tutela dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, porquanto esses exigem correspondência dos atos jurídicos com a realidade fenomênica do mundo, sobretudo para o adequado resguardo de direitos e interesses de terceiros.

Na fundamentação do acórdão consta:

“(...) A solução encontrada naquele feito – e que adoto também aqui – é no sentido de que seja averbado no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual. Isso em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros.

No caso, por mais que se tenha avançado, e com todos os recursos da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo que mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as

RE 670422 / RS

características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar o aspecto cromossômico, este imutável.

Saliento que tal providência não acarretará qualquer reflexo deletério na pessoa do requerente, pois, como sabido, para todos os atos da vida civil, basta apresentar a carteira de identidade, ou, eventualmente, o passaporte, documentos nos quais consta o gênero de seu portador.”

Cumpre esclarecer, desde logo, que a sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau deferiu o pedido de alteração do nome, todavia, negou o direito à alteração do gênero no registro civil, enquanto não realizada a cirurgia de redesignação sexual. Em outras palavras, adotou como premissa necessária para o reconhecimento do direito à alteração do gênero a realização do procedimento cirúrgico de redesignação do sexo.

3. Em razões recursais de extraordinário, a parte recorrente justifica a natureza constitucional do problema jurídico consistente no direito do transexual à alteração de gênero no assento de registro civil, sem a necessidade de cirurgia de redesignação de sexo, forte nos seguintes argumentos jurídicos:

a) a Constituição Federal consagra como objetivo fundamental da República brasileira a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, de modo que não alterar a identidade de gênero dos transexuais no registro civil implica criar empecilhos ao objetivo constitucional do bem comum:

b) os transexuais têm sua sexualidade constitucionalmente tutelada pelo Estado, ao qual incumbe, mais que colocá-la à prova da posse ou não da genitália tida como adequada, protegê-la contra os outros e mesmo contra sua própria ingerência;

c) vislumbrar no transexual uma pessoa incapaz de decidir sobre a própria sexualidade, somente porque não faz parte do grupo hegemônico de pessoas para as quais a genitália corresponde à exteriorização do gênero, reflete perspectiva e abordagem do problema contrários ao princípio da dignidade da pessoa humana;

d) tanto a doutrina como a jurisprudência já apontam como diretriz

RE 670422 / RS

jurídica a possibilidade, em casos específicos, de alteração do registro civil de transexuais com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sem discriminações;

e) a cirurgia de redesignação do sexo não pode servir como critério para a alteração do registro civil, na medida em que a opção por esta cirurgia é consequência da vontade do indivíduo, vontade que advém da experiência pessoal do transexual, do nível de conhecimento médico, da disposição de enfrentar uma cirurgia arriscada, entre tantos outros fatores de ordem pessoal e tecnológica; deste modo, aludida cirurgia não pode ser tomado como fator gerador para a tutela jurídica do indivíduo transexual, sob pena de afronta ao direito à saúde;

e) sustenta violação aos artigos 1º, inciso IV, 3º, 5º, inciso X, 6º, caput, da Constituição Federal.

Em resumo: defende o dever do Estado na promoção e tutela do direito fundamental do transexual ao reconhecimento da sua identidade de gênero, e não de sexo, independente da realização de cirurgia, como expressão da sua dignidade humana, autonomia e igualdade de reconhecimento entre seus pares.

II. O PROBLEMA JURÍDICO

4. Do cotejo analítico da pretensão recursal e do acórdão recorrido, infere-se que a questão controversa trata da possibilidade de alteração do nome e do gênero no assento de registro civil, sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação do sexo, a partir da tutela dos direitos fundamentais do transexual ao reconhecimento da sua identidade de gênero, como expressão da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da privacidade.

Assim constou na ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral da questão:

Registro civil das pessoas naturais. Alteração do assento de nascimento, Retificação do nome o de gênero sexual. Utilização do termo transexual no registro civil. O conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Discussão acerca dos princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, entre outros, e a sua convivência com

RE 670422 / RS

princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Presença de repercussão geral.

III. DIREITO APLICÁVEL AO CASO

5. A transexualidade ou neurodiscordância de gênero é comumente tratada como condição médica, e não moral. Nada obstante essa abordagem biomédica, faz-se necessária, para o adequado entendimento da questão da transexualidade, a complementação com a abordagem social.

A abordagem biomédica define a transexualidade como distúrbio de identidade de gênero, porquanto os transexuais sentem que seu corpo não combina com o que sentem; o comportamento e padrão psíquico não se relacionam com o padrão biológico. A abordagem social, por seu turno, está fundamentada no direito à autodeterminação da pessoa, que pode afirmar livremente a sua identidade, como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, a Organização Mundial de Saúde, através da classificação estatística internacional e doenças e problemas relacionados à saúde (CID-10), define o transexualismo como sendo um transtorno de identidade sexual. A condição transexual é retratada como *“um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo posto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”* (OMS 2010).

A Organização Mundial de Saúde, portanto, a partir da abordagem da sexualidade como questão de saúde pública, entende que a transexualidade é um transtorno da identidade sexual, razão pela qual aos cidadãos transexuais são oferecidos diversos tratamentos médicos, como a prescrição de hormônios e a cirurgia de redesignação do sexo.

Nessa perspectiva do problema, o Conselho Federal de Medicina brasileiro, publicou a Resolução 1.955, em 12.08.2010 (que revogou a anterior Resolução n. 1.652/02), regulando a cirurgia de transgenitalismo,

RE 670422 / RS

para tanto definiu no art. 3º o conceito de transexualismo, a partir da conjugação de quatro critérios mínimos, quais sejam: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar as genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por pelo menos dois anos; d) ausência de transtornos mentais.

Quanto à abordagem biológica do transexualismo, Tereza Rodrigues Viera afirma: *“o transexual reprovava veementemente seus órgãos externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Costumamos dizer que o transexual masculino é uma mulher no corpo de homem, pois suas reações são próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar o indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. A transexualidade, segundo nosso atual modo de pensar, é resultante de uma alteração genética no componente cerebral, combinado com alteração hormonal e o fator social.”* (Transexuais: adequação de sexo. Revista Jurídica Consulex, ano III, n. 31, 1999).

6. Com efeito, essenciais são os avanços científicos da medicina com o objetivo de tornarem a vida dos transexuais digna e consentânea com a identidade de gênero percebida. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, como mencionado, na Resolução n. 1.955/2010 regulamentou a cirurgia de transgenitalismo, bem como os tratamentos médicos endocrinológicos e terapêuticos necessários, sendo que referidos tratamentos estão catalogados e com acesso gratuito por meio do Sistema único de Saúde (não obstante a limitação dos recursos financeiros empregados na disponibilização desses procedimentos). Fato que demonstra a preocupação e tutela do Estado para com a questão, reconhecida como de saúde pública.

7. As soluções médicas ofertadas resolvem de forma aparente a questão da transexualidade, circunscrevendo-se à abordagem biológica do corpo, deixando de lado o aspecto psíquico, que enfrenta o problema do encontro da identidade e seu reconhecimento perante o próprio indivíduo transexual e a sociedade na qual está inserido.

Conforme literatura médica sobre o transexualismo, assim como a

RE 670422 / RS

abordagem social e jurídica, o problema mais grave que acomete os transexuais é aquele relacionado com o reconhecimento de sua identidade. Ou seja, a identificação desse cidadão no meio social como ele se percebe e enxerga e não como seu aspecto físico retrata, a fim de que possa viver como todos os demais cidadãos, podendo exercer sua liberdade de escolha de acordo com o padrão que entende ser sua personalidade.

8. Isso porque, conquanto a área médica e o Estado tenham avançado na tarefa de elaboração de políticas públicas e na agenda de proteção da dignidade e do tratamento do transexualismo, é verdade que os direitos dos cidadãos transexuais ainda encontram resistência para sua adequada e efetiva tutela. Exemplifica essa atuação tímida e mesmo retrógrada por parte da ordem jurídica, a ausência de disciplina jurídica suficiente para o reconhecimento da identidade dos cidadãos transexuais, na medida em que a estes não é facultada a oportunidade de alteração do nome e gênero no registro civil, controvérsia jurídica objeto da presente demanda.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, quanto à proteção insuficiente do Estado à minoria dos transexuais, afirmam:

“A indiferença do direito positivo brasileiro às minorias sexuais tem gerado consequências verdadeiramente dramáticas nos casos de transexualismo. A Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ao dispor sobre os registro públicos, atribuiu ao prenome caráter definitivo; sua alteração só permitida nas hipóteses taxativamente previstas (e.g., exposição ao ridículo e erro de grafia). As cortes brasileiras, em sua maioria, não reconhecem a opção pelo homossexualismo ou a realização de operação para mudança de sexo como causas para a alteração do nome ou do sexo no registro civil. Até 1997, os tribunais argumentavam que a cirurgia de mudança de sexo era considerada mutiladora e, portanto, criminosa, face ao direito brasileiro. O argumento caiu diante da edição pelo conselho Federal de Medicina, aqui acertadamente, da Resolução 1.482, de 10 de setembro de 1997, que autoriza a realização destas espécies de cirurgia. A rigidez formal do registro público passou, com isso, a ser a única razão

RE 670422 / RS

para o indeferimento de retificação registral. Também aqui, todavia, já se encontram decisões que, mais atentas à realidade humana, fogem à orientação majoritária. De fato, o indeferimento do pedido de alteração do registro civil pode gerar efeitos concreto dramáticos. A título de exemplo, vale relatar caso em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana. (Minorias no Direito Civil Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 10, abr-jun. 2002, p. 150/151).

9. A discussão acerca do direito dos transgêneros em alterarem o nome e gênero no registro civil não é nova na nossa ordem jurisdicional. Isso porque a disciplina jurídica legislativa dos direitos da personalidade, notadamente quanto à tutela do nome e gênero, disciplinada na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) é datada do ano 1973, fato que excluiu do campo normativo o grupo minoritário dos transexuais.

Com efeito, a Lei de Registros Públicos, em decorrência mesmo do momento e contexto social, cultural e jurídico da época, adotou como vetor interpretativo, na matéria relativa ao nome e a proteção da veracidade e publicidade dos documentos públicos, a regra da imutabilidade do prenome e gênero, salvo hipóteses excepcionais, conforme prescrição do art. 58 daquele diploma legal¹. Desse modo, à vista dessa estrutura jurídica defasada, quando não omissa, a jurisdição brasileira foi chamada para resolver esse problema.

Em face do quadro jurisdicional configurado e para para melhor compreensão da validade dos argumentos jurídicos em conflito, colaciono as decisões tomadas pelos tribunais estaduais, as quais refletem notória evolução e amadurecimento jurisprudencial:

1 Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

RE 670422 / RS

“(...) Ora, não ha maior exposição ao ridículo do que compelir um individuo transexual, como parece ser o caso do autor com traços, gestos, roupas, cabelos e seios femininos a se apresentar com nome masculino. São evidentes o constrangimento e a vergonha de quem se identifica como pessoa de sexo diferente daquele que aparenta ser. Tem-se, assim, que compelir o autor - para ver -se livre de Humilhação - a previa realização de cirurgia, reconhecidamente invasiva e dolorosa, constitui abuso e violência, com os quais o Poder Judiciário não pode compactuar. TJ-SP - APL: 00406989420128260562 SP 0040698-94.2012.8.26.0562, Relator; Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 24/06/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação; 25/06/2014). (Grifamos).

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERACAO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZACAO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUCAO PROBATORIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais a alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles tem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido a cirurgia de transgenitalização, e medida que se revela em consonância com o principio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJ-MG - AC: 10521130104792001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 22/04/2014, Câmaras Cíveis/6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/05/2014).

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo -Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações

RE 670422 / RS

vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana . (...) Diante de tal situação, inquestionável o constrangimento ao qual é submetido todas as vezes em que, apesar de possuir aparência feminina, tem que fazer uso de um nome masculino. De fato, não ter reconhecida a identidade sexual a o uai entende inequivocamente pertencer acaba lhe acarretando um sofrimento imensurável, além de lhe impedir de usufruir de todos os atributos de sua personalidade, bem como de ter reconhecido o direito de viver dignamente. Aliás, fechar os olhos para a situação vexatória que vem sendo submetido o apelante, a qual, destaque-se, e reconhecida pela própria medicina, implicaria numa ofensa sem medida ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF como fundamento da Republica Federativa do Brasil. Ademais, necessário se fez ressaltar que no caso dos autos o autor manifestou o interesse de ser submetido a cirurgia de alteração do sexo. (TJ-SE, AC 2012209865 SE, Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1.CAMARA CIVEL).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. (...) Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua

RE 670422 / RS

alteração em algumas hipóteses. (...) O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. (...) O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento". Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP-APL: 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/09/2014, 10R Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/09/2014).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente deliberou acerca do tema. Da análise dos julgados, verifica-se referida evolução jurisprudencial na interpretação jurídica do problema. No julgamento do RESp 1.008.398, Rel Min. Nancy Andrighi, a posição de defesa dos direitos dos transexuais ficou clara, conforme ementa abaixo transcrita:

“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e

RE 670422 / RS

designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que,

RE 670422 / RS

após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social

RE 670422 / RS

estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido. (REsp. 1.008.398 – SP, Rel Min. Nancy Andrighi, DJe 18.11.2009).

Orientação jurídica esta que foi ratificada em recente julgado proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1626739), em 09.05.2017, cujo voto majoritário, liderado pelo Min. Rel. Luís Felipe Salomão, defendeu que a argumentação jurídica no sentido de que a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, de

RE 670422 / RS

modo que para a alteração de gênero em documentos públicos não faz-se necessária intervenção médica cirúrgica.

IV. DIREITO COMPARADO SOBRE OS DIREITOS DOS TRANSGÊNEROS

10. Forte na tutela do direito à dignidade e autonomia dos transexuais, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *AFFAIRE A.P., GARÇON ET NICOT c. FRANCE*, ocorrido em 06.04.2017, deliberou e decidiu que a exigência de submissão das pessoas transexuais ao procedimento cirúrgico de esterilização, como premissa fática necessária para o reconhecimento da identidade de gênero nos registros públicos, é medida contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos e deve ser rejeitada.

A decisão tomada pela Corte Europeia estabeleceu novo padrão jurídico nos países que integram o Conselho da Europa, acerca do alcance e densidade normativa do princípio da igualdade de direitos para pessoas transgêneras.

Em outras palavras: a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao decidir contra a esterilização obrigatória (submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação do sexo) como requisito para as pessoas transgêneros exercerem o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade, promoveu um significativo avanço interpretativo em matéria de direito das pessoas transexuais.

Importante trazer à deliberação o dado estatístico referente às legislações dos países integrantes da União Europeia, quanto à questão das exigências impostas para o reconhecimento dos direitos à personalidade dos transgêneros. De acordo com a organização Transgender Europe², em estudo realizado e publicado em abril de 2017, vinte desses países exigem a submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e outros trinta e seis exigem um diagnóstico de saúde mental para o referido reconhecimento dos direitos dos transexuais a sua autodeterminação.

Não obstante a Corte Europeia não possa obrigar os Estados a promoverem modificações legislativas, em matéria de reconhecimento e

2 Dados disponíveis no seguinte link: <http://tgeu.org/trans-rights-map-2017/>

RE 670422 / RS

tutela dos direitos de gênero, de modo a assegurar e realizar os direitos das pessoas à privacidade, autodeterminação, não discriminação e dignidade, é certo que os cidadãos transgêneros desses países têm forte precedente jurídico para contestar interpretação divergente adotada nos respectivos tribunais nacionais.

Nesse espaço, cumpre assinalar que doze agências da Organização das Nações Unidas juntaram-se e publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contras as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas.

A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais na tutela dos direitos fundamentais de um grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Como também faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Assim consta na declaração:

“O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as

RE 670422 / RS

peças diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os direitos humanos são universais – não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI”.

11. Ainda, nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada na Corte Interamericana de Direitos humanos, haja vista que o Brasil está submetido à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Atala Rizzo e Cirañas vs. Chile, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012, deliberou sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças, cuja argumentação subjacente circunscreveu-se à controvérsia da responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar.

Embora o problema jurídico retratado naquele caso tenha sido o tratamento discriminatório em decorrência da orientação sexual e interferência estatal na vida privada, na fundamentação da decisão foi adotada como razão de decidir o argumento jurídico de que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato, bem como são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade em detrimento de determinado grupo de pessoas.

Dentre esses grupos de pessoas alvo de práticas discriminatórias, a

RE 670422 / RS

Corte Interamericana abordou tanto à categoria da orientação quanto a identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.

Neste ponto, pertinente a justificativa adotada no parágrafo 91 da decisão:

“91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual”.

Seguindo essa linha e frente de resolução do problema jurídico, no desenvolvimento dos direitos humanos, notadamente no campo da não discriminação e igualdade, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 2008, aprovou quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamento discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios³.

3 AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...]

RE 670422 / RS

12. A ordem constitucional brasileira, tal como desenhada, está em conformidade e convergência com esse padrão internacional de promoção e defesa dos direitos humanos dos transexuais, porquanto tem como elemento de identidade normativa, de fundamento estruturante a dignidade da pessoa humana.

Identidade constitucional que é reforçada e confirmada no processo jurídico internacional, como prescreve o art. 5º, §2º (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

V. TUTELA DA IDENTIDADE DE GÊNERO

13. Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, bem vistas as coisas, o direito à identidade pessoal é o direitos dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence.

RESOLVE: 1. Condenar a discriminação contra pessoas, por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, e instar os Estados, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a adotar as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar tal discriminação.”); *AG/RES. 2600 (XL-O/10)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência, bem como as violações de direitos humanos de pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e instar os Estados a que investiguem esses atos e assegurem que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça. 2. Incentivar os Estados a que tomem todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e assegurar o acesso à justiça por parte das vítimas em condições de igualdade. 3. Incentivar os Estados membros a que considerem meios de combater a discriminação contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.”); *AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero. 2. Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça.”), e *AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.”).

RE 670422 / RS

Aqui cabe a mesma analogia jurídica quanto ao direito de participação, que é tido como o direito dos direitos para a institucionalização de uma democracia liberal. A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.

O direito à autodeterminação sexual constitui direito individual que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte que informa e conforma todo o ordenamento constitucional. A identidade sexual, portanto, qualifica-se como um direito fundamental de personalidade que tem como elemento mínimo de concretização a adequação da concepção individual de sexualidade ao quanto expressado nos assentos do registro civil, como forma de compatibilizar o prenome e o gênero sexual à real condição morfológica e psicológica do indivíduo.

Por seu turno, a identidade de gênero, cumpre enfatizar, está conectada com a forma como o indivíduo se manifesta e se reconhece, de modo que não tem correspondência necessária e consequente com a expectativa social do sexo biológico. A sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas antes a partir do aspecto piscossocial.

14. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no relatório oficial acerca do problema da violência contra pessoas LGBTI, aprovado e publicado em 12.11.2015, ratificou essa concepção acerca da identidade de gênero, a partir da abordagem do sexo como construção social, que transcende o conceito de sexo como masculino ou feminino, e como um fenômeno biológico:

“A orientação sexual de uma pessoa é independente do sexo que lhe foi assignado ao nascer, e independente de sua identidade de gênero. A CIDH indicou que a orientação sexual constitui um componente fundamental da vida privada das pessoas e que há uma evidente conexão entre a orientação

RE 670422 / RS

sexual e o desenvolvimento da identidade e do plano de vida de cada pessoa, incluindo sua personalidade, e as relações com outros seres humanos. Também nesse sentido, a Corte interamericana estabeleceu que a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa para a autodeterminação e de escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções. (Corte IDH. *Caso Karen Atala Rizzo e filhas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, para. 136) De acordo com os Princípios de Yogyakarta, a orientação sexual é definida como “a capacidade de cada pessoa de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente ao seu, ou do mesmo gênero, ou de mais de um gênero, assim como a capacidade de manter relações íntimas e sexuais com estas pessoas”.

20. Conforme os Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero é “a vivência interna e individual do gênero tal como sentida profundamente por cada pessoa, a qual pode ou não corresponder com o sexo designado ao momento do nascimento, inclusive a vivência pessoal do corpo (que pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra natureza, desde que seja por sua livre decisão) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e a conduta”. Pessoas trans é o termo genérico frequentemente utilizado para descrever as diferentes variações das identidades de gênero (incluindo transexuais, travestis, transformistas, dentre outros), cujo denominador comum é que o sexo designado ao nascer não coincide com a identidade de gênero da pessoa. A identidade de gênero não é determinada pelas transformações corporais, intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos. No entanto, eles podem ser necessários para a construção da identidade de gênero de algumas pessoas trans.”

Nessa perspectiva, cumpre assinalar a definição estabelecida nos

RE 670422 / RS

Princípios de Yogyakarta⁴, que versam sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos às questões de orientação sexual e identidade de gênero, e partem da premissa de existência de violência de gênero por parte do Estado e da sociedade no exercício do policiamento da sexualidade, quando impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por costumes, legislação: *“Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médico, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”*.

O Princípio 3º de Yogyakarta, voltado para a disciplina do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhece o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, bem como impõe deveres a serem observados pelos Estados na implementação das garantias ao exercício e reivindicação de tal direito:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o

4 Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e ele sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. (...) Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos. Foi ratificado pelo Brasil

RE 670422 / RS

reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa; c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;

e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.”

15. Este Supremo Tribunal Federal, por seu turno, no julgamento da

RE 670422 / RS

questão da constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), por unanimidade, definiu interpretação jurídica, quanto ao alcance do significado normativo do direito à liberdade e à escolha no plano da esfera privada da sexualidade, no sentido de que, em razão da aplicabilidade das regras da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da autodeterminação, da não discriminação e da busca da felicidade, toda pessoa tem o direito fundamental à orientação sexual.

No mesmo julgamento, destacou-se que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica, devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal.

16. O papel do Estado e da democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

Ocorre que esse dever de tutela do direito à igualdade pelo Estado constitucional, conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de sua força normativa. Ou seja, nas situações fáticas, valoradas pelo Direito, caracterizadas pela diferença entre os indivíduos, é que a igualdade incide como vetor interpretativo de resolução dos problemas jurídicos.

Nesse cenário, o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferença nas formas de expressão dessa identidade de gênero, em comparação com o padrão esperado pela sociedade.

A identidade sexual e de gênero encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa abordagem, Maria Berenice Dias explica *“indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se*

RE 670422 / RS

como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (...) Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. (...) Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos só aspectos necessários à preservação da dignidade humana.” (Liberdade sexual e os direitos humanos. Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 3, n. 5. novembro-2000, p. 163-164).

17. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e os direitos da personalidade (art. 5º, X, CRFB), marcados pelo elemento da inviolabilidade, o direito à igualdade e à liberdade configuram o quadro normativo que justifica a tutela dos direitos dos transexuais, notadamente o aspecto jurídico da alteração registral.

A solução constitucionalmente adequada para a controvérsia jurídica em deliberação está no reconhecimento dos direitos dos transexuais de serem tratados de acordo com sua identidade de gênero e não com a expectativa social sobre o sexo biológico do cidadão.

A possibilidade de alteração do registro civil nos casos de indivíduos que sofrem de disforia de gênero é uma necessidade para a ideal realização de tais pessoas, porquanto a não alteração daquele pode acarretar a eterna e cíclica repetição do trauma da disforia sempre que o transexual seja evocado publicamente pelo nome de registro.

18. É certo que o dever do Estado está na promoção e defesa da liberdade do cidadão e não na sua limitação. As normas constitucionais, notadamente aquelas instituidoras dos direitos fundamentais de nada valeriam se fossem lidas de acordo com a opinião hegemônica da maioria da sociedade.

Quanto ao ponto, cumpre assinalar que a tutela do direito à identidade de gênero não denota a imposição de restrição na liberdade ou autonomia dos demais indivíduos, integrantes da opinião pública

RE 670422 / RS

majoritária da sociedade, mas sim um limite à invasão na esfera individual dessas pessoas que integram um grupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica. Na hipótese, não vislumbro direito fundamental que possa ser contraposto ao direito do transexual ser tratado conforme sua identidade de gênero.

19. Acrescento que a Constituição Federal consagra como objetivo fundamental da República, nos termos do art. 3º, da CRFB, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, *“da natureza não taxativa do dispositivo resta inequívoca a proibição à discriminação com base na orientação sexual de cada indivíduo já recomendada pelo princípio da solidariedade social que se opõe, por definição a toda forma de intolerância e preconceito. Não se pode dizer, contudo, que a proibição constitucional à discriminação resulte, por si só, em uma efetiva tutela de grupos sexuais minoritários no Brasil.* (Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber. Minorias no Direito Civil Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 10, abr-jun 2002, p. 147).

20. Nesse contexto normativo-constitucional, a inscrição do termo transexual no assento de nascimento do recorrente, tal como decidido no acórdão proferido pelo Tribunal de origem, antes de revelar-se solução razoável para o problema, implica violação ao direito de personalidade, na medida em que inaugura situação vexatória e constrangedora ao cidadão, de modo contrário ao objetivo constitucional prescrito no art. 3º, IV, da CRFB.

O contexto de humilhação e constrangimento revelado com a exposição contrastante entre o nome e o gênero correspondente foi bem descrito no estudo elaborado por Taylor Flynn, que assim esclarece: *“Uma mulher transexual, por exemplo, que é legalmente declarada um homem, pode não conseguir alterar seus documentos de identificação (como registro de nascimento, carteira de motorista, ou passaporte) para que eles reflitam o sexo com o qual ela se identifica, um resultado que a expõe à discriminação potencial, perseguição e violência em inúmeras transações que compõem a nossa vida cotidiana. O que deveria ser uma simples tarefa de comprar um item com cartão de crédito (onde identificação pode ser requerida) pode tornar-se um pesadelo:*

RE 670422 / RS

uma pessoa transexual corre o risco de ser humilhada, de que alguém se negue a servi-la, de que espectadores da cena façam-lhe mal – agora conscientes de sua variação de gênero por causa da reação do balconista da loja – e que podem segui-la fora da loja. Seu casamento pode ser invalidade, uma multa de trânsito ou férias no exterior podem colocá-la em risco. Ela pode ter um empréstimo negado, ter um serviço negado no banco, ou alcançar o emprego dos seus sonhos somente para ser demitida tão logo quanto ela apresente documentos de identificação no seu primeiro dia.” (Taylor Flynn. The ties that (don’t) bind: transgender family law and the unmaking of families. In: Transgender rights. Organizado por Paisley Currah, Richard M. Juang e Shannon Price Minter. Minneapolis: University of Minnesota Press. p. 36-37).

21. O Estado tem o dever de dar a tutela normativa suficiente para a realização do direito fundamental do transexual ao reconhecimento de sua identidade e personalidade, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana e do tratamento igualitário dos indivíduos.

Todavia, esse direito à identidade de gênero e reconhecimento não pode estar condicionado, pelas razões acima justificadas, à realização da cirurgia de redesignação do sexo, haja vista o caráter experimental e de risco que esta oferece.

22. A exigência da obrigação de cirurgia de redesignação de sexo impõe alto risco à integridade física do cidadão que pretende ser reconhecido pela forma como se apresenta no mundo fenomênico, risco este que implica, muitas das vezes, quadro de esterilidade, que envolve funções corporais dos seres humanos, notadamente nos aspectos físicos, emocionais, familiares e mental. Ademais, expõe severa ambiguidade na tutela jurídica desse direito à identidade, à autodeterminação e à liberdade dos transgêneros, na medida em que estabelece irreversibilidade da transformação da aparência física. Ou se fala em irreversibilidade da transformação física ou se fala em aparência física, como forma de se expressar.

Essa abordagem jurídica do problema é incompatível com o respeito da liberdade e dignidade da pessoa humana, valores fundamentais de nossa Constituição Federal. Em outras palavras: a obrigação de

RE 670422 / RS

submissão ao procedimento cirúrgico tem o efeito reverso na tutela dos direitos fundamentais em jogo, porquanto priva o transgênero do exercício do direito à identidade sexual pessoal e à vida privada.

A interpretação jurídica de acordo com a máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos no conflito jurídico ora trazido, e mesmo dos direitos humanos, na linha da jurisprudência internacional formada sobre a questão, deve ser aquela que menos invade a integridade física da pessoa. Não há proporcionalidade nessa contrapartida imposta pelo Estado para a efetividade do direito fundamental à personalidade e identidade, corolários da dignidade da pessoa humana.

23. Como amplamente debatido nesse Colegiado, a intervenção cirúrgica envolve complexidades de alto risco e gravidade tanto na fase do procedimento quanto na recuperação, sendo que o seu alto custo, ou limitada disponibilidade pelo Sistema Único de Saúde, inviabilizam o exercício do direito à autodeterminação e identidade, motivo pelo qual não há como exigir a submissão do recorrente a essa intervenção médica para adequação do sexo biológico ao psicossocial, como premissa necessária para obtenção da alteração do registro civil.

Nessa linha interpretativa, compartilho o argumento jurídico sustentada pelo Procurador-Geral da República, que no parecer apresentado se manifestou:

(...) Condicionar a realização de tal procedimento médico à alteração do registro civil, ainda que de modo indireto, vai de encontro ao direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, valores constitucionais de primeira envergadura. Não se pode, data vênia, exigir-se do indivíduo uma mutilação física para assegurar direito constitucional básico assegurado: certamente não será ela – a transgenitalização – pressuposto para o exercício de um dos direitos de personalidade.

Afirmar a identidade de gênero feminina no registro civil da parte recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, pois a aparência do transexual, em tudo se

RE 670422 / RS

manifesta como do sexo masculino, equivaleria a manter o estado de *neurodiscordância de gênero* e de negativa do seu direito de viver dignamente.

24. Ante o exposto, acompanho o relator no provimento ao recurso extraordinário que propõe.

É como voto.

22/11/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não há qualquer cobrança, a não ser a mim mesmo. Insisto em chegar ao Tribunal às 13h45 para a sessão marcada para as 14h. E, no dia de hoje – e falo isso para que fique nos anais do Supremo –, batemos o recorde, começamos a sessão com atraso de uma hora.

Todos estão lembrados de um passado recente, em que preconizei a apreciação conjunta de dois processos. Um subjetivo, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, e outro objetivo, sob a minha relatoria. Sabedor mesmo que, versando ambos a mesma matéria, tem preferência no julgamento o processo objetivo. Por isso que Vossa Excelência – devo fazer justiça – teve o cuidado de lançar a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275 como o segundo processo da pauta e, em terceiro, o recurso extraordinário relatado, e já com votação avançada, pelo ministro Dias Toffoli.

Presidente, como costume falar, vivemos tempos estranhos. E esses tempos estranhos também ocorrem, considerado o Supremo, presente a dificuldade, diante de onze cadeiras, de perfazer-se quórum de oito para julgar-se processos objetivos, em que necessário enfrentar pedido de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo ou de certa interpretação de preceito normativo. Não temos quórum. Pasmem os senhores, não temos oito integrantes, uma vez impedido o ministro Dias Toffoli no processo sob a minha relatoria, para apregoar e proceder ao exame em conjunto da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E como Vossa Excelência acentuou, eu o coloquei em primeiro lugar exatamente pela objetividade da matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nessa ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, apresentada pela Procuradoria-Geral da República, tem-se pleito de empréstimo de interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 58 da Lei dos Registros Públicos, a Lei nº 6.015/1973, para não se exigir a operação da genitália, visando a mudança,

RE 670422 / RS

em conjunto com a alteração do prenome, do sexo junto ao registro das pessoas naturais. Devemos enfrentar a matéria neste processo objetivo, que liberei para inclusão na pauta dirigida a cargo de Vossa Excelência.

Ante essa premissa, metódico como costume ser no tocante ao horário – sou inclusive quando vou a minha odontóloga –, peço vista, Presidente.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : S T C

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS)

RECDO.(A/S) : OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP)

AM. CURIAE. : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S) : LEONARDO ALMEIDA LAGE (0043401/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal deferiu o ingresso nos autos, como *amici curiae*, do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT. Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Falaram: pelo *amicus curiae* ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Dr. Leonardo Almeida Lage; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal; e, pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT e Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.4.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.11.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

15/08/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL****VOTO – VISTA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tem-se extraordinário interposto em face de acórdão formalizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, em processo revelador de pedido de retificação de registro civil, determinou a averbação, na anotação de nascimento da parte recorrente, da condição de transexual, articulando com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

O Supremo, em acórdão publicado no Diário da Justiça de 21 de novembro de 2014, assentou configurada a repercussão geral da matéria atinente à “possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo” – Tema nº 761.

Iniciada a apreciação da controvérsia, já tendo sido proferidos os votos do ministro Dias Toffoli, relator, no que acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, pedi vista do processo. Pretendi, assim, que o julgamento se desse em conjunto com o da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, de minha relatoria, considerada a identidade de objetos: por meio da ação direta, a Procuradoria-Geral da República buscava empréstimo de interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 – Lei dos Registros Públicos –, visando fosse assentada a viabilidade de modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da feitura de cirurgia de transgenitalização.

Devolvido o processo para reinclusão na pauta dirigida do Pleno, em observância ao prazo fixado no artigo 134 do Regimento Interno do Supremo, apenas o objetivo – o qual ostenta preferência de julgamento em relação ao de natureza subjetiva – foi definitivamente apreciado na sessão de 1º de março último. Na oportunidade, fiquei parcialmente

RE 670422 / RS

vencido, tendo a sempre ilustrada maioria reconhecido aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente de cirurgia ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, mediante simples manifestação de vontade da pessoa que pretende expressar a identidade de gênero.

Por dever de coerência, e longe de querer sobrepor-me ao decidido pelo Colegiado, reservo-me a reiterar as razões expostas quando do exame da ação direta de nº 4.275, ante o fato de o pronunciamento formalizado ainda não ter alcançado a preclusão maior.

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada, negando-lhe o exercício de direitos fundamentais, considerada a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero.

Consoante fiz ver na oportunidade, a dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga:

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.

Consectário lógico desse raciocínio é a autorização da

RE 670422 / RS

mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Observem a organicidade do Direito. A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe.

Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia. [...] Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana.

Daí a autorizar a alteração dos assentos no registro público mediante, apenas e tão somente, a livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero é passo demasiadamente largo, nada obstante a respeitável maioria formada nesse sentido quando do julgamento, pelo Plenário, da ação direta de nº 4.275, encerrado em 1º de março de 2018.

Reitero ser a modificação do registro civil situação excepcional no ordenamento jurídico. O critério morfológico, embora carente de mitigação, ainda é parâmetro relevante para a identificação de cidadãos. Nos casos em que não realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração do assentamento deve ser precedida da verificação de critérios técnicos aptos a comprovarem a transexualidade. Mostra-se adequado observar o que previsto na Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. A norma dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, estabelecendo os pressupostos a serem atendidos pelo paciente a fim de redefinir, com segurança, os caracteres sexuais. Eis o teor dos dispositivos pertinentes:

RE 670422 / RS

RESOLVE:

[...]

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Essas condições devem ser transpostas, no que couber, aos casos de modificação do registro civil sem a realização de cirurgia. Decisão com essa relevância pressupõe estar a pessoa em faixa etária condizente com o grau de amadurecimento necessário, bem assim haver diagnóstico de equipe médica especializada, em lapso temporal a revelar a definitividade da mudança.

Sigo potencializando a necessidade de condicionar-se a alteração do assentamento de pessoa ao preenchimento dos seguintes requisitos, a serem aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973: (i) idade mínima de 21 anos – cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a

RE 670422 / RS

tomada de decisão; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto.

No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, vale notar que a adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil.

O acesso de terceiros de boa-fé ao teor da averbação atinente à alteração do nome e do sexo deve ser, contudo, condicionado a autorização judicial, conferida em procedimento de jurisdição voluntária no qual demonstrado justo motivo para o levantamento do sigilo sobre o conteúdo da informação.

Divirjo parcialmente do Relator para dar parcial provimento ao extraordinário, assentando a possibilidade de ter-se, ausente a realização de cirurgia de transgenitalização, a alteração do registro, quer em relação ao prenome, quer no tocante ao sexo, sendo vedada a inclusão do termo “transexual”, desde que condicionada aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, considerados os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto.

RE 670422 / RS

É como voto.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

O eminente Ministro **Marco Aurélio** profere voto na linha em que já votara no julgamento da ADI 4.275, da relatoria de Sua Excelência.

Como Relator, diante do julgamento ocorrido naquela ação direta, em sessão realizada em 1º/3/18, eu vou pedir licença aos eminentes Pares para, então, readequar meu voto nos pontos específicos em que ele era um pouco diferente das conclusões a que se chegou na ação direta.

Passei o voto a Vossas Excelências, inclusive, com a proposta de tese que ora formulo, de acordo já com o que foi julgado na ação direta.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu trouxe voto escrito, o qual farei juntada, tendo em vista o voto que Vossa Excelência trouxe agora.

Então, Vossa Excelência reajustou o voto para admitir a mudança do nome e do sexo independentemente de cirurgia e não constar transexual, mas apenas o sexo, o qual a pessoa entende que a coletividade o qualifica, é nesse sentido?

Então, vou acompanhar Vossa Excelência.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

EMENTA: REGISTRO PÚBLICO. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO GÊNERO SEXUAL NO REGISTRO CIVIL SEM QUALQUER MENÇÃO À TRANSEXUALIDADE. PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. CF/88, ARTIGOS 1º, IV; 3º; 5º, X; E 6º. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROCEDENTE.

1. O direito à alteração do nome e do sexo no registro civil. O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

a) As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco, atribuem auto-respeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social - sua autoconfiança, seu auto-respeito e sua autoestima - decorre dessa

RE 670422 / RS

titularidade (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Ed34, 2003. p. 216-217). Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, recusa-se amparo jurídico e institucional ao sujeito, perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade.

b) O reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi reconhecida em diversos precedentes desta Corte (ADPF 132; ARE 692.186 RG) e de cortes constitucionais estrangeiras. Especificamente quanto a direitos de transexuais, cito Acórdão 063/15 da Corte Constitucional da Colômbia e a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2017: *“as mudanças, correções ou ajustes nos registros e documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser livre, e e) não deve exigir o credenciamento de operações cirúrgicas e / ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a esses elementos é o trâmite ou procedimento materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer em paralelo um canal administrativo, que possibilita a*

RE 670422 / RS

eleição da pessoa.” (OC-24/17).

c) O princípio da igualdade assegura a fruição de direitos aos grupos estigmatizados tanto ao lhes estender direitos universais; quanto ao garantir direitos especiais, em razão das suas necessidades particulares. A retificação do sexo no registro civil universaliza o direito à identificação civil, que então se adéqua à verdade dos fatos. Por sua vez, a possibilidade de alteração do nome no registro civil é medida positiva diferenciada, cuja resultante será a inclusão.

d) A ponderação da dignidade e de direitos de personalidade com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade não obsta a alteração do *nome* por razões identitárias, assim como ocorre na alteração do prenome para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória, hipóteses já amplamente consolidadas. A alteração do *gênero*, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

2. A inconstitucionalidade da utilização do termo transexual. A utilização do termo transexual em qualquer campo das certidões públicas mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional, por violação à dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e ao direito à intimidade. As

RE 670422 / RS

injustiças política e econômica a que se sujeitam os transexuais vêm a reboque do ostracismo social. Há uma simbiótica correlação entre o reconhecimento e a participação política e econômica, de modo que demandas de grupo se associam ora ao reconhecimento ora à redistribuição (FRASER, Nancy. “Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation” *In Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003. p.32). A referência expressa à transexualidade do sujeito no registro civil compromete a inserção social do sujeito no mercado de trabalho, perpetuando a injustiça.

3. A inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade.

a) A autonomia da vontade interdita que alguém possa ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico, máxime em se tratando de um procedimento invasivo, arriscado e irreversível. Transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação ofende a liberdade individual.

b) A exigência de submissão à cirurgia para

RE 670422 / RS

a retificação do registro civil viola, inclusive, o direito à saúde e envolver sérios riscos ao paciente.

c) Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não-reconhecimento. O que configura a transexualidade é a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, sendo este o único critério adequado para lhe condicionar a alteração do registro civil por razões identitárias. Consigno, assim, o direito à autodeclaração.

4. Voto por dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do ministro relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, interposto contra acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS que determinou a averbação do termo “transexual” na certidão de nascimento do recorrente, em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos e do interesse de terceiros.

Na origem, o recorrente ajuizou ação de alteração de registro civil em que pleiteou a alteração do nome e do sexo, tendo obtido parcial procedência. Assim, em apelação, insurgiu-se apenas quanto ao indeferimento do pedido de alteração do *sexo* no registro.

A repercussão geral do presente recurso foi, então, reconhecida como “*possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo*” (tema 761).

Antecipo que o voto é pela **procedência** dos pedidos e passo a

RE 670422 / RS

analisar os três aspectos que integram a tese: (i) o direito à alteração do nome e do sexo no registro civil; (ii) a inconstitucionalidade da utilização do termo transexual; e (iii) a inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

(i) o direito à alteração do nome e do sexo no registro civil

Como se sabe, transexual é o indivíduo que se identifica como pertencente a gênero (masculino/feminino) diferente do seu biológico. Trata-se, assim, de uma questão identitária, geralmente verificada desde a infância e que repercute em comportamentos sociais. A demanda visa a dissociar a identidade sexual civil da identidade *biológica*, aproximando-a da identidade *psicossocial*.

O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a **dignidade da pessoa humana**, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

Isso porque o reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de **realização pessoal** do indivíduo e da **busca da felicidade**. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, em que se assegurou o reconhecimento de uniões homoafetivas, e no ARE 692.186 RG, de minha relatoria, em que se discute o alcance da paternidade socioafetiva.

Especificamente quanto a direitos de transexuais, a Corte Constitucional da Colômbia possui diversos precedentes em que são tutelados como expressão da dignidade da pessoa humana. Confira-se excerto da ementa do acórdão que reitera a jurisprudência do tribunal:

“DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FONTES BÁSICAS DE IDENTIDADE-SEXUAL E DE GÊNERO - Reiteração de jurisprudência

RE 670422 / RS

*O direito de cada pessoa definir de forma independente a sua identidade sexual e de gênero e de que as informações no Registro correspondem à sua definição de identidade, encontram-se constitucionalmente protegidos pelas disposições que garantam o livre desenvolvimento da personalidade (art. 16 CP), o reconhecimento da personalidade jurídica (art 14 CP), e respeito pela dignidade humana nas três manifestações antes identificados: (i) **o direito de viver como se quiser; (ii) o direito de viver bem; (iii) o direito de viver sem humilhação.** No presente caso, estão em causa as três dimensões, especialmente a primeira e a terceira, enquanto a incompatibilidade entre a identidade sexual e de gênero que pressupõe uma pessoa e que aparece registrado em seus documentos de identidade envolve lhe negar uma dimensão constitutiva da sua autonomia pessoal (o direito de viver como quiser), que por sua vez pode se tornar objeto de rejeição e discriminação por outros (direito de viver sem humilhação) e a lhe dificultar as oportunidades de trabalho que lhe permitam aceder às condições materiais necessárias para uma vida digna (direito de viver bem)” (Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-063/15).*

No Brasil, a dignidade também foi içada a argumento central da defesa e reconhecimento da liberdade dos transexuais pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.008.398, em cuja ementa se consignou que:

*“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - **A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade,** no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a*

RE 670422 / RS

cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. (...)” (REsp 1008398, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15/10/2009).

Há, ainda, doutrinadores, como Ingo Sarlet, que fundamentam os direitos de grupos estigmatizados no **princípio da igualdade** (SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002). É possível distinguir duas situações: (a) a proteção de direitos universais, muitas vezes denegados aos membros de grupos estigmatizados; e (b) a garantia de direitos especiais, concedidos aos integrantes desses grupos em razão das suas necessidades particulares.

No primeiro caso, a universalização importa a fruição de um mesmo direito e a imposição de um selo social de pertencimento. O direito ao nome e à adequação do registro à verdade dos fatos é inerente à personalidade. É um direito de todos, o que inclui os transexuais. Pretende-se, assim, a fruição do mesmo direito que os demais, um direito universal.

A esse respeito é importante destacar que, em termos vulgares, não existe um “orgulho trans”. O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos. O ponto será desenvolvido adiante.

RE 670422 / RS

O critério jurídico feminino-masculino não se refere *ab initio* a questões biológicas, mas ao gênero. A universalização do direito à identificação civil importa que reflita a verdade dos fatos, especificamente, no caso, a **identidade de gênero**. Se o transexual masculino se identifica como homem íntima e socialmente, por decorrência lógica, pretende a retificação de seu registro, como as demais pessoas que postulam sua identificação civil.

No caso dos autos, consta que *“para os amigos, para os pacientes, para a família, para todos que o conhecem, Sandro é a pessoa que sempre foi: o homem, o fisioterapeuta, o amigo, o marido de Jane”*. A partir da alteração do registro civil, então, a identidade sexual civil passa a corresponder à social e os direitos de personalidade são estendidos ao transexual, como sói ocorrer com qualquer pessoa.

Nesse ponto, é importante destacar que o argumento do acórdão recorrido de que haveria violação ao **princípio da veracidade dos registros** públicos não se sustenta. Ao contrário, a alteração do gênero, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

Na segunda vertente do princípio da igualdade, a igualdade material se obtém pela adoção de medidas positivas diferenciadas, cuja *resultante* será a inclusão. A inclusão pode ocorrer de diversas formas, como a assistência social e políticas públicas que adaptam ambientes e práticas sociais às necessidades de grupos vulneráveis. No caso dos transexuais, a possibilidade de alteração do *nome* no registro civil é medida positiva diferenciada, que se justifica em prol da igualdade material.

Não é apenas por ser medida inclusiva que a alteração do nome no registro civil é excepcional. A excepcionalidade decorre da ponderação com a segurança jurídica, que fundamenta a **imutabilidade do nome**, mitigada apenas nas hipóteses previstas em lei e nas hipóteses trazidas pela doutrina e pela jurisprudência. No cenário internacional, a Argentina editou a Lei de Identidade de Gênero (Lei 26.743, de 9 de maio de 2012),

RE 670422 / RS

que permite que transexuais sejam inscritos em seus documentos pessoais com o nome e o gênero de eleição.

No Brasil, não há previsão expressa do direito à retificação por identidade de gênero, mas a jurisprudência é pacífica em prestigiar o direito de personalidade na ponderação com a segurança jurídica. Assim, admite-se judicialmente a alteração do registro civil de transexuais, ainda que, por vezes, sob condições. De acordo com os artigos 55 e 58 da **Lei de Registros Públicos** (Lei 6.015/73), a retificação do nome e sexo registrais deverá ser requerida em processo judicial. Há um projeto de lei em tramitação na Câmara de Deputados, Lei de Identidade de Gênero - PL5.002/2013, por meio do qual se propõe a alteração no artigo 58 da Lei de Registros Públicos e outras disposições voltadas a assegurar a retificação registral diretamente em cartório. Nas ações de alteração de registro civil movidas por transexuais, costumam ser exigidos laudos médicos, prova pericial psiquiátrica, documental e testemunhal, que comprovem a identidade de gênero.

A violação à dignidade humana pode decorrer de um outro elemento específico: o **direito ao reconhecimento**. Tomando por base as lições de Hegel, a identidade do sujeito surge a partir da visão do outro sobre ele. Ao assumir *status* jurídico de direito fundamental, passa a ser compreendido como “direito ao igual respeito da identidade pessoal”, com fundamento em diversos outros preceitos constitucionais, como o pluralismo político, a solidariedade e a igualdade. A respeito, Daniel Sarmento sintetiza:

“É possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Trata-se de um direito ‘ao igual respeito da identidade pessoal’. Ele não apenas veda as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos” (SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana - conteúdo, trajetórias e**

RE 670422 / RS

metodologia. Rio de Janeiro: Ed. Forum, 2016. p. 334).

A teoria do reconhecimento intersubjetivo identifica três modos de reconhecimento que constroem a identidade plena do sujeito: relações afetivas, solidárias ou jurídicas. As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco mais pertinente ao presente caso, atribuem auto-respeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social decorre dessa titularidade. A prestação jurisdicional e o reconhecimento de um direito empoderam o sujeito.

Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, o acórdão recorrido recusa amparo jurídico e institucional ao sujeito, **perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade**. É como aponta Axel Honneth, expoente no direito ao reconhecimento, *verbis*:

“para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.” (HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Ed34, 2003. p. 216-217).

Ora, com o desrespeito nas esferas de reconhecimento por relações intersubjetivas, ainda que restritas a uma das três formas, o sujeito vê comprometida a própria formação de sua identidade. Como consequência, restringem sua autoconfiança, seu auto-respeito e sua autoestima. É razoável supor que um sujeito comprometido nesses pilares básicos de sua formação individual encontrará imensa dificuldade em se insurgir contra o *status quo*. Isso explica por que são relativamente poucos os transexuais assumidos no Brasil e ainda menos numerosos aqueles psicologicamente dispostos a reivindicar seus direitos, expondo-se em

RE 670422 / RS

processos judiciais longos e invasivos.

Sobre o papel do direito na luta por reconhecimento, convém colacionar as importantes considerações do professor José Reinaldo de Lima Lopes:

“A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção: ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las.

(...) Ao lado dela, é também violência social e silenciosa ‘a falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas’, que estão nos discursos, nos símbolos, na cultura de forma geral. A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna – uma evidência da ‘denegação de igualdade plena’.”
(LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Revista internacional de direitos humanos: SUR**, 2005. p. 73-75).

Some-se, ainda, que a repercussão social da alteração do registro civil para correção do assento referente a nome e sexo não atinge apenas a esfera íntima do indivíduo, mas também a econômica. A discrepância entre registro civil e aparência física e, pior ainda, a referência expressa à transexualidade do sujeito, geram discriminação no mercado de trabalho e dificultam a inserção social do sujeito na cadeia produtiva. Em outros termos, comprometem a **valorização do trabalho humano e a livre iniciativa**, fundamentos da ordem econômica, conforme art. 170, *caput*, da CRFB.

Segundo dados acostados aos autos por núcleos vinculados à Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, *“90% das travestis e transexuais exercem o trabalho sexual no Brasil atualmente. Dentre as razões que explicam essa dificuldade de acesso ao trabalho formal destaca-se: o baixo índice de escolaridade, associado principalmente à evasão escolar; a expulsão prematura de casa pelos familiares e a transfobia institucional, sobretudo no que concerne à repercussão negativa diante do descompasso entre a realidade já*

RE 670422 / RS

experienciada por esses sujeitos e seus documentos de identificação”.

A retificação, então, traduz-se em medida de adequação à situação presente, construída historicamente, mas também oportuniza uma condição socioeconômica mais promissora. A simbiótica correlação entre reconhecimento e participação política e econômica foi desenvolvida por Nancy Fraser, que aborda a interferência recíproca entre os níveis de injustiças (FRASER, Nancy. “Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation” In FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003. p.32).

A autora classifica o desrespeito ao reconhecimento (*misrecognition*) como injustiça sociocultural, enquanto a má distribuição (*maldistribuction*) configura injustiça econômica. As demandas de grupo associam-se tanto ao reconhecimento quanto à redistribuição. No caso dos transexuais, especificamente, a redistribuição econômica vem a reboque do ostracismo social. As injustiças política e econômica decorrem da injustiça cultural ou social.

No que se refere ao contraponto com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade, importa notar que a alteração do *nome* já é amplamente regradada pela jurisprudência, possuindo reflexos administrativos bem delimitados, tais como os que ocorrem na alteração para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória. O contraponto seguirá, então, a mesma *ratio* aplicável a outros casos de alteração de nome.

Mais sensível é a retificação do *gênero* no registro civil, vez que trará importantes **consequências jurídicas**. Como exemplo, cite-se o tempo mínimo de aposentadoria, o serviço militar obrigatório, a legislação trabalhista, o encarceramento prisional, o direito à hora extra feminina e licença maternidade por adoção. Até que sobrevenha legislação que discipline essas situações, caberá ao Judiciário dirimir eventuais conflitos, como já vem ocorrendo alhures.

Quanto aos efeitos da retificação de gênero, vale mencionar que o encarceramento foi enfrentado pela Corte Constitucional da Colômbia no

RE 670422 / RS

precedente transcrito acima (Sentencia T-063/15). No caso, foi assegurado o direito de uma presidiária transexual não compartilhar a mesma cela carcerária que homens.

A Federação Internacional de Vôlei (FIVB), por sua vez, autoriza mulheres transexuais a jogar no time feminino. Foi o que recentemente ocorreu com a brasileira Tifanny Abreu. Admitida no time italiano Golem Volley, a atleta conta que, após quatro anos de tratamento hormonal, sua força caiu 60% e retirou qualquer vantagem física que poderia possuir (<http://globoesporte.globo.com/volei/noticia/na-italia-transexual-brasileira-quebra-barreiras-e-joga-entre-as-mulheres.ghtml>).

Ademais, a proposta de reforma da previdência equipara a idade mínima para aposentadoria de homens e mulheres, o que o relator considera ser “o ponto mais importante da medida” (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1872354-relator-da-previdencia-quer-idade-minima-de-65-para-homem-e-mulher.shtml>).

(ii) a inconstitucionalidade da utilização do termo “transexual” no registro civil

Como mencionado, via de regra, não existe um “orgulho trans” ou um sentimento de pertencimento a um terceiro gênero. Assim, não parece leviano supor que o transexual não quer ser visto como tal, mas sim como ele próprio se vê. Pretendem sua inclusão social, como os demais indivíduos (chamados cisgêneros), de modo que, uma vez alterado o registro, sua identidade sexual biológica possa ser socialmente superada o quanto possível. Por tal razão, destaca o ilustre representante da PGR: *“a inclusão do termo transexual no registro do recorrente não retrata a verdade sexual psicológica”*.

O recorrente, em especial, identifica-se como do sexo masculino.

A utilização do termo “transexual” no campo referente à designação de gênero do registro civil – bem como o seria em qualquer outro campo das certidões públicas – mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional. Em outros termos, **a menção expressa e pública à**

RE 670422 / RS

transexualidade é inconstitucional. Isso porque, como se verá a seguir, viola a dignidade da pessoa humana, o princípio da não-discriminação ou da igualdade e o direito à intimidade.

A violação à **dignidade da pessoa humana** oculta o não-reconhecimento, sendo estigmatizante. A identidade de gênero, repita-se, corresponde ao gênero com o qual a pessoa se identifica psicossocialmente. Não há terceiro gênero, nem é este o pleito. Como a criação do terceiro banheiro, a referência ao “gênero transexual” apenas aumenta o preconceito e a segregação social.

A violação ao **princípio da igualdade** decorre de a discriminação obstar a inserção social e profissional do transexual sem que sequer haja um contraponto ponderável. A menção expressa à transexualidade no registro não contribui para a segurança jurídica de terceiros, nem traz qualquer benefício social. Senão vejamos:

É sabido que a alteração do registro civil para mudança do *nome*, em todas as diversas hipóteses juridicamente admissíveis, pode acarretar alguns riscos à segurança jurídica de terceiros interessados, como credores e herdeiros. Nesses casos, em um juízo de ponderação, a segurança jurídica cede espaço para a dignidade, havendo mecanismos de mitigação dos riscos, tais como a manutenção do número de inscrição no cadastro de pessoa física (CPF), do número da carteira de identidade e de outros dados registrais, como filiação.

A retificação do *gênero*, como visto, que já vem sendo admitida para transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação, acarreta **consequências jurídicas** diversas. A existência de regimes jurídicos diferentes para homens e mulheres em algumas searas (previdenciária, prisional, desportiva, assistencial etc) demanda uma análise mais sensível do intérprete. No entanto, como não há um terceiro regime jurídico, a menção à transexualidade não contribui para dirimir tais questões. Salvo nos casos em que a diferenciação se funda em aspectos genéticos ou reprodutivos, parece razoável sugerir que o regime jurídico acompanhará a identidade de gênero agora já refletida no registro civil.

Em outras palavras, é razoável supor que o transexual masculino,

RE 670422 / RS

como o recorrente, provavelmente não gozará de licença maternidade, somente se aposentará após cumpridos os limites de 65 anos e 35 de contribuição e realizará serviço militar obrigatório. Essas e outras situações serão dirimidas oportunamente, sem que a averbação do termo 'transexual' no registro civil contribua para esclarecer qual o regime aplicável.

Por fim, a medida viola o **direito à intimidade** por expor uma condição psíquica do sujeito, muitas vezes associada a traumas e repressões, e talvez comprometer relacionamentos afetivos e sociais. É que rotular o sujeito oficialmente de *transexual*, sob o pretexto de proteção a terceiros, pode ocultar a intenção de 'alertar' outrem da possibilidade de se relacionar afetivamente com um transexual ou de prevenir o parceiro da infertilidade do sujeito.

Situação análoga foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recurso que questionava a obrigatoriedade de exteriorização da condição de transexual em documento oficial em nome de direito de terceiros. Verifica-se a respectiva ementa:

"APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior. Recurso do Ministério Público insurgindo-se contra a não publicidade do registro. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Segredo de Justiça)" (Apelação Cível Nº 70006828321, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 11/12/2003)

Trazendo luz ao debate, a relatora consignou em seu voto: *"Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher 'de nascimento'. Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril".* Vê-se, assim, que as

RE 670422 / RS

razões que fundamentam o acórdão recorrido não se sustentam, vez que a proteção ao interesse de terceiros e aos princípios da publicidade e da veracidade dos registros se asseguram pela manutenção das informações anteriores, sendo a alteração promovida por meio de averbação.

Dessa forma, eventuais interessados poderão consultar o histórico registral, a fim de efetivar seus direitos de responsabilização, creditícios, hereditários ou de qualquer natureza. Some-se, por evidente, que ninguém tem o direito de investigar a intimidade do outro por mero deleite.

**(iii) a inconstitucionalidade da exigência de realização de
procedimento cirúrgico de redesignação de sexo**

O tratamento clínico envolve diversos procedimentos, desde a terapia hormonal até a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero e social, também chamada de redesignação sexual cirúrgica. À medida que o paciente avança na terapêutica e a própria medicina evolui, mais se aproxima da aparência desejada.

A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade. É o que se detalha a seguir.

A ofensa à **liberdade individual** decorre de se transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação. Condição a fruição de um direito de personalidade, essencial à construção da dignidade humana, à realização da cirurgia equivale a obrigar o transexual a isso, como uma “prova” de sua transexualidade. Ninguém pode ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico sem comprometimento de sua **autonomia da vontade**, ainda mais em se tratando de um procedimento invasivo, irreversível e que repercute no funcionamento dos sistemas excretor e reprodutor.

A violação à **intimidade**, por sua vez, decorre da necessidade de exposição e comprovação de uma vontade íntima, assim como das

RE 670422 / RS

restrições em suas escolhas familiares e afetivas, vez que impede definitivamente o transexual de engravidar ou ter relações sexuais. No caso dos autos, o recorrente submeteu-se à retirada dos seios (mastectomia) e a tratamento hormonal, que lhe causou infertilidade. Não há “riscos”, portanto, de ser uma “mãe homem”, a despeito de não ter feito a transgenitalização.

No entanto, é juridicamente **irrelevante** a eventual existência de um transexual gestante, hipótese destacada como preocupante no acórdão recorrido. O interesse em evitar uma “mãe homem” é discriminatório. A castração, que decorre da cirurgia de redesignação de sexo, impede a reprodução, mas restringe-se à esfera de intimidade do agente.

A identidade de gênero não condena o transexual à abstinência sexual e não se confunde com orientação sexual (heterossexual/homossexual). É possível, havendo casos famosos, que o transexual se submeta à cirurgia de redesignação sexual após ter filhos, tendo ou não aparência condizente com sua identidade de gênero. É o caso do ex-atleta olímpico Bruce Jenner, que passou a se chamar Caitlyn Jenner e possui seis filhos, e do cartunista Laerte, que teve três filhos.

As Cortes Constitucionais da Áustria e da Alemanha enfrentaram a questão ao admitir que transexuais tivessem seus registros civis alterados sem que precisassem dissolver seus casamentos com suas esposas. O tribunal austríaco ressaltou que “*changing a sex entry in a birth certificate cannot be hindered by marriage*”. (Austrian Constitutional Court, BverfG, 1 BvL 1/04, 18 July 2006; e German Constitutional Court, BVerfG, 1BvL 10/05, 27 May 2008).

Some-se, ainda, que a exigência de submissão à cirurgia para a retificação do registro civil viola o **direito à saúde**, por envolver sérios riscos ao paciente. Em sua manifestação, a Procuradoria da República colaciona trecho de obra sobre faloplastia, em que se demonstra as dificuldades da cirurgia, concluindo o representante do *parquet* que “*não se pode, data vênica, exigir-se do indivíduo uma mutilação física para assegurar direito constitucional básico*”.

Dentre as possibilidades de complicações, o pesquisador Gerald

RE 670422 / RS

Ramsey aponta incontinência urinária, deformidades, espasmos vesicais, colite, fístulas, necrose, cicatrizes e estreitamento de uma das passagens. Além disso, o pênis construído é disfuncional, com alta incidência de falha mecânica ou ereção permanente, não tendo o autor encontrado sequer relatos de *“construções de neofalos em que a função de ereção se parecesse com a função própria de um pênis congênito.”*

Ainda, a exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo viola a **igualdade**, mostrando-se um fator de discriminação. Isso porque há diversos óbices que impedem a redesignação cirúrgica de todos os transexuais e comprometem a escolha livre do transexual.

A sujeição ao Procedimento Transexualizador se apresenta como uma questão socioeconômica e não apenas psicossocial. Isso porque o procedimento, realizado pelo Sistema Único de Saúde desde as Portarias nº 1.707 e nº 457 de agosto de 2008, conta com apenas nove hospitais habilitados pelo Ministério da Saúde, dos quais apenas cinco realizam a cirurgia, ainda assim, condicionada ao diagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero (<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador>).

Por ser um tratamento de longo prazo, a eventual necessidade de múltiplos e longos deslocamentos pode comprometer sua universalização, ficando por vezes condicionada ao apoio familiar ou financeiro de quem assegure aos pacientes o acesso a uma dessas unidades. Já na vida adulta pressupõe que o transexual possua condições socioeconômicas suficientes para tanto, o que não condiz com a realidade da maioria dos trans. Como aponta Daniel Cardinali, em obra específica, *“em função do nível de preconceito e discriminação que sofrem, as pessoas trans também apresentam muitas dificuldades de permanecer nos bancos escolares, o que resulta em um nível baixo de escolaridade dessa população, e para ingressar no mercado formal de trabalho”* (CARDINALI, Daniel Carvalho. *A Judicialização dos direitos LGBT no STF*. São Paulo: Arras Ed., 2018. p. 46).

RE 670422 / RS

Nesse sentido, é pertinente a concepção de igualdade complexa de Michael Walzer. A sociedade plural possui diversos bens, que são distribuídos por diferentes agentes sob critérios múltiplos, sem que exista, então, uma igualdade simples.

Para que haja efetiva igualdade complexa é necessário que a distribuição dos bens (como reconhecimento, estima social e direitos) não se fundamente em um único critério(no caso, dinheiro). O princípio distributivo ilimitado de Walzer considera que *“nenhum bem social x será distribuído a quem possua algum outro bem y meramente porque possui y e sem consideração ao significado de x”* (WALZER, Michael. **Spheres of justice: A defense of pluralism and equality**. Basic Books, 2008). Dessa forma, evita-se o predomínio, em que um bem por si só é capaz de atrair todos os outros bens (*“and then all good things come to those who have the one best thing”*). Quando isso ocorre, a desigualdade se perpetua em uma retroalimentação negativa. Por mais que a cirurgia seja custeada pelo SUS, ao transexual pobre ou que mora no interior do Brasil não será efetivamente facultado submeter-se à cirurgia e, conseqüentemente, ter a chancela jurídica de sua identidade de gênero.

Não são apenas os custos financeiros que tornam discriminatório o critério cirúrgico. É possível que não haja efetivamente uma escolha livre quanto à realização da cirurgia em razão de outros fatores, como reservas religiosas, convicções ideológicas ou riscos cirúrgicos associados a comorbidades.

Ademais, **a cirurgia sequer atende ao propósito de identificação do gênero biológico ou do gênero psicossocial**. No primeiro aspecto, tem-se que a morfologia genital do sujeito não é critério suficiente para identificação do gênero biológico, ao que deve se somar a verificação de cromossomos, órgãos internos, hormônios etc. Caso contrário, a ausência do pênis, por mutilação ou dismorfia, alteraria a identidade de gênero.

No segundo aspecto, é evidente que a intenção de submeter-se à cirurgia denota a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, o que configura a transexualidade. No entanto, há outras formas de verificação dessa profunda insatisfação, como entrevistas

RE 670422 / RS

psicológicas, provas testemunhais e submissão a intervenções hormonais. Como o processo transexualizador pressupõe diversas etapas de avaliação psicológica e se estende por muitos anos, consolidam-se os reflexos sociais dessa transformação paulatina, tornando a percepção mais nítida.

Por fim, vale destacar que, se for preciso ser homem fisicamente para ser homem socialmente, o aspecto psicológico da política identitária se esvazia. Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não-reconhecimento.

Uma observação adicional se deve a outro efeito da limitação econômica no direito ao reconhecimento de transexuais. A aparência não pode ser critério para concessão de direitos a transexuais. É razoável presumir que as celebridades transexuais, como Rogéria, Roberta Close, Thammy Gretchen e Lea T, submeteram-se a tratamentos adicionais à terapia hormonal promovida pelo Sistema Único de Saúde. A submissão do paciente a **intervenções estéticas e cirúrgicas adicionais**, bem como sua compleição física e biotipo favorecem a adequação do corpo biológico ao gênero a que se identifica o sujeito.

Ainda prevalece a **orientação jurisprudencial** de que a cirurgia de redesignação sexual constitui a etapa final do Processo Transexualizador e habilita o sujeito a alterar seu registro civil. No entanto, é possível identificar precedentes em que se admite a retificação do registro de transexuais que não se submeteram à cirurgia, como os do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcritos:

“APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBORA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO.” (TJRS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011691185. Relator Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 15/09/2005)

RE 670422 / RS

“APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proferam em parte.” (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006)

Em 2014, o tema foi abordado na **I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, sugerindo uma mudança de entendimento. Foram, então, elaborados os Enunciados 42 e 43, *in verbis*:

“ENUNCIADO N.º 42 RE 670422 e ADI 4275 21

Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO N.º 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da

RE 670422 / RS*cirurgia de transgenitalização.”*

Não é outro o entendimento em doutrina, conforme se verifica a partir das lições de diversos especialistas em bioética, como Miriam Ventura e Fermin Roland Schramm (Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19: 65-93, 2009), Aníbal Guimarães e Heloisa Helena Barboza (SCHRAMM, FR; BARBOZA, HH; GUIMARÃES, A. *O processo transexualizador no SUS como paradoxo entre o reconhecimento da existência da pessoa transexual e a sua invisibilidade institucional*. VIII Congresso Iberoamericano de Ciência, Tecnologia e Gênero. Abril, 2010). Por todos, confira-se excerto da tese da professora Heloisa Helena Barboza:

“Por conseguinte, o transexual, pelas regras médicas vigentes, tem direito de não realizar a cirurgia de transgenitalização.

Esse direito nada mais é do que uma das formas de expressão da autonomia sobre o próprio corpo, naquilo que concerne ao poder dos indivíduos decidirem sobre sua própria saúde, o que inclui o direito de modificar seu corpo, a seu exclusivo critério, e mesmo de fazer escolhas consideradas não saudáveis pelo poder-saber médico. O respeito à autonomia do paciente não é acatado pelos demais setores da sociedade, especialmente pelo direito, embora a liberdade, que tem na autonomia uma de suas expressões, seja constitucionalmente garantida.

As decisões judiciais que negam o reconhecimento da nova identidade do transexual apresentam variados fundamentos - que podem ser bioeticamente questionados - e atendem às formalidades jurídicas. Contudo, essas decisões têm, na prática, o efeito de uma condenação para o transexual que, sob orientação médica, teve seu corpo transformado, em muitos casos, de modo irreversível.” (BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2010)

RE 670422 / RS

Ex positis, voto pela procedência do recurso extraordinário.

É como voto.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, **que se impõe conferir efetividade** à proteção constitucional a **que fazem jus** as pessoas transgêneros, pois o Supremo Tribunal Federal **há de ter presente** que violações de direitos humanos, **que atingem** pessoas **em razão de sua identidade de gênero**, **traduzem** situações que um Estado, **regido** por uma ordem democrática, **não pode** tolerar **nem** admitir.

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

O **direito à autodeterminação** do próprio gênero, **enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade**, **qualifica-se como poder fundamental** da pessoa transgênero, **impregnado** de natureza constitucional, **e traduz**, *iniludivelmente*, em sua expressão concreta, **um essencial direito humano** cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

É por essa razão que, **entre os Princípios de YOGYAKARTA** – **que exprimem** postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação** à orientação sexual e à identidade de gênero –, **há um, o Princípio n. 3, que proclama** o direito titularizado por qualquer pessoa *“de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a*

RE 670422 / RS

lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade”.

É preciso conferir ao transgênero um verdadeiro estatuto de cidadania, **pois ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de identidade de gênero.

Isso significa que os transgêneros têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale* as pessoas **em razão** de sua identidade de gênero.

Busca-se, neste processo, **a consecução** de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **deve estimular** a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, **pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade** imposto à coletividade dos transgêneros – estado esse **de que resultam** situações de injusta exclusão jurídica por eles sofrida, **em contextos fundados** em preconceitos inaceitáveis e **que não mais resistem** ao espírito do tempo – **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana e **que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – **não é nem pode ser** qualificada como decisão proferida contra alguém,

RE 670422 / RS

da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social.

Com este julgamento, não hesito em afirmar que o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e emancipadora e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à identidade de gênero quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica do procedimento de adequação dos assentamentos registrais ao nome social e à imagem dos transgêneros, independentemente de prévia cirurgia de transgenitalização, em ordem a permitir que se extraiam, em favor dessas mesmas pessoas, relevantes consequências no plano do Direito e, também, na esfera de suas relações sociais, familiares e afetivas.

É preciso insistir, desse modo, na asserção de que as pessoas têm o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade de gênero e de serem tratadas em consonância com essa mesma autopercepção por elas revelada.

O exercício desse direito básico, que pode importar em modificação da aparência ou em alteração das funções corporais do transgênero, também legitima a possibilidade de retificação dos assentamentos registrais, com a consequente mudança do prenome e da imagem registrados em sua

RE 670422 / RS

documentação pessoal, **sempre** que tais elementos de identificação **não** coincidirem com a identidade de gênero, **tal como** autopercebida pelo próprio indivíduo.

Na realidade, o Estado **não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar** o exercício, *por qualquer pessoa*, de seus direitos à identidade de gênero, **pois esse direito fundamental** – decorrente do postulado constitucional **consagrador** da dignidade da pessoa humana – **íntegra** o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, **a significar** que o direito à autodeterminação sexual **justifica e confere** legitimidade à adequação da identidade da pessoa, **segundo a percepção por ela própria revelada e assumida**, **ao conteúdo** dos assentamentos registraes, que poderão ser alterados **para assegurar** o nome social do transgênero, **independentemente** da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, **mesmo porque não é a cirurgia** que atribui à pessoa a condição de transgênero, **nem** é esse procedimento cirúrgico **que constitui** requisito para o livre exercício, *pelo transgênero*, desse expressivo direito da personalidade.

Não se desconhece que o direito ao reconhecimento da identidade de gênero **resulta consagrado**, *como anteriormente assinalado, nos Princípios de YOGYAKARTA*, **que constituem postulados** básicos, **acolhidos** pela comunidade internacional, **referentes** à aplicação da legislação sobre direitos humanos **em relação** à orientação sexual e à identidade de gênero.

Esse **importante** documento internacional – **ao proclamar** que **toda** pessoa **tem** o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei **e** que a identidade de gênero, **autodefinida** pelo próprio interessado, **constitui** parte essencial de sua personalidade **e** um dos aspectos básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade – **estabelece** que *“Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento*

RE 670422 / RS

legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero” (Princípio n. 3 – grifei).

Impõe-se ao Estado, em consequência, adotar, nos termos do Princípio n. 3 de YOGYAKARTA, as seguintes providências:

*“(…) **b) Tomar todas as medidas** legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;*

***c) Tomar todas as medidas** legislativas, administrativas e de outros tipos que **sejam** necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – **incluindo** certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – **reflitam** a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;*

***d) Assegurar** que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;*

***e) Garantir** que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;*

***f) Implementar** programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.” (grifei)*

Enfatizo, ainda, como já acentuei em votos proferidos nesta Suprema Corte, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar, nesse contexto, o papel relevante que assume o postulado da dignidade da pessoa humana – cuja centralidade (CF

RE 670422 / RS

art. 1º, III) **confere-lhe** a condição de **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País –, **que traduz**, *de modo expressivo*, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte em **decisões** que, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO W. SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

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

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas, no ponto, pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, **seu principal autor**, John Adams, Benjamim Franklin,

RE 670422 / RS

Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (“**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**”, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que “*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*” (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação do Iluminismo*, **qualificou o direito à busca da felicidade** como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

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

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo* **que legitimam** a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**,

RE 670422 / RS

em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (**ADI 3.300-MC/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/PE**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um “*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*”, **como anota** o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em preciosa obra monográfica (“**Direito à Felicidade**”, 2018, Almedina).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade* foi também positivada, no plano normativo, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

RE 670422 / RS

Parece-me irrecusável, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento** do pleito ora em julgamento.

Cabe registrar, finalmente, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, **a função contramajoritária** que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, **em ordem a conferir efetiva proteção** às minorias.

Trata-se de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, **concerne** ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias** contra eventuais excessos da maioria **ou**, ainda, **contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão **põe em relevo a função contramajoritária** do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas transgêneros **representam** parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem-se mostrado **inferno**, **nesse tema específico**, à **necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

RE 670422 / RS

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de (inaceitável) submissão* de grupos minoritários à **vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois**, ninguém o ignora, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *da minoria* por grupos majoritários.

Na realidade, **o tema** da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

Para que o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados, **pois ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Sendo assim, **dou provimento** ao presente recurso extraordinário, **apoiando-me, fundamentalmente**, para tanto, **no que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **decidiu, com o concurso do meu voto, no julgamento da ADI 4.275/DF.**

RE 670422 / RS

Desse modo, acompanho e acolho, integralmente, as razões expostas, em seu magnífico voto, pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI.

É o meu voto.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, no julgamento passado, eu fiquei vencido parcialmente só na questão administrativa também.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

Eu reajusteí.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Então, eu fico vencido com relação à questão administrativa.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu também fiquei vencido nesta questão administrativa. Entendi, na sessão em que se discutiu esta matéria, que seria necessária autorização judicial, como se faz necessária autorização judicial quando alguém quer aditar um outro nome, ou um apelido ao nome que recebeu originariamente, na Certidão de Batismo ou na Certidão de Nascimento correspondente.

Entretanto, considerando que a maioria do Plenário decidiu nesse sentido, eu acompanho a maioria no sentido de entender que esta foi a tese majoritariamente aprovada, embora vencido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - (PRESIDENTE E RELATOR):

Exatamente por isso que eu, então, pedi a palavra, logo após o voto-vista do Ministro **Marco Aurélio**, para reajustar essa parte de meu voto quanto a essas questões, seja em relação de transexual para transgênero - porque, na ação direta, se discutiu sobre um conjunto maior de pessoas que podem se utilizar desse direito subjetivo - seja em relação à parte que ficara vencido, porque também entendia, como o Ministro **Marco Aurélio**, como o Ministro **Alexandre Moraes** - e Vossa Excelência também agora lembrou -, que só poderia ser feito judicialmente, mas ficamos vencidos, então.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - No campo da jurisdição voluntária, não de contencioso em si.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

PROPOSTA DE TESE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

Vou explicitar um pouco: procurei trazer alguns parâmetros a respeito da formatação desse registro, tentando preservar exatamente a privacidade daquele que vier a se utilizar dessa alteração, seja na via administrativa, seja na via judicial da jurisdição voluntária. Foi por isso que eu trouxe essas questões relativas - na proposta de tese - à averbação à margem do acento, restando vedada a inclusão do termo transgênero.

Como já fiz a leitura do voto e Vossas Excelências têm uma cópia dele em mãos, passo a colher os votos.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Na verdade, Senhor Presidente, a manifestação é breve, apenas para acompanhar a tese que Vossa Excelência está propondo. Creio que Vossa Excelência, levando em conta a colegialidade, e não apenas isso, mas também a compreensão que se formou em relação a essa matéria relevante, do ponto de vista do reconhecimento e da realização de direitos fundamentais, e sublinho que os diversos itens são coerentes com essa direção majoritária que se formou, nomeadamente o item 1, que acredito que condensa a substância da tese. Mas manifesto a minha concordância e estou aderindo à tese proposta por Vossa Excelência.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Gostaria de particularmente, efusivamente, cumprimentar Vossa Excelência pelo reajuste do voto para adequá-lo à colegialidade, como a vida deve ser. Parabéns, estou acompanhando Vossa Excelência.

15/08/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sem ganhar os parabéns, mantenho o entendimento primitivo, e não posso, por coerência, endossar a tese proposta. Por isso, fico vencido.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : S T C

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS)

RECDO.(A/S) : OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP)

AM. CURIAE. : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S) : LEONARDO ALMEIDA LAGE (0043401/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal deferiu o ingresso nos autos, como *amici curiae*, do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT. Em seguida, após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Falaram: pelo *amicus curiae* ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Dr. Leonardo Almeida Lage; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal; e, pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT e Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.4.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.11.2017.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do

Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos". Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente).
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	: ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: GISELE ALESSANDRA SHIMIDT E SILVA
AM. CURIAE.	: LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS-LIDIS
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S)	: VICTOR MENDONCA NEIVA
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: GUSTAVO ZORTEA DA SILVA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

ADI 4275 / DF

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

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Ação direta julgada procedente.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, em julgar procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente

ADI 4275 / DF

da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Brasília, 1º de março de 2018.

Ministro EDSON FACHIN

Redator para o acórdão

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF
AM. CURIAE.	: LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS- LIDIS
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S)	: VICTOR MENDONCA NEIVA
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: GUSTAVO ZORTEA DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, buscando seja conferida, ao artigo 58 da

ADI 4275 / DF

Lei nº 6.015/1973, interpretação conforme ao Texto Maior. Eis o teor do dispositivo questionado:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Segundo narra, a interpretação do preceito em jogo em consonância com os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, cabeça e inciso X, da Carta Federal direciona à possibilidade de mudança de sexo e prenome, por transexuais, no registro civil.

Aponta existirem duas abordagens não excludentes da transexualidade: a biomédica, que a define como distúrbio de identidade de gênero, e a social, embasada no direito à autodeterminação da pessoa. Consoante alega, impor a cidadão a manutenção de prenome em descompasso com a própria identidade atenta contra a dignidade e compromete a interlocução com terceiros, em espaços públicos e privados. Alude ao direito comparado, sustentando ter o Tribunal Europeu de Direitos do Homem entendido que a recusa em autorizar a retificação de certidão de nascimento de transexual ofende a garantia à vida privada prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Diz ser incongruente permitir a alteração de prenome sem a correspondente modificação de sexo no registro civil. Assevera que o direito fundamental à identidade de gênero justifica a troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia. Pondera que a configuração da transexualidade não depende do procedimento cirúrgico. Reporta-se à experiência alemã, na qual reconhecida, pelo legislador, duas situações de mudança de prenome por transexual: com e sem cirurgia. Informa haver o Tribunal Constitucional Federal alemão condicionado a alteração no registro civil sem a cirurgia à faixa etária – ao menos 18 anos –, à convicção, há 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico e à aferição da observância dos

ADI 4275 / DF

requisitos por grupo de especialistas.

Argui mostrar-se consentânea com a Carta da Republica interpretação segundo a qual a expressão “apelidos públicos notórios”, inserida no artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, abrange o prenome social dos transexuais, ensejando também a modificação relativa ao registro de gênero.

Sob o ângulo do risco, salienta que a não declaração do direito em jogo expõe os transexuais a danos gravíssimos.

Requer, liminarmente, seja conferida ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil. Pede, caso o indivíduo não opte pela cirurgia, a fixação dos seguintes requisitos para a alteração do assentamento: (i) idade superior a 18 anos; (ii) convicção, há pelo menos 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico; e (iii) baixa probabilidade, de acordo com pronunciamento de grupo de especialistas, de modificação da identidade de gênero. Pugna, alfim, pela confirmação da tutela de urgência.

Postula, sucessivamente, caso o Tribunal não entenda suficiente para a solução da questão em jogo a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, seja a ação direta admitida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, voltada contra decisões judiciais que implicaram o indeferimento do pedido de mudança do registro civil de transexual, anexadas à petição inicial.

Em 23 de julho de 2009, o Presidente do Supremo acionou o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitando as informações, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

ADI 4275 / DF

O Presidente da República tece considerações sobre a transexualidade. Aponta ter o Poder Executivo tutelado o direito do transexual mediante a instituição, no Sistema Único de Saúde, de processo transexualizador. Defende a possibilidade da retificação do registro civil postulada na peça primeira, desde que não implique a eliminação da averbação originária com o gênero e prenome anteriores.

A Câmara dos Deputados assevera não ter informações a prestar, presente o disposto no artigo 103, § 3º, da Carta da República.

O Senado Federal alude à proporcionalidade e adequação social das normas relativas ao nome e ao registro civil no Brasil. Aduz que o Poder Público promove os direitos fundamentais dos transexuais de forma eficiente, assegurando a realização de cirurgia de transgenitalização. Frisa ser inviável a modificação do assentamento sem a submissão ao procedimento, considerada a imprescindibilidade de o registro corresponder à realidade física. Afirma a impropriedade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

A Advocacia-Geral da União diz da inadmissibilidade da ação direta. Consoante alega, o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 não rege a situação relativa à mudança de registro do transexual, não comportando a interpretação conforme buscada pelo requerente. No mérito, sustenta a parcial procedência do pedido. Argumenta que a condição de transexual, a revelar a necessidade de alteração do quanto averbado em relação ao nome e ao gênero, independe da realização de cirurgia de transgenitalização. Ressalva a necessidade de manter registrado o estado anterior, afirmando que o desaparecimento do sujeito pregresso inviabilizaria a cobrança de débitos civis e tributários, bem assim a persecução penal.

ADI 4275 / DF

O Procurador-Geral da República opina pela procedência do pleito, reiterando as razões expostas na peça primeira.

Em 8 de junho de 2011, Vossa Excelência deferiu o ingresso, como terceiro interessado, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Em 20 de setembro de 2013, não acolheu os pedidos de intervenção formulados por Nuances – Grupo pela Livre Expressão Sexual e por Igualdade – Associação de Travestis e Transexuais do Rio Grande do Sul.

Admitiu, em 3 de outubro de 2014, no processo, como terceiros, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT.

Em 26 de novembro de 2015, deferiu pleito de ingresso, como interessado, do Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Trans.

Admitiu, em 23 de agosto de 2016, como terceiros, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM, o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos – LIDIS e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O processo está concluso no Gabinete.

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS-LIDIS

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONCA NEIVA (15682/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

ADV.(A/S) : GUSTAVO ZORTEA DA SILVA (33863/DF)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dr^a. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dr^a. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

28/02/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A questão constitucional em jogo envolve definir a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 consentânea com a Carta Federal, relativamente à possibilidade de transexual alterar o registro civil de nome e gênero. Eis o teor do preceito:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Rejeito a preliminar, suscitada pela Advocacia-Geral da União, de inadmissibilidade da ação direta. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 permite a técnica de interpretação conforme à Carta Federal. Embora lacônico, o dispositivo encerra situação excepcional na qual autorizada a substituição do prenome por apelido público notório. O exame do alcance desta última expressão revela a polissemia da norma, sobretudo a partir das balizas do Texto Maior. A ressaltar essa óptica, o preceito tem sido utilizado por magistrados para afastar o direito à mudança do prenome e gênero averbados relativamente a transexual, consoante revelam as decisões judiciais anexadas à petição inicial (folha 31).

A controvérsia submetida ao Supremo consiste em definir se, ante a norma, é possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, estabelecendo-se a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 em harmonia com o Diploma Maior.

A adequada solução da questão pressupõe a fixação de premissas corretas no tocante à terminologia própria, sob pena de confundir expressões e vocábulos. A transexualidade, versada nesta ação, não é o mesmo que a homossexualidade – na qual delimitada a orientação sexual¹

1 Maria Berenice Dias afirma que “A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação

ADI 4275 / DF

–, tampouco alcança travestis – uma vez ausente a repulsa pela genitália do sexo biológico. Segundo as palavras de Maria Berenice Dias²:

A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar – hormonal e cirurgicamente – o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário.

[...]

Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo.

O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior. Cabe indagar: mostra-se legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil? A resposta é desenganadamente negativa.

É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios

sexual tem como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual” DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 42.

- 2 DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 43 e 269.

ADI 4275 / DF

morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. É o que revela estudo conduzido pelas professoras Liliana Lopes Pedral Sampaio e Maria Thereza Ávila Dantas Coelho³:

[...]

As formas de lidar com as mais diversas situações são explicadas por Flávio como “um meio de ir levando essa coisa, mas que dói, dói. Eu não quero o meu nome como ele é; eu quero um nome masculino, que me represente no masculino” (Flávio). Essa situação se amplia com a dificuldade de ingresso e permanência no mercado de trabalho, mesmo para os que concluíram a formação universitária, como é o caso de mais uma dessas pessoas. Muitas vezes, a assunção da transexualidade implica o abandono do trabalho. Os homens contam que, como forma de sobrevivência, partem para o trabalho autônomo, quando conseguem, ou então se submetem a trabalhar para casas de prostituição, não se prostituindo, mas fazendo a propaganda do lugar. Trabalhar em borracharia é

3 SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral e COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais. In: *Minorias Sexuais – direitos e preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012. P. 343-344.

ADI 4275 / DF

mais uma opção apresentada por Flávio, mas, segundo ele, extremamente difícil, por conta do machismo. Quando não conseguem nenhum trabalho, a alternativa que muitas vezes resta é o tráfico de drogas, o que, segundo Flávio, não é raro acontecer.

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.

Consectário lógico desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Observem a organicidade do Direito. A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe.

Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia. A ressaltar essa óptica, Maria Berenice Dias anota que, “atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais”⁴. Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a

4 DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 268.

ADI 4275 / DF

integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana.

Contudo, a modificação do registro civil constitui situação excepcional no ordenamento jurídico. O critério morfológico, embora carente de mitigação, ainda é parâmetro relevante para a identificação de cidadãos. Nos casos em que não realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração do assentamento deve ser precedida da verificação de critérios técnicos aptos a comprovar a transexualidade. Mostra-se adequado observar o que preconizado na Resolução nº 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. A norma dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização, estabelecendo os requisitos a serem atendidos pelo paciente a fim de redefinir, com segurança, os caracteres sexuais. Eis o teor dos dispositivos pertinentes:

RESOLVE:

[...]

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

ADI 4275 / DF

Essas condições devem ser transpostas, no que couber, aos casos de modificação do registro civil sem a realização de cirurgia. Decisão com essa relevância pressupõe estar a pessoa em faixa etária condizente com o grau de amadurecimento necessário, bem assim diagnóstico de equipe médica especializada, em lapso temporal a revelar a definitividade da mudança.

A alteração do assentamento de pessoa não submetida à transgenitalização deve ser condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos – cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a tomada de decisão; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto.

Vale notar que esses pressupostos devem ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da Lei nº 6.015/1973.

No campo da forma e da publicidade da mudança do registro civil, cabe acolher o pedido da Advocacia-Geral da União. A adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual. Trata-se da mesma pessoa, sendo responsável por atos praticados na situação anterior. Inexiste direito absoluto, de modo que a modificação de prenome e sexo no registro civil, embora relativa à esfera íntima, não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas. É necessário resguardar o interesse público de sanar divergências ou dúvidas relativas ao estado da pessoa, consubstanciado no princípio da veracidade do registro. Isso não significa expor a constrangimentos ou preconceito. Qualquer discriminação por parte de terceiros, decorrente da condição de transgênero, será resolvida no campo da responsabilidade civil.

O acesso de terceiros de boa-fé ao teor da averbação atinente à

ADI 4275 / DF

alteração do nome e do sexo deve ser, contudo, condicionado a autorização judicial, conferida em procedimento de jurisdição voluntária no qual demonstrado justo motivo para o levantamento do sigilo sobre o conteúdo da informação.

Julgo parcialmente procedente o pedido para assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo.

É como voto.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradora-Geral da República, com o objetivo de dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação conferida pela Lei 9.708/1998, *"reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização"*.

A Requerente sustenta, em síntese, que *"o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade e da privacidade (art. 5º, caput, e X)"*. Afirma, ainda, que *"impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados"*.

Em 23 de julho de 2009, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9868/1999.

O Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido, *"desde que a retificação do registro público não implique na eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores"*.

O Presidente da Câmara dos Deputados afirmou não ter informações a prestar.

O Presidente do Senado Federal opinou pela improcedência do pedido. Consignou soar mais razoável *"viabilizar a alteração do prenome e do sexo civil tão somente aos transexuais redesignados, caso em que se preservam equilibradamente interesses públicos e privados"* e que tal possibilidade já

ADI 4275 / DF

estaria contemplada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos. Argumentou, também, pela impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

O Advogado-Geral da União opinou pelo não conhecimento da ação, diante da inviabilidade de interpretação conforme que configure violência à literalidade do texto legal e ao significado que o legislador pretendeu conferir-lhe. No mérito, sustentou a procedência parcial do pedido, pois a condição de transexual, a revelar a necessidade de alteração do quanto averbado em relação ao nome e ao gênero, independe da realização de cirurgia de transgenitalização. Ressalvou a necessidade de manter no assento o estado anterior, afirmando que o desaparecimento do sujeito pregresso inviabilizaria a cobrança de débitos civis e tributários, bem como a persecução penal.

O Procurador-Geral da República, em Parecer, reiterou as razões da inicial, pela procedência do pedido.

Foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal de Psicologia; o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual/GADvS; a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais/ABGLT; o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/CLAM; o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos/LIDIS; o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM e a Defensoria Pública da União/DPU.

É o relatório.

O cerne do objeto da presente ação é saber se é possível dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do gênero nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

O dispositivo questionado tem o seguinte conteúdo:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

ADI 4275 / DF

O primeiro ponto a assentar é, efetivamente, a inexigibilidade de procedimento cirúrgico como condição para reconhecer a modificação de gênero nos assentos registraes.

Como assinala CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES, em Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (Universidade de São Paulo), sob a orientação do Professor CELSO LAFER:

“Os transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico: homens que acreditam e se comportam como se fossem mulheres, e vice-versa. Tal identificação gera um desconforto ou sentimento de inadequação ao próprio corpo, com sofrimento significativo e um desejo de viver e de ser aceito como pessoa pertencente ao outro sexo. Com base nessa crença, promovem alterações em seus corpos, aproximando-os da aparência própria ao seu gênero de identificação” (*A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*, 2012, p. 4).

Há, nesse caso, uma clara contradição entre o estado civil da pessoa e seu modo de ser e agir perante a sociedade (poderíamos dizer: sua *imagem pública*), situação geradora de desconforto e constrangimento. Tanto é assim, que a Organização Mundial de Saúde há tempos classifica esse fenômeno como “*transtorno de identidade sexual*” (CDI 10 F64.0).

Embora a Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, enumere como requisito para o reconhecimento da condição de transexual o “*desejo expresso de eliminar os genitais*” do sexo original, com vistas a adquirir as características do sexo oposto, a tendência atual dos ordenamentos jurídicos – inclusive em termos de direito comparado – é no sentido de dispensar a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Em primeiro lugar, há que se ter presente a distinção entre “sexo” e “gênero”.

A conformação física externa é apenas uma – mas não a única – das

ADI 4275 / DF

características definidoras do gênero. E a doutrina moderna ressalta “a superioridade do elemento psíquico sobre o físico, considerando suficiente a irreversibilidade da identificação psicológica, que tende a prevalecer” (CAMILA DE JESUS MELLO GONÇALVES, tese citada, p. 209, reportando-se ao pensamento de YOLANDA BUSTOS MORENO, *La Transexualidad*, Madri, Ed. Dykinson, 2008, p. 178).

Por isso, não parece razoável exigir do transexual a submissão aos riscos – e custos – de um delicado procedimento cirúrgico.

Os subsídios trazidos pelo Direito Comparado apontam nessa mesma direção.

As primeiras leis editadas nessa matéria estabeleceram a exigência de adaptação cirúrgica dos genitais como requisito para alteração registral de nome e gênero. Assim, por exemplo, na Itália (Lei 164/1982) e na República Federal da Alemanha (Lei dos Transexuais - *Transsexuellengesetz*, ou simplesmente TSG, de janeiro de 1981).

No caso da Alemanha, todavia, em janeiro de 2011, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) declarou inconstitucional a exigência de prévia submissão a cirurgia de mudança de sexo (1BvR 3295/07), com base nos direitos fundamentais à autodeterminação sexual, à integridade física e à privacidade.

E as legislações mais recentes confirmam essa tendência.

Na Grã-Bretanha, o *Gender Recognition Act*, de 2004, permite a qualquer pessoa maior de dezoito anos a emissão de um “*certificado de reconhecimento de gênero*”, mediante formal declaração de assim viver há pelo menos dois anos, e a intenção de permanecer definitivamente nessa condição, sem necessidade de submeter-se a cirurgia.

Na Espanha, a Lei n. 3, de 15/3/2007, assegura às pessoas com mais de dezoito anos de idade o direito de solicitar diretamente ao agente notarial a retificação do registro relativo ao sexo, e a decorrente alteração de nome (art. 1º), desde que atendidos certos requisitos – entre eles, a submissão a tratamento médico durante pelo menos dois anos, destinado a “*adaptar suas características físicas às correspondentes ao sexo reclamado*” (art. 4, n. 1, b). No entanto, a lei dispensa esse tratamento por razões de

ADI 4275 / DF

“saúde ou idade”, e expressamente ressalva a desnecessidade de cirurgia de redesignação sexual (art. 4, n. 2).

Em Portugal, a Lei n. 7, de 15/3/2011, regula *“o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil”* (art. 1º), de *“natureza secreta”* (art. 2º). O pedido deve ser formulado por pessoa maior de idade e vir acompanhado por relatório médico que confirme *“perturbação da identidade de género”*, elaborado por equipe médica multidisciplinar (art. 3º, 1, b). **Não há menção alguma à necessidade de intervenção cirúrgica.**

Na Argentina, a Lei n. 26.743, de 23/5/2012, reconheceu o direito de todos *“ao reconhecimento de sua identidade de gênero”*, bem como a liberdade de desenvolvimento pessoal conforme essa identidade (art. 1º), permitindo aos maiores de dezoito anos solicitar a retificação do assentamento registrário, com alteração do nome e do sexo, assegurando que ***“em nenhum caso” será exigida intervenção cirúrgica (total ou parcial)***, nem mesmo terapias hormonais ou de outra natureza (art. 4º).

Desse modo, é plenamente atendível o pleito da Requerente no sentido de se dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do sexo nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Todavia, penso que é importante consignar que isso não significa atender a pretensões, deduzidas tanto em sede administrativa como em sede judicial, no sentido de ser suprimida, em definitivo, dos assentamentos registrários, menção ao sexo biológico do indivíduo.

Isso importaria em violação da necessidade básica de se atender ao trinômio *“autenticidade, segurança e eficácia”*, que constitui apanágio dos registros públicos (Lei 6.015/1973, art. 1º), bem como em ferimento do relevante princípio da continuidade registral. Tal cautela é fundamental, também, para resguardar eventuais direitos de terceiros.

A manutenção do assentamento original em nada prejudica os direitos do indivíduo interessado na alteração de seu prenome e de seu sexo no Registro Civil, uma vez que anotações relativas a tais alterações

ADI 4275 / DF

não devem constar das certidões a serem expedidas, permanecendo disponíveis apenas para ele próprio, ou mediante ordem judicial.

Portanto, o sigilo dos registros originais de nome e de gênero não se estende ao próprio interessado, nem às autoridades judiciais.

Note-se que mesmo as legislações acima citadas preveem a manutenção do registro original de nome e de gênero.

Em Portugal, esses dados somente são acessíveis ao próprio interessado e seus herdeiros, ou ainda a *“autoridades judiciais ou policiais para efeito de investigação ou instrução criminal”* (art. 214, n. 3, do Código de Registo Civil, com a redação dada pela Lei n. 7/2011).

Solução similar é dada pela lei argentina, limitando o acesso aos dados originais àqueles que estejam autorizados pelo próprio titular, ou em caso de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 9º da Lei 26.743/2012).

Além disso, estendo aqui - e há vários memoriais distribuídos e pedidos feitos após o início do julgamento - para o reconhecimento, na interpretação conforme, não só do direito dos transexuais, mas uma abrangência maior nessa interpretação para o reconhecimento dos direitos dos transgêneros. Não vejo por que se limitar em relação somente aos transexuais se toda a fundamentação principiológica, toda questão de proteção à dignidade humana também afetaria no gênero, não na espécie, o gênero transgênero.

Em conclusão, e com as ressalvas apontadas, JULGO PROCEDENTE a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, conferindo ao art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) interpretação conforme à Constituição, reconhecendo o direito dos transexuais à substituição do prenome e do gênero nos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Relator, eminentes Pares, Advogados e Advogadas que estão aqui presentes.

Início, Senhora Presidente, lembrando, tal como fez referência o Ministro Alexandre de Moraes, que já apreciamos em alguma boa medida esse tema no julgamento do recurso extraordinário. Agora temos essa ação declaratória de inconstitucionalidade proposta por uma louvável iniciativa da Procuradoria-Geral da República, que traz um tema de importância extraordinária para uma sociedade que se entenda minimamente digna e com respeito à diversidade. Recordando esse julgamento e as afirmações que lá já fiz das conclusões que cheguei, eu principiaria, mas não sem antes cumprimentar o voto do eminente Ministro-Relator que, de maneira sensível e ilustra, trouxe seu ponto de vista, em direção ao qual me coloco em grande medida, com algumas dissonâncias, as quais pedirei vênias para suscitar. Também não posso deixar de cumprimentar o papel desenvolvido, nessa ação, pelos diversos *amici curiae*, eis que se trata efetivamente de amigo da Corte no sentido de ser alguém que veicula contribuição para a adequada prestação jurisdicional, e pelas diversas entidades, por seus briosos procuradores e procuradoras de todos os gêneros e que trouxeram contribuições importantes para desate jurídico dessa matéria.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**VOTO****SÍNTESE DO VOTO**

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 17 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas

Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

1.2. Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e **base convencional** (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto).

1.3. Base doutrinária. O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em “Princípio da

ADI 4275 / DF

Dignidade Humana (no Direito Civil)”; Carlos Santiago Nino em “Ética y Derechos Humanos”; Stéfano Rodotà; e Álvaro Ricardo de Souza Cruz em “(O) Outro (e) (o) Direito”.

1.4. **Base em precedentes.** o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e, especialmente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos; especificamente citam-se os seguintes: o RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli; a ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio; Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação.

1.5. **Conclusão do voto:** julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transtêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Embora a questão versada na presente ação direta seja muito próxima da que se discute no RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli, posteriormente ao voto que proferi na sessão de 22.11.2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24.11.2017, fez publicar a Opinião Consultiva 24/17 sobre “Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo” em que definiu as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivadas de um vínculo entre casais do mesmo sexo. Assim, para além da interpretação constitucionalmente adequada do art. 58 da Lei 6.015/73, deve-se compatibilizar sua interpretação ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica.

A fim de subsidiar essa análise, cumpre registrar tratar-se de ação direta que objetiva a atribuição de interpretação conforme à Constituição do art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação dada pela Lei 9.708/98. O

ADI 4275 / DF

dispositivo tem o seguinte teor:

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

Nos termos da argumentação da inicial, a tese sustentada “é a de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da privacidade (art. 5º, X)”.

Os referidos dispositivos têm a seguinte redação:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

ADI 4275 / DF

O pedido é para que seja dada interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer aos transsexuais, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil. A fim de indicar as balizas necessárias para o deferimento do pedido de alteração, o requerente sugere: “idade igual ou superior a 18 anos, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais”.

Esse é, em síntese, o objeto da presente controvérsia.

Afasto, inicialmente, preliminar arguida pela Advocacia-Geral da União.

Em seu parecer, a Advocacia-Geral suscita a preliminar de não-conhecimento, tendo em vista que “a inteligência que a requerente pretende conferir ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73 não se caracteriza como uma das interpretações possíveis de referido dispositivo legal, sendo inviável, portanto, o pedido de interpretação conforme à Constituição formulado”. Aduz, ainda, que não se poderia cogitar de receber a ação direta como arguição de descumprimento fundamental, porquanto genérico o conteúdo das decisões encartadas na inicial.

Na esteira de pacífica jurisprudência desta Corte, eventual indicação imprecisão da técnica decisória a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal não inviabiliza o conhecimento da ação direta. Isso porque o Tribunal “não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta” (ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 23.03.2001).

Ademais, a técnica decisória objeto do pedido desta ação direta, embora se afaste do tradicional conceito de interpretação conforme, segundo o qual a interpretação deve ficar adstrita aos limites da intenção

ADI 4275 / DF

legislativa, não é inédita nesta Corte. Com efeito, a interpretação conforme pode implicar o deferimento de “decisão manipulativa de efeito aditivo”, como, de resto, já reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 29.04.2013. Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, aduziu que:

“(…) No julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei [24].

Em outros vários casos mais antigos [25], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos [26].

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

“(…) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o

ADI 4275 / DF

entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos’.

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na

ADI 4275 / DF

jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil.

Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.

É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.

(...)

Porém, o fato de o âmbito normativo penal ser a área mais problemática de aplicação das decisões de efeitos aditivos não deve significar o seu completo rechaço nessa seara. No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode

ADI 4275 / DF

impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá in bonam partem, no caso em exame.

(...)

Portanto, tal como vivenciado na realidade italiana, não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolatar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se deve punir o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia.

Essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.”

No mérito, é procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

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

ADI 4275 / DF

eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

A Constituição em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque *"os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto"* (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314).

Em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no Art. 4º, II, da CRFB.

Quando se lê a cláusula de igualdade entre *homens e mulheres* prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescrevem, em seus artigos 2º, 1, e 26, a proibição de qualquer forma de discriminação e garantia a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor e sexo, dentre outros. No mesmo sentido, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, afasta

ADI 4275 / DF

qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

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

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

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

ADI 4275 / DF

vestir-se, o modo de falar e maneirismo".

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

“também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada (...).

Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.

Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada”. (par. 93-95).

Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, “o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim

ADI 4275 / DF

como o direito à liberdade de expressão e de associação”, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”.

Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Esses direitos têm a seguinte previsão no Pacto de São José da Costa Rica:

“Artigo 18. Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

(...)

Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

(...)

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

(...)

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

As obrigações dirigidas aos Estados consistem, portanto, em assegurar tais direitos sem discriminação aos transgêneros.

ADI 4275 / DF

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

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

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada.

Isso teve em mira, como se poderá constatar, a partir da necessária interação entre a dupla dimensão antes delineada.

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem *“(…) ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social”*. E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

“A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade,

ADI 4275 / DF

contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, conseqüentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual” (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23).

Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa.

Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública.

É nessa direção que aponta a Corte Interamericana. Conforme consta de sua opinião consultiva, já referida nesta manifestação, os Estados têm a possibilidade de estabelecer e decidir sobre o procedimento mais adequado de conformidade com as características próprias de cada contexto e de seu direito interno, os trâmites e procedimentos para a mudança de nome, adequação de imagem e retificação da referência ao sexo ou ao gênero, em todos os registros e em todos os documento de identidade para que estejam conformes à identidade de gênero auto-percebidas, independentemente de sua natureza jurisdicional ou materialmente administrativa, desde que cumpram com os seguintes requisitos: “a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero auto-percebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d)

ADI 4275 / DF

devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais” (par. 160).

Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.

Noutras palavras, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

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

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

De fato, se a livre expressão da identidade de gênero desonera a pessoa de provar quem é, a via para a adequação de sua identidade nos assentos públicos pode ser administrativa ou judicial, não sendo esta

ADI 4275 / DF

imperativa. No Brasil, porque o procedimento constante do art. 109 da Lei 6.015/73 exige documentação e instrução probatória, não é ele instrumento indispensável para a retificação do nome, devendo o oficial de registro proceder, se assim o desejar a pessoa, nos termos do art. 110:

“O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público (...)”.

Em caso de dúvida, poderá o oficial ou as partes suscitá-la ao juiz, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73. Evidentemente, não poderia o oficial, agindo na condição de delegatário do poder público, impor condicionantes à livre expressão da vontade.

Neste ponto, é adequada a proposta de tese feita pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, quando do julgamento colegiado da presente ação direta:

“A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.”

Como asseverou Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “*A prepotência de acreditar saber mais, de acreditar saber o que é melhor, nega ao Outro o direito de ser ouvido*”. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (O) Outro (e) (o) Direito. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155). É esse apelo que deve ser ouvido, aqui enfrentado e, agora, provido.

Diante de todo o exposto, julgo procedente a presente ação direta

ADI 4275 / DF

para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

É como voto.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, apenas um esclarecimento. Quando versei transexuais – não mergulhei, até mesmo para estabelecer a diferença, nas definições de transexuais e transgêneros –, o fiz considerado o pedido formalizado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade. E esse pedido é explícito, diz respeito apenas aos transexuais.

Há referência, reconhecendo o direito dos transexuais que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. E o pedido é nesse sentido. O pedido final, com o sucessivo para receber-se, se não admitida a ação direta de inconstitucionalidade, o pleito como a revelar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, o ilustre Ministro-Relator, como não poderia deixar de ser, está coberto de razão, essa é a referência feita na inicial. Eu estou, nada obstante, pedindo vênias a Sua Excelência, adotando o significante transgênero, uma vez que a opinião consultiva é recente e acredito que o significado que um significante possa expressar, eventualmente, carregue algum tipo ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sem trocadilho, o vocábulo seria mais abrangente...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isto! E por isso sugeriria até a Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – ... mais genérico.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - ... para sua reflexão, e eu estou adotando, tal como, aliás, fez o Ministro Alexandre de Moraes, o significante transgênero.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fachin, um esclarecimento, por gentileza! Salvo engano de minha parte,

ADI 4275 / DF

eu entendi que Vossa Excelência dispensa a autorização judicial para...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não! E o Ministro-Relator, Marco Aurélio, prevê a autorização judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, no âmbito da jurisdição voluntária, no que não há antagonismo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E, pedindo esclarecimento a Sua Excelência, Sua Excelência me disse algo que realmente me impressiona no sentido de que essa alteração vai causar impacto numa situação pretérita num ato jurídico perfeito, que é o registro original, e, portanto, haveria a necessidade de uma autorização judicial para desconstituir esse ato. Apenas estou refletindo em voz alta para traçar melhor as nuances entre o voto de Vossa Excelência, Ministro Fachin, e o voto do eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permitir, e o eminente Ministro-Relator também, apenas para dialogarmos, parto para sugerir a dispensabilidade ou a não necessidade imperativa e cogente, *prima facie*, de um procedimento judicial, em primeiro lugar, porque, de um modo geral, os assentos de nascimento são feitos diretamente ao registro civil. A alteração, não raro, acaba, eventualmente, sendo levada por alguma controvérsia ou debate que se venha à vara dos registros públicos, mas, se houver tal circunstância, o oficial do registro civil poderá, eventualmente, suscitar a dúvida e submeter a matéria ao juiz da vara de registros públicos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, Ministro, vamos raciocinar considerada apenas a mudança do nome. É possível essa mudança sem pronunciamento judicial na área da jurisdição voluntária? A resposta é negativa. Mudança de nome! Porque altera! Altera um registro já feito. Agora, vamos aguardar que cada titular de cartório, no exercício da atividade no campo privado, provoque a judicatura? Penso que o interessado, demonstrando convencimento sobre as mudanças que quer implementar, deve acionar o Estado-Juiz e este atuará no campo da jurisdição voluntária, não haverá aqui conflito de

ADI 4275 / DF

interesses a ser dirimido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Permito-me citar um exemplo - eu só vou fazer essa intervenção e já excedi as duas intervenções que o Regimento prevê, mas o diálogo aqui é extremamente importante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Todos de acordo: não se pode compelir, para se alcançar o objetivo, a cirurgia.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isto! Vou tomar um exemplo que está aqui no que se anuncia do julgamento. Uma das advogadas se chama Gisele Alessandra Schmidt e Silva. Este é o nome! O nome é composto de várias partículas, do prenome - Gisele Alessandra -, e daquilo em que se tem a identificação de uma descendência genealógica - Schmidt e Silva -, portanto, nós não estamos necessariamente aqui cogitando dessa alteração da linha da ascendência ou descendência genealógica. Nós estamos falando, na verdade, do nome das partículas identificadoras que, a rigor, compõe o prenome. Isso não precisa de autorização judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Também pudera, Ministro, porque aí desconheceríamos a autodeterminação, ou seja, reconhecendo a um descendente a possibilidade de mudar, inclusive, os registros quanto aos ascendentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É isso que eu estou dizendo que não é possível! Estamos a falar dos prenomes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não chegamos a tanto!

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente!

28/02/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL****ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só uma consideração! Eu pedi vênia ao Ministro Marco Aurélio, ampliei para a questão de transgêneros, sem a fixação de requisitos e sem cirurgia.

Eu acabei nem me referindo à questão da necessidade de autorização judicial, porque ainda não havia sido colocada no voto do Ministro Fachin. A necessidade da decisão judicial de jurisdição voluntária não decorre, ao meu ver, de nenhuma espécie de discriminação, porque ela é prevista desde a lei de 1973 para qualquer alteração de prenome. É prevista para garantir uma maior segurança jurídica, tanto que a mudança do prenome exige a decisão judicial e eu diria, até, por uma questão de segurança jurídica. Isso foi muito bem colocado pelo Ministro Toffoli, em seu voto no recurso extraordinário: “não parece correto obrigar o transexual - que eu amplio aqui para o transgênero - a, após a obtenção de sentença judicial, passar pelo calvário de enfrentar todas as instituições públicas”, eleitoral, previdenciário.

Nós não conseguiríamos esse objetivo se a mudança for só no cartório. O oficial do cartório não tem a força de determinar ao INSS, à justiça eleitoral, toda a mudança. Em verdade, nós perderíamos, ao meu ver, a segurança jurídica do sistema como um todo e perderíamos também uma eficácia maior de uma decisão judicial que, automaticamente, oficiaria todos aqueles que têm o nome da pessoa, do transgênero. Imediatamente seria feita a mudança. O que será - e aqui eu coloco a reflexão ao Plenário - que causaria mais transtorno ao transgênero: um procedimento de jurisdição voluntária que, uma vez alterado o nome, automaticamente - como bem colocou em seu voto o Ministro Toffoli -, todos os documentos, Justiça Eleitoral, previdenciário, estariam regularizados; ou a alteração no cartório que, no mais das vezes, vai suscitar dúvida? Mas, mesmo que não suscite, altere, aí o transgênero

ADI 4275 / DF

vai ter que, em cada um dos casos, pedir alteração, com possibilidade de negativa, e, aí sim, ter que entrar com mandado de segurança. A segurança jurídica, parece-me - aqui com a devida vênua ao Ministro Fachin -, ocorre não só em relação ao transgênero, mas em qualquer alteração de prenome, quando mantém-se a necessidade de decisão judicial e, volto a dizer, sem qualquer requisito, só com os requisitos que a lei exige para qualquer alteração.

E há mais um problema aqui, que a lei argentina regulamentou: a questão dos menores de idade. Nós teríamos aqui também que analisar. E os menores de idade? Se, eventualmente, o posicionamento de ir diretamente ao cartório prevalecer, os menores de idade poderão alterar? Com a decisão judicial, como me referi anteriormente, acredito que sim, dependendo do contexto. Ah, mas os menores de idade poderão alterar? E a lei argentina assim adotou: com a autorização dos pais. Mas me parece também que, para uma maior segurança jurídica do próprio menor de idade, um procedimento de jurisdição voluntária seria adequado.

Então, em relação ao voto anterior que proferi, amplio para a questão dos transgêneros, sem fixação de qualquer requisito pela decisão, com absoluto sigilo, mas garantindo-se à própria pessoa certidão e, por ordem judicial, sem cirurgia, mas permanecendo a necessidade desse procedimento de jurisdição voluntária, decisão judicial, e com imediato ofício a todos os órgãos estatais, para imediata alteração também nesses registros.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE.	: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	: ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: GISELE ALESSANDRA SHIMIDT E SILVA
AM. CURIAE.	: LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS-LIDIS
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA
ADV.(A/S)	: VICTOR MENDONCA NEIVA
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: GUSTAVO ZORTEA DA SILVA

OBSERVAÇÃO

ADI 4275 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que se tem, na verdade, é alteração de um dado concreto, de um registro que é público. Devemos avançar no campo, devemos admitir que esse registro possa ser alterado, mas com algumas cautelas. E a cautela maior está no que também estabeleço requisitos para chegar-se a essa autorização.

As cautelas maiores estão nos requisitos estabelecidos que visam a certeza, a verdade, quanto ao desejo da pessoa de ter a alteração, para não ocorrer algo impensado ou não refletido. E verso a jurisdição, não contenciosa, mas a voluntária.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu agradeço o esclarecimento, mas insisto, porque já há cinco votos nesse sentido.

No recurso extraordinário com repercussão geral, todos acompanhamos o Ministro Toffoli exatamente para que haja essa alteração de interpretação. E volto aqui à leitura do voto do Ministro Toffoli, o qual eu o acompanhei com o Ministro Fachin, Ministro Barroso e a Ministra Rosa. Então, veja, não parece correto obrigar o transexual a, após a obtenção da sentença judicial, passar pelo calvário de enfrentar todas as instituições públicas, apresentar-se nos balcões de diversos órgãos públicos ou privados e explicar o motivo pelo qual pretende alterar os seus registros internos.

Essa situação atual a qual a Doutora Berenice se referiu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Submeter a pessoa a uma humilhação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. Aí diz o Ministro Toffoli: assim sendo, de ofício e/ou a pedido desse interessado, a autoridade judiciária há de expedir mandado ou ofício específico para que sejam procedidas às modificações em cada registro público ou privado indicado, identificação civil, eleitoral, fiscal, previdenciária, antecedentes criminais, prestadora de serviço, anotando sempre que o destinatário deverá resguardar o absoluto sigilo da origem das informações.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, veja: será burocratizar muito as alterações. Concordo com a Doutora Berenice, quando colocou que haverá uma alteração no registro civil – que apontaria "como principal" – e, a partir dessa alteração – precedida de um pronunciamento judicial –, lograr-se a certidão e apresentar-se nos diversos órgãos. Se para cada alteração tiver de ser acionada a jurisdição

ADI 4275 / DF

voluntária, ter-se-á uma demasia.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Após ser autorizada e realizada a certidão, o que o Ministro Toffoli, salvo engano - me corrija, foi o que eu entendi no dia -, quer evitar é que o transgênero vá de balcão a balcão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Basta ir com a certidão, pedir ao juiz, junta a certidão; e o juiz determina. Essa facilidade e segurança jurídica são muito maiores.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu penso que atende muito mais aos interesses dos jurisdicionados.

28/02/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, felizmente, nós já estamos discutindo detalhes – que não são desimportantes, mas são detalhes. Eu acho que a questão principal está obtendo consenso. Hoje é um dia muito importante para o Supremo neste caso, sob as relatorias dos Ministros Dias Toffoli e do Ministro Marco Aurélio, eu acho que nós estamos escrevendo uma página libertadora para um dos grupos mais marginalizados e mais estigmatizados dentro da sociedade.

Eu gosto de dizer que a causa da humanidade e o avanço do processo civilizatório consiste na superação dos preconceitos, dos que a gente traz dentro da gente mesmo e dos que a gente incorpora a partir da sociedade. De modo que a evolução da condição humana, essa marcha contínua na direção do bem, é a superação dos preconceitos contra mulheres, contra negros, contra índios, contra judeus, contra deficientes. Portanto, eu acho que hoje nós chegamos, num ponto acima, à superação do preconceito ou ao início do enfrentamento do preconceito contra este grupo particularmente estigmatizado, como disse. Discriminar-se alguém por ser transexual é discriminar a pessoa por uma condição inata, portanto, é como discriminar alguém por ser latino-americano, ou por ser norte-americano, ou por ser árabe, o que, evidentemente, foge a qualquer senso de razão.

E, quando o sentimento majoritário não seja esse, uma razão humanista deve se impor sobre o senso comum majoritário e fazer a História avançar. Portanto, esse é um capítulo importante, eu penso, do aprimoramento civilizatório, que é a capacidade de reconhecer e respeitar quem é diferente da gente, sobretudo quando a diferença não é sequer produto de uma escolha, mas, sim, de uma circunstância da vida. E, portanto, essas pessoas que já enfrentam todas essas dificuldades

ADI 4275 / DF

precisam ter das outras, ou das que pensam a vida de uma forma humanista, a ajuda para a criação de um ambiente acolhedor, de um ambiente inclusivo, que permita que essas pessoas se incorporem à sociedade, e não que vivam de forma marginalizada.

Há uma passagem muito bonita de Vinicius de Moraes, de que eu gosto, Presidente, em que ele disse que bastar-se a si mesmo é a maior solidão. Portanto, o que completa a gente são as pessoas diferentes, são as pessoas que nos enriquecem. O que a gente é a gente já é. O que incorpora coisas novas para as nossas vivências são as pessoas que são diferentes.

Eu não poderia deixar de registrar aqui e prestar homenagem às pessoas que trouxeram essa causa, a começar pela Procuradoria-Geral da República e mais alguns militantes históricos da causa, iniciando pela Doutora Maria Berenice. Eu até acredito que a História é um fluxo contínuo. Mas há pessoas que fazem imensa diferença e ajudam a acelerar a História. E a Doutora Maria Berenice tem sido uma extraordinária e, por vezes - eu que a acompanho -, quase obsessiva embaixadora desta causa LGBT. Eu também cumprimento o Doutor Paulo Alberto Viotti por um trabalho jurídico de grande qualidade. Tive chance de ler os memoriais de Sua Excelência. E cumprimento Toni Reis, que vejo aqui da plateia, também antigo militante da causa, não sei se ainda é, mas foi presidente da entidade que congrega o movimento LGBT.

Eu tive chance, Presidente, de passar os olhos na longa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. São 120 páginas, e devo dizer que me alinho substancialmente com ela. Embora tenha acompanhado o voto do Ministro Dias Toffoli, que considero um voto histórico nesse Tribunal, eu farei ligeiros ajustes agora na ADI e, retroativamente, ao recurso extraordinário em relação às posições, a aspectos laterais da posição do Ministro Dias Toffoli, em grande parte inspirado pela decisão da Corte Interamericana, e por ter lido os memoriais que foram trazidos pelos *amici curiae* e ter me impressionado com alguns dos argumentos ali trazidos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa

ADI 4275 / DF

Excelência, evidentemente, votará. É claro, não pretende fazer ajuste em meu voto nem no do ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não. Farei ajuste no meu próprio voto anterior. E agora estou votando na ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É interessante deixar isso bem claro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente! Desculpe, Ministro **Barroso**, um aparte. Eu, inclusive, durante a votação do RE, assenti e sugeri que a ação direta, até por ser mais ampla, fosse colocada em primeiro lugar, embora, pelo fato de eu ter prestado informações como advogado-geral da União, estivesse impedido nela. Mas aproveito até a oportunidade para dizer que, realmente, em primeiro lugar: a ação direta é mais ampla. Então, ela abre um leque maior. E temos tido a preocupação, nos recursos extraordinários com repercussão, de, ao decidi-los, limitar a tese ao caso concreto, e não tanto em expandi-los, porque essas outras dimensões não foram trazidas naquele caso concreto, como agora são trazidas dentro de uma ação direta.

E há um segundo ponto, mas isso seria de regimento **ferenda**, de **lege ferenda** - e há uma discussão de reforma regimental que Vossa Excelência conduz e que o Ministro **Luiz Fux** já nos trouxe -. Eu penso que nós temos que repensar essa questão de quem atuou como advogado-geral da União não poder participar das decisões abstratas, até porque não necessariamente estará vinculado. É como se dissesse o seguinte: quem foi advogado privado e deu pareceres, ou como professores deram pareceres, não podem votar aquela tese. Isso só para uma discussão futura, porque nós estamos numa questão abstrata e eu não posso aqui votar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É verdade. Há um limite.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Lembro a óptica de um juiz que honrou muito esta Casa, o ministro Moreira Alves.

ADI 4275 / DF

Não concebia impedimento - praticamente não concebia - em processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E isso leva, às vezes, Ministro **Marco Aurélio**, a um impasse, porque ficamos com votações que terminam 5 a 5, ou sem quórum para uma deliberação constitucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Este Plenário **resolveu questão de ordem em determinado processo de controle abstrato e firmou orientação no sentido** de que Ministro **desta** Corte *que houvesse referendado* diploma legislativo *na anterior condição* de Ministro de Estado **não estaria impedido** de participar de julgamento de ação direta **ajuizada contra referida lei**.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vamos retomar, senão não continuaremos com o julgamento. Vossa Excelência tem a palavra Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E retomo então meu voto, Presidente, para reiterar, e aqui acompanhando o eminente Relator, a minha crença na possibilidade de alteração do prenome e do sexo do nascimento no registro civil, para adequá-los à identidade de gênero da pessoa, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Portanto, acho que nesse ponto todos estamos de acordo e acho que essa é a questão mais importante.

Agora eu comento, brevemente, questões que acho que são importantes, embora não decisivas, que dizem respeito à possibilidade de se fazer esta alteração pela via administrativa, a questão de exigibilidade ou não de laudos e etc., e do uso do termo transgênero.

A decisão, Presidente, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem uma passagem em que ela diz o seguinte: "Os Estados devem respeitar a integridade física e psíquica das pessoas, reconhecendo, legalmente, a identidade de gênero autopercebida, sem que existam obstáculos ou requisitos abusivos, que possam constituir

ADI 4275 / DF

violações aos direitos humanos. Nessa perspectiva, recomenda-se que o processo de reconhecimento da identidade de gênero não deve impor aos solicitantes o cumprimento de requisitos abusivos, tais como, apresentação de certidões médicas ou estado civil, tão pouco se deve submeter os solicitantes a perícias médicas ou psicológicas relacionadas com sua identidade de gênero autopercebida, ou outros requisitos que desvirtuem o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova. Portanto o trâmite deve estar baseado na mera expressão de vontade do solicitante".

Essa é uma das passagens mais importantes desta decisão fundamental da Corte Interamericana de Direitos Humanos, presidida, como sabem, por um brasileiro, o Doutor Roberto Caldas.

À vista disso, Presidente, eu estou me manifestando no sentido da desnecessidade de decisão judicial. Se nós entendemos que o procedimento é por autodeclaração, qual é o sentido de uma decisão judicial? Se se exigisse uma perícia, faria sentido a decisão ser judicial, mas se é por autodeclaração, a meu ver pode ser prestada perante o oficial do Registro Civil, que, como observou o Ministro Luiz Edson Fachin, se tiver alguma dúvida, suscité-la-á ao juiz competente.

Nós precisamos ter em conta também que o mundo do Direito, da judicialização, é muito simples para nós que vivemos nele, que falamos essa língua difícil, que usamos essas roupas, mas para as pessoas mais humildes, às vezes em lugares distantes, a necessidade de ir ao Poder Judiciário pode ser um obstáculo insuperável, ou pode ser um constrangimento a mais. De modo que, pedindo todas as vênias e entendendo as razões e preocupações aqui manifestadas, eu evoluo - no julgamento anterior, eu havia aderido inclusive à tese de voto proposta pelo Ministro Dias Toffoli. Eu estou aceitando que esta alteração possa ser feita perante o Registro Civil diretamente, sem procedimento judicial e sem a exigência de laudos médicos, ou de qualquer outra natureza, para qualquer pessoa que seja maior de idade, o que, pelo novo Código Civil, significa 18 anos.

Na sessão passada, eu também tive uma dúvida sobre as

ADI 4275 / DF

terminologias travestis, transexuais e transgêneros. Pedi para fazer uma breve pesquisa, e boa parte do mundo emprega a expressão transgênero, inclusive nos Estados Unidos é o termo utilizado pela Associação Americana de Psicologia. Se este é o termo com o qual os principais interessados se sentem mais confortáveis, eu não tenho nenhuma razão para não aderir a ele. Portanto eu também estou aqui empregando o termo transgêneros.

Como é do meu feitio, Presidente, tanto no recurso extraordinário do Ministro Dias Toffoli quanto na ação direta de inconstitucionalidade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como não apregoei o recurso extraordinário, apenas a ação direta - inclusive Vossa Excelência já adiantou que haverá um pequeno acerto -, gostaria que ficasse apenas na ação direta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na verdade, eu sempre concluo o meu voto com uma tese, mesmo nas ações diretas. Então, votando na ação direta, cumprimento uma vez mais o Ministro Marco Aurélio pelo voto nesta ação, pela sensibilidade, que nos ajuda a avançar a história. Às vezes a história anda devagar, mas às vezes ela anda depressa, e este é um domínio em que, em pouco tempo, a percepção do próprio Plenário do Supremo mudou substancialmente, eu diria, no período de um ano, um ano e meio da primeira vez que nós discutimos isso aqui, numa questão que envolvia o uso de banheiros públicos, acho que houve uma sensibilização muito maior para a causa.

Presidente, eu estou acolhendo como tese a proposta apresentada pelo grupo de advogados pela diversidade sexual e de gênero, que é uma tese que tem a seguinte dicção:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita dessa sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial - que é evidentemente facultada para quem queira -, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema

ADI 4275 / DF

relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, com esta tese e cumprimentando o eminente Relator, o Ministro Marco Aurélio, eu estou votando pela procedência do pedido, interpretando, portanto, conforme a Constituição, o art. 58 para reconhecer o direito dos transexuais à substituição do prenome e sexo de nascimento no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, independentemente de exigência de ida ao Poder Judiciário e independentemente de laudos de terceiros.

É como voto, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, então, está acompanhando às inteiras o Ministro Edson Fachin?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Penso que, integralmente, estamos...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Se me permite, Ministro Luís Roberto, na minha compreensão, o Ministro Fachin ampliou, porque deixou os transexuais e partiu para os transgêneros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu também, a pessoa transgênero, é o início da minha tese de julgamento.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas é que agora, no final, referiu-se aos transexuais. Então, eu questionaria se estaria adstrito ao pedido deduzido ou não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra, perdoe-me, é porque eu li o meu voto tal como ele estava na versão original e, portanto, eu estou usando o termo transgêneros.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Essa ampliação foi iniciada no meu voto, em relação aos transgêneros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, os transgêneros. Está bem.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu cumprimento o eminente Ministro Marco Aurélio pelo voto proferido.

Também refleti sobre o tema, fiquei extremamente impressionada por essa opinião consultiva da Corte Americana de Direitos Humanos, inclusive ela data de 24 de novembro do ano passado. O Ministro Fachin já referiu. Eu tive oportunidade de lê-la, embora não com todo o cuidado que ela está a merecer, em função da amplitude.

Mas acompanhei, na sessão anterior ao julgamento do recurso extraordinário, o voto, também brilhante, do Ministro Dias Toffoli. E comungo com Sua Excelência quando diz que, no âmbito do recurso extraordinário, nós temos ficado com teses minimalistas, mais enxutas, atentas ao caso concreto, mas que, no controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo de convencionalidade – como aqui –, podemos chegar a compreensão mais ampla.

E, por isso, o Ministro Fachin facilitou a minha tarefa. Eu estou reafirmando todos os princípios e a minha compreensão sobre o tema, que está expressa em voto escrito, mas acolho a ampliação proposta pelo Ministro Fachin, exatamente nos termos colocados. E, agora, de uma certa forma, plenamente endossados pelo Ministro Luís Roberto no que tange à desnecessidade de um comando judicial expresso. A via judicial pode resultar como uma via alternativa. E peço desculpas, Ministro Alexandre, acompanhando, então, a divergência que foi aberta pelo Ministro Alexandre, quanto à ampliação de transexuais para transgêneros.

É como voto, Senhora Presidente.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber:

I. CONTEXTO ARGUMENTATIVO DO PROCESSO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 58 da Lei 6.015/1973, na redação que lhe foi conferida pela Lei 9.708/99, com o objetivo de que seja dada interpretação conforme a Constituição a este ato normativo, a fim de reconhecer-se na ordem jurídica o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

O autor sustenta a tutela do direito fundamental à identidade de gênero, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da privacidade (art. 5º, X).

Nessa linha argumentativa, defende “o direito fundamental à identidade de gênero justifica igualmente o direito à troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia, sempre que o gênero reivindicado (masculino ou feminino) não esteja apoiado no sexo biológico respectivo. No caso de não haver cirurgia, e na linha do que propõe a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, devem ser fixados os seguintes requisitos para as alterações de prenome e sexo no registro civil: pessoas a partir de 18 anos de idade, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, e seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais”.

Subsidiariamente, pede seja cumulada a presente ação direta de inconstitucionalidade com a arguição de descumprimento de preceito

ADI 4275 / DF

fundamental ou que seja recebida a ação apenas como ADPF.

Nesse sentido, requer: *“no primeiro caso, a ADI se prestaria à interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei 6.015/73, no que diz respeito à mudança de prenome, reservando-se a ADPF para a mudança de sexo, no registro civil. No segundo, se se considerar que as matérias suscitadas vão além do alcance que se permite, hermeneuticamente, ao referido art. 58, estão presentes todas as condições legalmente previstas para a ADPF”*.

2. A Presidência da República, na manifestação apresentada, defende o reconhecimento da tutela do direito dos transexuais, no sentido de afirmar a procedência do pedido pleitado nesta ação constitucional, que objetiva a interpretação conforme do art. 58 da Lei nº 6.015/1973 à Constituição, desde que a retificação do registro público não implique na eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores.

3. A Advocacia-Geral da União alega, preliminarmente, o não conhecimento da presente ação constitucional, seja como ação direta de inconstitucionalidade seja como arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao argumento de que o pedido de interpretação conforme do art. 58 da Lei nº 6.015/73 é inviável. Nesse sentido, afirma: *“a inteligência que a requerente pretende conferir ao artigo 58 da Lei nº 6.015/73 não se caracteriza como uma das interpretações possíveis de referido dispositivo legal, sendo inviável, portanto, o pedido de interpretação conforme à Constituição formulado.”* No mérito, manifesta-se pela procedência parcial do pedido, para que o reconhecimento do direito à substituição do prenome e do sexo civil pelos transexuais reste condicionado à manutenção no registro civil de seus dados anteriores, devendo estender-se aos transexuais que assim se qualifiquem de acordo com os critérios previstos pelo 3º da Portaria nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina.

4. O Senado Federal, por sua vez, na manifestação juntada alega que para a hipótese dos transexuais que tenham realizado o procedimento cirúrgico deve incidir a disciplina jurídica do art. 57 da lei nº 6.015/73, não sendo necessário cogitar interpretação conforme do art. 58. Reconhece, portanto, na situação fática de transexuais que realizaram procedimento

ADI 4275 / DF

cirúrgico, o direito de alteração do prenome e do sexo no registro civil.

Todavia, quanto ao contexto fático dos transexuais que não optaram pelo referido procedimento, afirma que a permissão para alterar o prenome e o sexo nos registros civis viola o interesse público, bem como tutela de forma inadequada e sem efetividade o interesse particular e a dignidade dessa minoria.

Ainda, assevera que a única exceção possível a esse segundo suporte fático reside na situação em que as características físicas do transexual desaconselham a cirurgia, por expressa orientação médica, hipótese em que a permissão para a modificação do registro civil ocorrerá, com fundamento no art. 57 da Lei de Registros Públicos, diante da análise do caso concreto e por meio de decisão judicial.

II. O PROBLEMA JURÍDICO

A presente ação constitucional tem por objeto conferir ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, na sua redação atual, interpretação conforme à Constituição da República, de modo a autorizar a alteração do prenome e do sexo dos transexuais em seus registros civis, independentemente da condição de submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Da análise dos elementos argumentativos trazidos pelas partes, infere-se que a questão controversa trata da possibilidade de alteração do nome e do gênero no assento de registro civil, sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, a partir da tutela dos direitos fundamentais do transexual ao reconhecimento da sua identidade de gênero, decorrente dos direitos à igualdade, privacidade e liberdade.

III. DIREITO APLICÁVEL AO CASO

5. A transexualidade ou neurodiscordância de gênero é comumente tratada como condição médica, e não moral. Nada obstante essa abordagem biomédica, faz-se necessária, para o adequado entendimento da questão da transexualidade, a abordagem social.

ADI 4275 / DF

A abordagem biomédica define a transexualidade como distúrbio de identidade de gênero, porquanto os transexuais sentem que seu corpo não combina com o que sentem; o comportamento e padrão psíquico não se relacionam com o padrão biológico. A abordagem social, por seu turno, está fundamentada no direito à autodeterminação da pessoa, que pode afirmar livremente a sua identidade, como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, a Organização Mundial de Saúde, através da classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde (CID-10), define o transexualismo como sendo um transtorno de identidade sexual. A condição transexual é retratada como *“um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo posto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”* (OMS 2010).

A Organização Mundial de Saúde, portanto, a partir da abordagem da sexualidade como questão de saúde pública, entende que a transexualidade é um transtorno da identidade sexual, razão pela qual aos cidadãos transexuais são oferecidos diversos tratamentos médicos, como a prescrição de hormônios e a cirurgia de redesignação do sexo.

Nessa perspectiva do problema, o Conselho Federal de Medicina brasileiro, publicou a Resolução 1.955, em 12.08.2010 (que revogou anterior Resolução n. 1.652/02), regulando a cirurgia de transgenitalismo. Para tanto definiu no art. 3º o conceito de transexualismo, a partir da conjugação de quatro critérios mínimos, quais sejam: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar as genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por pelo menos dois anos; d) ausência de transtornos mentais.

Quanto à abordagem biológica do transexualismo, Tereza Rodrigues Viera afirma: *“o transexual reprovava veementemente seus órgãos externos, dos*

ADI 4275 / DF

quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Costumamos dizer que o transexual masculino é uma mulher no corpo de homem, pois suas reações são próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar o indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. A transexualidade, segundo nosso atual modo de pensar, é resultante de uma alteração genética no componente cerebral, combinado com alteração hormonal e o fator social.” (Transexuais: adequação de sexo. Revista Jurídica Consulex, ano III, n. 31, 1999).

6. Com efeito, essenciais são os avanços científicos da medicina com o objetivo de tornarem a vida dos transexuais digna e consentânea com a identidade de gênero percebida. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, como mencionado, na Resolução n. 1.955/2010, regulamentou a cirurgia de transgenitalismo, bem como os tratamentos médicos endocrinológicos e terapêuticos necessários, sendo que referidos tratamentos estão catalogados e com acesso gratuito por meio do Sistema único de Saúde (não obstante a limitação dos recursos financeiros empregados na disponibilização desses procedimentos). Esse fato demonstra a preocupação e tutela do Estado para com a questão, reconhecida como de saúde pública.

7. As soluções médicas ofertadas resolvem de forma aparente a questão da transexualidade, circunscrevendo-se à abordagem biológica do corpo, deixando de lado o aspecto psíquico, que enfrenta o problema do encontro da identidade e seu reconhecimento perante o próprio indivíduo transexual e a sociedade na qual está inserido.

Conforme literatura médica sobre o transexualismo, assim como a abordagem social e jurídica, o problema mais grave que acomete os transexuais é aquele relacionado com o reconhecimento de sua identidade. Ou seja, a identificação desse cidadão no meio social como ele se percebe e enxerga e não como seu aspecto físico retrata, a fim de que possa viver como todos os demais cidadãos, podendo exercer sua liberdade de escolha de acordo com o padrão que entende ser sua personalidade.

8. Isso porque, conquanto a área médica e o Estado tenham

ADI 4275 / DF

avançado na tarefa de elaboração de políticas públicas e na agenda de proteção da dignidade e do tratamento dos transexuais, é verdade que a tutela adequada e efetiva de seus direitos enquanto cidadãos ainda encontram resistência. Exemplifica essa atuação tímida, e mesmo retrógrada, por parte da ordem jurídica, a ausência de disciplina jurídica suficiente para o reconhecimento da identidade dos cidadãos transexuais, na medida em que a estes não é facultada a oportunidade de alteração do nome e gênero no registro civil, controvérsia jurídica objeto da presente demanda.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, quanto à proteção insuficiente do Estado à minoria dos transexuais, afirmam:

“A indiferença do direito positivo brasileiro às minorias sexuais tem gerado consequências verdadeiramente dramáticas nos casos de transexualismo. A Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ao dispor sobre os registro públicos, atribuiu ao prenome caráter definitivo; sua alteração só permitida nas hipóteses taxativamente previstas (e.g., exposição ao ridículo e erro de grafia). As cortes brasileiras, em sua maioria, não reconhecem a opção pelo homossexualismo ou a realização de operação para mudança de sexo como causas para a alteração do nome ou do sexo no registro civil. Até 1997, os tribunais argumentavam que a cirurgia de mudança de sexo era considerada mutiladora e, portanto, criminosa, face ao direito brasileiro. O argumento caiu diante da edição pelo conselho Federal de Medicina, aqui acertadamente, da Resolução 1.482, de 10 de setembro de 1997, que autoriza a realização destas espécies de cirurgia. A rigidez formal do registro público passou, com isso, a ser a única razão para o indeferimento de retificação registral. Também aqui, todavia, já se encontram decisões que, mais atentas à realidade humana, fogem à orientação majoritária. De fato, o indeferimento do pedido de alteração do registro civil pode gerar efeitos concreto dramáticos. A título de exemplo, vale relatar caso em que o descompasso entre a realidade fática e a legislativa (*rectius*, interpretativa) propiciou verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana. (Minorias no Direito

ADI 4275 / DF

Civil Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 10, abr-jun 2002, p. 150/151).

9. A discussão acerca do direito dos transgêneros alterarem o nome e gênero no registro civil não é nova na nossa ordem jurisdicional, porquanto a disciplina jurídica legislativa dos direitos da personalidade, notadamente quanto à tutela do nome e gênero, disciplinada na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) é datada do ano 1973, oportunidade normativa em que ficou excluída a tutela jurídica dos transexuais.

A Lei de Registros Públicos, em decorrência mesmo do momento e contexto social, cultural e jurídico da época, adotou como vetor interpretativo, na matéria relativa ao nome e a proteção da veracidade e publicidade dos documentos públicos, a regra da imutabilidade do prenome e gênero, salvo hipóteses excepcionais, conforme art. 58 daquele diploma legal¹. Desse modo, à vista dessa estrutura jurídica defasada, quando não omissa, a jurisdição brasileira foi chamada para resolver esse problema.

Em face do quadro jurisdicional configurado e para melhor compreensão da validade dos argumentos jurídicos em conflito, colaciono as decisões tomadas pelos tribunais estaduais, as quais refletem notória evolução e amadurecimento jurisprudencial:

“(...) Ora, não ha maior exposição ao ridículo do que compelir um individuo transexual, como parece ser o caso do autor com traços, gestos, roupas, cabelos e seios femininos a se apresentar com nome masculino. São evidentes o constrangimento e a vergonha de quem se identifica como pessoa de sexo diferente daquele que aparenta ser. Tem-se, assim, que compelir o autor - para ver -se livre de Humilhação - a previa realização de cirurgia, reconhecidamente invasiva e

1 Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

ADI 4275 / DF

dolorosa, constitui abuso e violência, com os quais o Poder Judiciário não pode compactuar. TJ-SP - APL: 00406989420128260562 SP 0040698-94.2012.8.26.0562, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 24/06/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2014). (Grifamos).

RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais a alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles tem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido a cirurgia de transgenitalização, e medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença. (TJ-MG - AC: 10521130104792001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 22/04/2014, Câmaras Cíveis/6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/05/2014).

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo - Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana . (...) Diante de tal situação, inquestionável o constrangimento ao qual é submetido todas as vezes em que, apesar de possuir aparência feminina, tem que fazer uso de um nome masculino. De fato, não ter reconhecida a identidade sexual a o uai entende inequivocamente pertencer acaba lhe acarretando um

ADI 4275 / DF

sofrimento imensurável, além de lhe impedir de usufruir de todos os atributos de sua personalidade, bem como de ter reconhecido o direito de viver dignamente. Aliás, fechar os olhos para a situação vexatória que vem sendo submetido o apelante, a qual, destaque-se, e reconhecida pela própria medicina, implicaria numa ofensa sem medida ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF como fundamento da República Federativa do Brasil. Ademais, necessário se fez ressaltar que no caso dos autos o autor manifestou o interesse de ser submetido a cirurgia de alteração do sexo. (TJ-SE, AC 2012209865 SE, Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, Data de Julgamento: 09/07/2012, 1.CAMARA CIVEL).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOPTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. (...) Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome e regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. (...) O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. (...) O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer

ADI 4275 / DF

disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento". Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP-APL: 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/09/2014, 10R Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/09/2014).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente deliberou acerca do tema. Da análise dos julgados, verifica-se referida evolução jurisprudencial na interpretação jurídica do problema. No julgamento do RESp 1.008.398, Rel Min. Nancy Andrighi, a posição de defesa dos direitos dos transexuais ficou clara, conforme ementa abaixo transcrita:

“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

ADI 4275 / DF

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois

ADI 4275 / DF

a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o

ADI 4275 / DF

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido. (RESp. 1.008.398 – SP, Rel Min. Nancy Andrighi, DJe 18.11.2009).

Orientação jurídica esta que foi ratificada em recente julgado proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1626739), em 09.05.2017, cujo voto majoritário, liderado pelo Min. Rel. Luís Felipe Salomão, defendeu interpretação normativa no sentido da prevalência da identidade psicossocial em relação biológica, de modo que para a alteração de gênero em documentos públicos não se faz necessária intervenção médica cirúrgica.

IV. DIREITO COMPARADO SOBRE OS DIREITOS DOS TRANSGÊNEROS

10. Forte na tutela do direito à dignidade e autonomia dos transexuais, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso *AFFAIRE A.P., GARÇON ET NICOT c. FRANCE*, ocorrido em

ADI 4275 / DF

06.04.2017, deliberou e decidiu que a exigência de submissão das pessoas transexuais ao procedimento cirúrgico de esterilização, como premissa fática necessária para o reconhecimento da identidade de gênero nos registros públicos, é medida contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos, motivo porque deve ser rejeitada.

A decisão tomada pela Corte Europeia estabeleceu novo padrão normativos para os países que integram o Conselho da Europa, acerca do alcance e densidade normativa do princípio da igualdade de direitos para os transgêneros.

Em outras palavras: a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao decidir contra a esterilização obrigatória (submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação do sexo) como requisito para as pessoas transgêneros exercerem o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade, promoveu um significativo avanço interpretativo na matéria de direito dessa minoria.

Importante trazer à deliberação o dado estatístico referente às legislações dos países integrantes da União Europeia, quanto à questão das exigências impostas para o reconhecimento dos direitos à personalidade dos transgêneros. De acordo com a organização Transgender Europe², em estudo realizado e publicado em abril de 2017, vinte desses países exigem a submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e outros trinta e seis exigem um diagnóstico de saúde mental para o referido reconhecimento dos direitos dos transexuais a sua autodeterminação.

Conquanto a Corte Europeia não possa obrigar os Estados a promoverem modificações legislativas, em matéria de reconhecimento e tutela dos direitos de gênero, de modo a assegurar e realizar os direitos das pessoas à privacidade, autodeterminação, não discriminação e dignidade, é certo que os cidadãos transgêneros desses países têm forte precedente jurídico para contestar interpretação divergente adotada nos respectivos tribunais nacionais.

Nesse espaço, cumpre assinalar que doze agências da Organização

2 Dados disponíveis no seguinte link: <http://tgeu.org/trans-rights-map-2017/>

ADI 4275 / DF

das Nações Unidas publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contras as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas.

A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais com a tutela dos direitos fundamentais de grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Ademais, faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Quanto ao ponto, consta na declaração:

“O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as pessoas diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os

ADI 4275 / DF

direitos humanos são universais – não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI”.

11. Nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Atala Rizzo e Cirañas vs. Chile*, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012, deliberara sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças. A argumentação subjacente ao caso circunscreveu-se à controvérsia da responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar.

Embora o problema jurídico retratado naquele caso tenha sido o tratamento discriminatório em decorrência da orientação sexual e interferência estatal na vida privada, na justificativa da decisão, foi adotada como razão de decidir argumento de que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato. Ademais, são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade, praticadas contra determinado grupo de pessoas.

Dentre esses grupos minoritários, alvo de práticas discriminatórias, a Corte Interamericana abordou a categoria da orientação quanto à identidade de gênero, a fim de interpretar a expressão qualquer outra condição social do artigo 1.1 da Convenção Americana, a partir da escolha da alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.

Neste ponto, pertinente a justificativa adotada no parágrafo 91 da

ADI 4275 / DF

decisão:

“91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual”.

Seguindo essa linha da resolução do problema jurídico, no desenvolvimento dos direitos humanos, notadamente no campo da não discriminação e igualdade, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 2008, aprovou quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamento discriminatórios, com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu adoção de medidas concretas para proteção eficaz contra práticas discriminatórias³.

3 *AG/RES. 2653 (XLI-O/11)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar a discriminação contra pessoas, por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, e instar os Estados, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a adotar as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar tal discriminação.”); *AG/RES. 2600 (XL-O/10)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência, bem como as violações de direitos humanos de pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e instar os Estados a que investiguem esses atos e assegurem que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça. 2. Incentivar os Estados a que tomem todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e assegurar o acesso à justiça por parte das

ADI 4275 / DF

12. A ordem constitucional brasileira, tal como desenhada, está em conformidade e convergência com esse padrão internacional de promoção e defesa dos direitos humanos dos transgêneros, porquanto tem como elemento de identidade normativa, de fundamento estruturante a dignidade da pessoa humana.

Identidade constitucional que é reforçada e confirmada no processo jurídico internacional, como prescreve o art. 5º, §2º (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

V. TUTELA DA IDENTIDADE DE GÊNERO

13. Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Melhor explicando, o direito à identidade pessoal é o direitos dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence.

Aqui cabe a mesma analogia jurídica quanto ao direito de participação, que é tido como o direito dos direitos para a institucionalização e concretude da democracia liberal. A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito, que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.

vítimas em condições de igualdade. 3. Incentivar os Estados membros a que considerem meios de combater a discriminação contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.”); *AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero. 2. Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça.”), e *AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)*, Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.”).

ADI 4275 / DF

O direito à autodeterminação sexual constitui direito individual que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte que informa e conforma todo o ordenamento constitucional. A identidade sexual, portanto, qualifica-se como um direito fundamental de personalidade que tem como elemento mínimo de concretização a adequação da concepção individual de sexualidade ao quanto expressado nos assentos do registro civil, como forma de compatibilizar o prenome e o gênero sexual à real condição morfológica e psicológica do indivíduo.

Por seu turno, a identidade de gênero, cumpre enfatizar, está conectada com a forma como o indivíduo se manifesta e se reconhece, de modo que não tem correspondência necessária e consequente com a expectativa social do sexo biológico. A sexualidade não pode ser mais compreendida, no estágio atual evolutivo cultural da sociedade e de seus valores, apenas no seu aspecto anatômico-biológico, mas, antes, a partir do aspecto psicossocial.

14. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no relatório oficial acerca do problema da violência contra pessoas LGBTI, aprovado e publicado em 12.11.2015, ratificou essa concepção acerca da identidade de gênero, a partir da abordagem do sexo como construção social, que transcende o conceito de sexo como masculino ou feminino, e como um fenômeno biológico:

“A orientação sexual de uma pessoa é independente do sexo que lhe foi assignado ao nascer, e independente de sua identidade de gênero. A CIDH indicou que a orientação sexual constitui um componente fundamental da vida privada das pessoas e que há uma evidente conexão entre a orientação sexual e o desenvolvimento da identidade e do plano de vida de cada pessoa, incluindo sua personalidade, e as relações com outros seres humanos. Também nesse sentido, a Corte interamericana estabeleceu que a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa para a autodeterminação e de escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência,

ADI 4275 / DF

conforme suas próprias opções e convicções. (Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e filhas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, para. 136) De acordo com os Princípios de Yogyakarta, a orientação sexual é definida como “a capacidade de cada pessoa de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente ao seu, ou do mesmo gênero, ou de mais de um gênero, assim como a capacidade de manter relações íntimas e sexuais com estas pessoas”.

20. Conforme os Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero é “a vivência interna e individual do gênero tal como sentida profundamente por cada pessoa, a qual pode ou não corresponder com o sexo assignado ao momento do nascimento, inclusive a vivência pessoal do corpo (que pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra natureza, desde que seja por sua livre decisão) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e a conduta”. Pessoas trans é o termo genérico frequentemente utilizado para descrever as diferentes variações das identidades de gênero (incluindo transexuais, travestis, transformistas, dentre outros), cujo denominador comum é que o sexo assignado ao nascer não coincide com a identidade de gênero da pessoa. A identidade de gênero não é determinada pelas transformações corporais, intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos. No entanto, eles podem ser necessários para a construção da identidade de gênero de algumas pessoas trans.”

Nessa perspectiva, cumpre assinalar a definição estabelecida nos Princípios de Yogyakarta⁴, que versam sobre a aplicação da legislação

4 Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e ele sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. (...) Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e

ADI 4275 / DF

internacional de direitos humanos às questões de orientação sexual e identidade de gênero, bem como reconhecem a premissa de existência de violência de gênero por parte do Estado e da sociedade no exercício do policiamento da sexualidade, quando impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por costumes, legislação: *“Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médico, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”*.

O Princípio 3º de Yogyakarta, voltado para a disciplina do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, afirma o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, bem como impõe deveres a serem observados pelos Estados na implementação das garantias ao exercício e reivindicação de tal direito:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos. Foi ratificado pelo Brasil

ADI 4275 / DF

Os Estados deverão:

a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa; c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;

e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.”

15. Este Supremo Tribunal Federal, por seu turno, no julgamento da questão da constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), por unanimidade, definiu interpretação jurídica, quanto ao alcance do significado normativo do direito à liberdade e à escolha no plano da esfera privada da sexualidade, no sentido de que, em razão da aplicabilidade dos regras da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da

ADI 4275 / DF

autodeterminação, da não discriminação e da busca da felicidade, toda pessoa tem o direito fundamental à orientação sexual.

No mesmo julgamento, destacou-se que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica, devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal.

16. O papel do Estado e da democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação, de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

Ocorre que esse dever de tutela do direito à igualdade pelo Estado constitucional, conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de sua força normativa. Ou seja, nas situações fáticas, valoradas pelo Direito, caracterizadas pela diferença entre os indivíduos, é que a igualdade incide como vetor interpretativo de resolução dos problemas jurídicos.

Nesse cenário, o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferenças nas formas de expressão dessa identidade de gênero, quando confrontadas com o padrão esperado pela sociedade.

A identidade sexual e de gênero encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa abordagem, Maria Berenice Dias explica *“indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (...) Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. (...) Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da*

ADI 4275 / DF

natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos só aspectos necessários à preservação da dignidade humana.” (Liberdade sexual e os direitos humanos. Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 3, n. 5. novembro-2000, p. 163-164).

17. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e os direitos da personalidade (art. 5º, X, CRFB), marcados pelo elemento da inviolabilidade, o direito à igualdade e à liberdade configuram o quadro normativo que justifica a tutela dos direitos dos transgêneros, notadamente o aspecto jurídico da alteração registral.

A solução constitucionalmente adequada para a controvérsia jurídica em deliberação está no reconhecimento dos direitos dos transgêneros de serem tratados de acordo com sua identidade de gênero e não com a expectativa social sobre o sexo biológico do cidadão.

A possibilidade de alteração do registro civil nos casos de indivíduos que sofrem de disforia de gênero é uma necessidade para a realização de tais pessoas, porquanto a não alteração daquele pode acarretar a eterna e cíclica repetição do trauma da disforia sempre que seja evocado publicamente pelo nome de registro.

18. É certo que o dever do Estado está na promoção e defesa da liberdade do cidadão e não na sua limitação. As normas constitucionais, notadamente aquelas instituidoras dos direitos fundamentais de nada valeriam se fossem lidas de acordo com a opinião da maioria da sociedade.

Quanto ao ponto, cumpre assinalar que a tutela do direito à identidade de gênero não denota a imposição de restrição na liberdade ou autonomia dos demais indivíduos, integrantes da opinião pública majoritária da sociedade, mas sim um limite à invasão na esfera individual dessas pessoas que integram um grupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica. Na hipótese, não vislumbro direito fundamental que possa ser contraposto ao direito do transgênero ser tratado conforme sua identidade de gênero.

Entendo que questões relacionadas à omissão do transexualismo a

ADI 4275 / DF

futuros parceiros e à impossibilidade de procriação resolvem-se no âmbito das relações privadas, de modo que não têm o condão de restringir a plena eficácia dos direitos da personalidade, especialmente do direito à autodeterminação.

19. Acrescento que a Constituição Federal consagra como objetivo fundamental da República, nos termos do art. 3º, da CRFB, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, *“da natureza não taxativa do dispositivo resta inequívoca a proibição à discriminação com base na orientação sexual de cada indivíduo já recomendada pelo princípio da solidariedade social que se opõe, por definição a toda forma de intolerância e preconceito. Não se pode dizer, contudo, que a proibição constitucional à discriminação resulte, por si só, em uma efetiva tutela de grupos sexuais minoritários no Brasil.* (Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber. Minorias no Direito Civil Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 10, abr-jun 2002, p. 147).

20. Nesse contexto normativo-constitucional, a inscrição do termo transexual no assento de nascimento, antes de revelar-se solução razoável para o problema, implica violação ao direito de personalidade, na medida em que inaugura situação vexatória e constrangedora ao cidadão, de modo contrário ao objetivo constitucional prescrito no art. 3º, IV, da CRFB.

O contexto de humilhação e constrangimento revelado com a exposição contrastante entre o nome e o gênero correspondente foi bem descrito no estudo elaborado por Taylor Flynn, que assim esclarece: *“Uma mulher transexual, por exemplo, que é legalmente declarada um homem, pode não conseguir alterar seus documentos de identificação (como registro de nascimento, carteira de motorista, ou passaporte) para que eles reflitam o sexo com o qual ela se identifica, um resultado que a expõe à discriminação potencial, perseguição e violência em inúmeras transações que compõem a nossa vida cotidiana. O que deveria ser uma simples tarefa de comprar um item com cartão de crédito (onde identificação pode ser requerida) pode tornar-se um pesadelo: uma pessoa transexual corre o risco de ser humilhada, de que alguém se negue a servi-la, de que espectadores da cena façam-lhe mal – agora conscientes de sua*

ADI 4275 / DF

variação de gênero por causa da reação do balconista da loja – e que podem segui-la fora da loja. Seu casamento pode ser invalidado, uma multa de trânsito ou férias no exterior podem colocá-la em risco. Ela pode ter um empréstimo negado, ter um serviço negado no banco, ou alcançar o emprego dos seus sonhos somente para ser demitida tão logo quanto ela apresente documentos de identificação no seu primeiro dia.” (Taylor Flynn. The ties that (don’t) bind: transgender family law and the unmaking of families. In: Transgender rights. Organizado por Paisley Currah, Richard M. Juang e Shannon Price Minter. Minneapolis: University of Minnesota Press. p. 36-37).

21. O Estado tem o dever de dar a tutela normativa suficiente para a realização do direito fundamental do transgênero ao reconhecimento de sua identidade e personalidade, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana e do tratamento igualitário dos indivíduos.

Todavia, esse direito à identidade de gênero e reconhecimento não pode estar condicionado, pelas razões acima justificadas, à realização da cirurgia de redesignação do sexo, haja vista o caráter experimental e de risco que esta oferece.

22. A exigência da obrigação de cirurgia de redesignação de sexo impõe alto risco à integridade física do cidadão que pretende ser reconhecido pela forma como se apresenta no mundo fenomênico, risco este que implica, muitas das vezes, quadro de esterilidade, que envolve funções corporais dos seres humanos, notadamente nos aspectos físicos, emocionais, familiares e mental. Além disto, expõe severa ambiguidade na tutela jurídica desse direito à identidade, à autodeterminação e à liberdade dos transgêneros, na medida em que estabelece irreversibilidade da transformação da aparência física. Ou se fala em irreversibilidade da transformação física ou se fala em aparência física, como forma de se expressar.

Essa abordagem jurídica do problema é incompatível com o respeito da liberdade e dignidade da pessoa humana, valores fundamentais em nossa Constituição. Em outras palavras: a obrigação de submissão ao procedimento cirúrgico tem efeito reverso na tutela dos direitos fundamentais em jogo, porquanto priva o transgênero do exercício do

ADI 4275 / DF

direito à identidade sexual pessoal e à vida privada.

A interpretação jurídica de acordo com a máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos no conflito jurídico ora trazido, e mesmo dos direitos humanos, na linha da jurisprudência internacional formada sobre a questão, deve ser aquela que menos invade a integridade física da pessoa. Não há proporcionalidade nessa contrapartida imposta pelo Estado para a efetividade do direito fundamental à personalidade e identidade, corolários da dignidade da pessoa humana.

23. Como amplamente debatido nesse Colegiado, a intervenção cirúrgica envolve complexidades de alto risco e gravidade tanto na fase do procedimento quanto na recuperação, sendo que o seu alto custo, ou limitada disponibilidade pelo Sistema Único de Saúde, inviabilizam o exercício do direito à autodeterminação e identidade, motivo pelo qual não há como exigir a submissão do recorrente a essa intervenção médica para adequação do sexo biológico ao psicossocial, como premissa necessária para obtenção da alteração do registro civil.

Afirmar a identidade de gênero no registro civil, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, pois a aparência do transexual, em tudo se manifesta como do sexo oposto, equivaleria a manter o estado de *neurodiscordância de gênero* e de negativa do seu direito de viver dignamente.

24. Ante o exposto, acolho o pedido de interpretação conforme do art. 58 da Lei de Registro Público. Ainda, registro que, com relação à questão das condicionantes para o reconhecimento do pedido de alteração do prenome e gênero, acompanho, como já expressado, a proposta feita pelo Min. Edson Fachin, motivo pelo qual me eximo de justificar.

É como voto.

28/02/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros, Advogados presentes, principalmente os Advogados que acudiram à tribuna, que se manifestaram de maneira bem percuciente sobre esse tema tão difícil. E isso aqui revela que realmente a tarefa da magistratura é um verdadeiro sacerdócio e um apostolado, porque jamais se poderia imaginar que uma Corte Suprema, com a sua tradição, pudesse chegar ao ponto de emancipar esse tema, trazê-lo para o bojo do Supremo, e já ter aqui uma maioria manifestada no recurso extraordinário que agora vem ser reiterada pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Trata-se realmente de matéria extremamente complexa, e eu não tive oportunidade de votar anteriormente, então vou apenas sintetizar, vou fazer juntada de voto por escrito, mas eu estabeleci três premissas, que são exatamente premissas inerentes ao enfrentamento das teses aqui suscitadas.

Num primeiro momento, também gostaria de cumprimentar o Ministro Marco Aurélio, que teve o poder de síntese e ao mesmo tempo de profundidade num tema tão complexo como sói ser esse que ora nos apresenta.

28/02/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

V O T O

REGISTRO PÚBLICO. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO GÊNERO SEXUAL NO REGISTRO CIVIL SEM QUALQUER MENÇÃO À TRANSEXUALIDADE. PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. CF/88, ARTIGOS 1º, IV; 3º; 5º, X; E 6º. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.

1. O direito à alteração do nome e do sexo no registro civil. O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

a) As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco, atribuem auto-respeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social - sua autoconfiança, seu auto-respeito

ADI 4275 / DF

e sua autoestima - decorre dessa titularidade (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Ed34, 2003. p. 216-217). Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, recusa-se amparo jurídico e institucional ao sujeito, perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade.

b) O reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi reconhecida em diversos precedentes desta Corte (ADPF 132; ARE 692.186 RG) e de cortes constitucionais estrangeiras. Especificamente quanto a direitos de transexuais, cito Acórdão 063/15 da Corte Constitucional da Colômbia e a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2017: “as mudanças, correções ou ajustes nos registros e documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser livre, e e) não deve exigir o credenciamento de operações cirúrgicas e / ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a esses elementos é o trâmite ou procedimento materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem fornecer em paralelo

ADI 4275 / DF

um canal administrativo, que possibilita a eleição da pessoa.” (OC-24/17).

c) O princípio da igualdade assegura a fruição de direitos aos grupos estigmatizados tanto ao lhes estender direitos universais; quanto ao garantir direitos especiais, em razão das suas necessidades particulares. A retificação do sexo no registro civil universaliza o direito à identificação civil, que então se adequa à verdade dos fatos. Por sua vez, a possibilidade de alteração do nome no registro civil é medida positiva diferenciada, cuja resultante será a inclusão.

d) A ponderação da dignidade e de direitos de personalidade com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade não obsta a alteração do *nome* por razões identitárias, assim como ocorre na alteração do prenome para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória, hipóteses já amplamente consolidadas. A alteração do *gênero*, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

2. A inconstitucionalidade da utilização do termo transexual. A utilização do termo transexual em qualquer campo das certidões públicas mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional, por violação à dignidade da pessoa humana, ao princípio

ADI 4275 / DF

da igualdade e ao direito à intimidade. As injustiças política e econômica a que se sujeitam os transexuais vêm a reboque do ostracismo social. Há uma simbiótica correlação entre o reconhecimento e a participação política e econômica, de modo que demandas de grupo se associam ora ao reconhecimento ora à redistribuição (FRASER, Nancy. “Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation” *In Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003. p.32). A referência expressa à transexualidade do sujeito no registro civil compromete a inserção social do sujeito no mercado de trabalho, perpetuando a injustiça.

3. A inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade.

a) A autonomia da vontade interdita que alguém possa ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico, máxime em se tratando de um procedimento invasivo, arriscado e irreversível. Transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação ofende a liberdade individual.

ADI 4275 / DF

b) A exigência de submissão à cirurgia para a retificação do registro civil viola, inclusive, o direito à saúde e envolver sérios riscos ao paciente.

c) Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não-reconhecimento. O que configura a transexualidade é a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, sendo este o único critério adequado para lhe condicionar a alteração do registro civil por razões identitárias. Consigno, assim, o direito à autodeclaração.

4. Voto pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do ministro relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, que visa dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, na redação conferida pela Lei 9.708/98, *“reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização”*.

A requerente sustenta, em síntese, que “o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade e da privacidade (art. 5º, *caput*, e X)”.

ADI 4275 / DF

Antecipo que o voto é pela **procedência** dos pedidos e passo a analisar os três aspectos que integram a tese: (i) o direito à alteração do nome e do sexo no registro civil; (ii) a inconstitucionalidade da utilização do termo transexual; e (iii) a inconstitucionalidade da exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

(i) O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL

Como se sabe, transexual é o indivíduo que se identifica como pertencente a gênero (masculino/feminino) diferente do seu biológico. Trata-se, assim, de uma questão identitária, geralmente verificada desde a infância e que repercute em comportamentos sociais. A demanda visa a dissociar a identidade sexual civil da identidade *biológica*, aproximando-a da identidade *psicossocial*.

O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a **dignidade da pessoa humana**, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento.

Isso porque o reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de **realização pessoal** do indivíduo e **da busca da felicidade**. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, em que se assegurou o reconhecimento de uniões homoafetivas, e no ARE 692.186 RG, de minha relatoria, em que se discute o alcance da paternidade socioafetiva.

Especificamente quanto a direitos de transexuais, a Corte Constitucional da Colômbia possui diversos precedentes em que são tutelados como expressão da dignidade da pessoa humana. Confira-se excerto da ementa do acórdão que reitera a jurisprudência do tribunal:

“DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, AO LIVRE

ADI 4275 / DF

DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FONTES BÁSICAS DE IDENTIDADE-SEXUAL E DE GÊNERO - Reiteração de jurisprudência

*O direito de cada pessoa definir de forma independente a sua identidade sexual e de gênero e de que as informações no Registro correspondem à sua definição de identidade, encontram-se constitucionalmente protegidos pelas disposições que garantam o livre desenvolvimento da personalidade (art. 16 CP), o reconhecimento da personalidade jurídica (art 14 CP), e respeito pela dignidade humana nas três manifestações antes identificados: (i) **o direito de viver como se quiser; (ii) o direito de viver bem; (iii) o direito de viver sem humilhação.** No presente caso, estão em causa as três dimensões, especialmente a primeira e a terceira, enquanto a incompatibilidade entre a identidade sexual e de gênero que pressupõe uma pessoa e que aparece registrado em seus documentos de identidade envolve **lhe negar uma dimensão constitutiva da sua autonomia pessoal (o direito de viver como quiser), que por sua vez pode se tornar objeto de rejeição e discriminação por outros (direito de viver sem humilhação) e a lhe dificultar as oportunidades de trabalho que lhe permitam aceder às condições materiais necessárias para uma vida digna (direito de viver bem)**” (Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-063/15).*

No Brasil, a dignidade também foi içada a argumento central da defesa e reconhecimento da liberdade dos transexuais pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.008.398, em cuja ementa se consignou que:

“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem

ADI 4275 / DF

supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. (...)” (REsp 1008398, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, julg. 15/10/2009).

Há, ainda, doutrinadores, como Ingo Sarlet, que fundamentam os direitos de grupos estigmatizados no **princípio da igualdade** (SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002). É possível distinguir duas situações: (a) a proteção de direitos universais, muitas vezes denegados aos membros de grupos estigmatizados; e (b) a garantia de direitos especiais, concedidos aos integrantes desses grupos em razão das suas necessidades particulares.

No primeiro caso, a universalização importa a fruição de um mesmo direito e a imposição de um selo social de pertencimento. O direito ao nome e à adequação do registro à verdade dos fatos é inerente à personalidade. É um direito de todos, o que inclui os transexuais. Pretende-se, assim, a fruição do mesmo direito que os demais, um direito universal.

ADI 4275 / DF

A esse respeito é importante destacar que, em termos vulgares, não existe um “orgulho trans”. O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos. O ponto será desenvolvido adiante.

O critério jurídico feminino-masculino não se refere *ab initio* a questões biológicas, mas ao gênero. A universalização do direito à identificação civil importa que reflita a verdade dos fatos, especificamente, no caso, a **identidade de gênero**. Se o transexual masculino se identifica como homem íntima e socialmente, por decorrência lógica, pretende a retificação de seu registro, como as demais pessoas que postulam sua identificação civil.

A partir da alteração do registro civil, então, a identidade sexual civil passa a corresponder à social e os direitos de personalidade são estendidos ao transexual, como sói ocorrer com qualquer pessoa.

Nesse ponto, é importante destacar que o argumento do acórdão recorrido de que haveria violação ao **princípio da veracidade dos registros** públicos não se sustenta. Ao contrário, a alteração do gênero, de modo a conformá-lo à categoria social e intimamente reconhecida, efetiva o princípio da veracidade dos registros públicos ao espelhar a veracidade dos fatos da vida.

Na segunda vertente do princípio da igualdade, a igualdade material se obtém pela adoção de medidas positivas diferenciadas, cuja *resultante* será a inclusão. A inclusão pode ocorrer de diversas formas, como a assistência social e políticas públicas que adaptam ambientes e práticas sociais às necessidades de grupos vulneráveis. No caso dos transexuais, a possibilidade de alteração do *nome* no registro civil é

ADI 4275 / DF

medida positiva diferenciada, que se justifica em prol da igualdade material.

Não é apenas por ser medida inclusiva que a alteração do nome no registro civil é excepcional. A excepcionalidade decorre da ponderação com a segurança jurídica, que fundamenta a **imutabilidade do nome**, mitigada apenas nas hipóteses previstas em lei e nas hipóteses trazidas pela doutrina e pela jurisprudência. No cenário internacional, a Argentina editou a Lei de Identidade de Gênero (Lei 26.743, de 9 de maio de 2012), que permite que transexuais sejam inscritos em seus documentos pessoais com o nome e o gênero de eleição.

No Brasil, não há previsão expressa do direito à retificação por identidade de gênero, mas a jurisprudência é pacífica em prestigiar o direito de personalidade na ponderação com a segurança jurídica. Assim, admite-se judicialmente a alteração do registro civil de transexuais, ainda que, por vezes, sob condições. De acordo com os artigos 55 e 58 da **Lei de Registros Públicos** (Lei 6.015/73), a retificação do nome e sexo registrais deverá ser requerida em processo judicial. Há um projeto de lei em tramitação na Câmara de Deputados, Lei de Identidade de Gênero - PL5.002/2013, por meio do qual se propõe a alteração no artigo 58 da Lei de Registros Públicos e outras disposições voltadas a assegurar a retificação registral diretamente em cartório. Nas ações de alteração de registro civil movidas por transexuais, costumam ser exigidos laudos médicos, prova pericial psiquiátrica, documental e testemunhal, que comprovem a identidade de gênero.

A violação à dignidade humana pode decorrer de um outro elemento específico: o **direito ao reconhecimento**. Tomando por base as lições de Hegel, a identidade do sujeito surge a partir da visão do outro sobre ele. Ao assumir *status* jurídico de direito fundamental, passa a ser compreendido como “direito ao igual respeito da identidade pessoal”, com fundamento em diversos outros preceitos constitucionais, como o

ADI 4275 / DF

pluralismo político, a solidariedade e a igualdade. A respeito, Daniel Sarmento sintetiza:

“É possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Trata-se de um direito ‘ao igual respeito da identidade pessoal’. Ele não apenas veda as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos” (SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana - conteúdo, trajetórias e metodologia**. Rio de Janeiro: Ed. Forum, 2016. p. 334).

A teoria do reconhecimento intersubjetivo identifica três modos de reconhecimento que constroem a identidade plena do sujeito: relações afetivas, solidárias ou jurídicas. As relações jurídicas, forma de reconhecimento recíproco mais pertinente à presente análise, atribuem auto-respeito ao indivíduo, que se vê titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social decorre dessa titularidade. A prestação jurisdicional e o reconhecimento de um direito empoderam o sujeito.

Ao condicionar a retificação do gênero no registro civil à realização de cirurgia ou à averbação de sua transexualidade, o acórdão recorrido recusa amparo jurídico e institucional ao sujeito, **perpetuando o sentimento de não pertencimento à sociedade**. É como aponta Axel Honneth, expoente no direito ao reconhecimento, *verbis*:

“para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.” (HONNETH, Axel. **Luta por**

ADI 4275 / DF

reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Ed34, 2003. p. 216-217).

Ora, com o desrespeito nas esferas de reconhecimento por relações intersubjetivas, ainda que restritas a uma das três formas, o sujeito vê comprometida a própria formação de sua identidade. Como consequência, restringem sua autoconfiança, seu auto-respeito e sua autoestima. É razoável supor que um sujeito comprometido nesses pilares básicos de sua formação individual encontrará imensa dificuldade em se insurgir contra o *status quo*. Isso explica por que são relativamente poucos os transexuais assumidos no Brasil e ainda menos numerosos aqueles psicologicamente dispostos a reivindicar seus direitos, expondo-se em processos judiciais longos e invasivos.

Sobre o papel do direito na luta por reconhecimento, convém colacionar as importantes considerações do professor José Reinaldo de Lima Lopes:

“A diferença é, pois, um constructo histórico; e o direito não joga um papel neutro nessa construção: ao contrário, o direito – os ordenamentos jurídicos – ajuda a naturalizar as diferenças e as desigualdades comuns na cultura. A mudança no direito não apenas se segue às mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las.

(...) Ao lado dela, é também violência social e silenciosa ‘a falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas’, que estão nos discursos, nos símbolos, na cultura de forma geral. A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna – uma evidência da ‘denegação de igualdade plena’.”
(LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Revista internacional de direitos humanos: SUR**, 2005. p. 73-75).

Some-se, ainda, que a repercussão social da alteração do registro civil para correção do assento referente a nome e sexo não atinge apenas a esfera íntima do indivíduo, mas também a econômica. A discrepância entre registro civil e aparência física e, pior ainda, a referência expressa à

ADI 4275 / DF

transexualidade do sujeito, geram discriminação no mercado de trabalho e dificultam a inserção social do sujeito na cadeia produtiva. Em outros termos, comprometem a **valorização do trabalho humano e a livre iniciativa**, fundamentos da ordem econômica, conforme art. 170, *caput*, da CRFB.

Segundo dados acostados aos autos por núcleos vinculados à Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, *“90% das travestis e transexuais exercem o trabalho sexual no Brasil atualmente. Dentre as razões que explicam essa dificuldade de acesso ao trabalho formal destaca-se: o baixo índice de escolaridade, associado principalmente à evasão escolar; a expulsão prematura de casa pelos familiares e a transfobia institucional, sobretudo no que concerne à repercussão negativa diante do descompasso entre a realidade já experienciada por esses sujeitos e seus documentos de identificação”*.

A retificação, então, traduz-se em medida de adequação à situação presente, construída historicamente, mas também oportuniza uma condição socioeconômica mais promissora. A simbiótica correlação entre reconhecimento e participação política e econômica foi desenvolvida por Nancy Fraser, que aborda a interferência recíproca entre os níveis de injustiças (FRASER, Nancy. *“Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation”* In FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003. p.32).

A autora classifica o desrespeito ao reconhecimento (*misrecognition*) como injustiça sociocultural, enquanto a má distribuição (*maldistribution*) configura injustiça econômica. As demandas de grupo associam-se tanto ao reconhecimento quanto à redistribuição. No caso dos transexuais, especificamente, a redistribuição econômica vem a reboque do ostracismo social. As injustiças política e econômica decorrem da injustiça cultural ou social.

ADI 4275 / DF

No que se refere ao contraponto com a segurança jurídica, publicidade ou veracidade, importa notar que a alteração do *nome* já é amplamente regradada pela jurisprudência, possuindo reflexos administrativos bem delimitados, tais como os que ocorrem na alteração para inclusão de apelido ou correção de uma situação vexatória. O contraponto seguirá, então, a mesma *ratio* aplicável a outros casos de alteração de nome.

Mais sensível é a retificação do *gênero* no registro civil, vez que trará importantes **consequências jurídicas**. Como exemplo, cite-se o tempo mínimo de aposentadoria, o serviço militar obrigatório, a legislação trabalhista, o encarceramento prisional, o direito à hora extra feminina e licença maternidade por adoção. Até que sobrevenha legislação que discipline essas situações, caberá ao Judiciário dirimir eventuais conflitos, como já vem ocorrendo alhures.

Quanto aos efeitos da retificação de gênero, vale mencionar que o encarceramento foi enfrentado pela Corte Constitucional da Colômbia no precedente transcrito acima (Sentencia T-063/15). No caso, foi assegurado o direito de uma presidiária transexual não compartilhar a mesma cela carcerária que homens.

A Federação Internacional de Vôlei (FIVB), por sua vez, autoriza mulheres transexuais a jogar no time feminino. Foi o que recentemente ocorreu com a brasileira Tifanny Abreu. Admitida no time italiano Golem Volley, a atleta conta que, após quatro anos de tratamento hormonal, sua força caiu 60% e retirou qualquer vantagem física que poderia possuir (<http://globoesporte.globo.com/volei/noticia/na-italia-transexual-brasileira-quebra-barreiras-e-joga-entre-as-mulheres.ghtml>).

Ademais, a proposta de reforma da previdência equipara a idade mínima para aposentadoria de homens e mulheres, o que o relator considera ser “o ponto mais importante da medida”

ADI 4275 / DF

(<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1872354-relator-da-previdencia-quer-idade-minima-de-65-para-homem-e-mulher.shtml>).

**(ii) A INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO
TERMO “TRANSEXUAL” NO REGISTRO CIVIL**

Como mencionado, via de regra, não existe um “orgulho trans” ou um sentimento de pertencimento a um terceiro gênero. Assim, não parece leviano supor que o transexual não quer ser visto como tal, mas sim como ele próprio se vê. Pretendem sua inclusão social, como os demais indivíduos (chamados cisgêneros), de modo que, uma vez alterado o registro, sua identidade sexual biológica possa ser socialmente superada o quanto possível.

A utilização do termo “transexual” no campo referente à designação de gênero do registro civil – bem como o seria em qualquer outro campo das certidões públicas – mostra-se discriminatória e, portanto, inconstitucional. Em outros termos, **a menção expressa e pública à transexualidade é inconstitucional**. Isso porque, como se verá a seguir, viola a dignidade da pessoa humana, o princípio da não-discriminação ou da igualdade e o direito à intimidade.

A violação à **dignidade da pessoa humana** oculta o não-reconhecimento, sendo estigmatizante. A identidade de gênero, repita-se, corresponde ao gênero com o qual a pessoa se identifica psicossocialmente. Não há terceiro gênero, nem é este o pleito. Como a criação do terceiro banheiro, a referência ao “gênero transexual” apenas aumenta o preconceito e a segregação social.

A violação ao **princípio da igualdade** decorre de a discriminação obstar a inserção social e profissional do transexual sem que sequer haja um contraponto ponderável. A menção expressa à transexualidade no registro não contribui para a segurança jurídica de terceiros, nem traz

ADI 4275 / DF

qualquer benefício social. Senão vejamos:

É sabido que a alteração do registro civil para mudança do *nome*, em todas as diversas hipóteses juridicamente admissíveis, pode acarretar alguns riscos à segurança jurídica de terceiros interessados, como credores e herdeiros. Nesses casos, em um juízo de ponderação, a segurança jurídica cede espaço para a dignidade, havendo mecanismos de mitigação dos riscos, tais como a manutenção do número de inscrição no cadastro de pessoa física (CPF), do número da carteira de identidade e de outros dados registrais, como filiação.

A retificação do *gênero*, como visto, que já vem sendo admitida para transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação, acarreta **consequências jurídicas** diversas. A existência de regimes jurídicos diferentes para homens e mulheres em algumas searas (previdenciária, prisional, desportiva, assistencial etc) demanda uma análise mais sensível do intérprete. No entanto, como não há um terceiro regime jurídico, a menção à transexualidade não contribui para dirimir tais questões. Salvo nos casos em que a diferenciação se funda em aspectos genéticos ou reprodutivos, parece razoável sugerir que o regime jurídico acompanhará a identidade de gênero agora já refletida no registro civil.

Em outras palavras, é razoável supor que o transexual masculino provavelmente não gozará de licença maternidade, somente se aposentar após cumpridos os limites de 65 anos e 35 de contribuição e realizará serviço militar obrigatório. Essas e outras situações serão dirimidas oportunamente, sem que a averbação do termo ‘transexual’ no registro civil contribua para esclarecer qual o regime aplicável.

Por fim, a medida viola o **direito à intimidade** por expor uma condição psíquica do sujeito, muitas vezes associada a traumas e repressões, e talvez comprometer relacionamentos afetivos e sociais. É que rotular o sujeito oficialmente de *transexual*, sob o pretexto de proteção

ADI 4275 / DF

a terceiros, pode ocultar a intenção de ‘alertar’ outrem da possibilidade de se relacionar afetivamente com um transexual ou de prevenir o parceiro da infertilidade do sujeito.

Situação análoga foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recurso que questionava a obrigatoriedade de exteriorização da condição de transexual em documento oficial em nome de direito de terceiros. Verifica-se a respectiva ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior. Recurso do Ministério Público insurgindo-se contra a não publicidade do registro. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Segredo de Justiça)” (Apelação Cível Nº 70006828321, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 11/12/2003)

Trazendo luz ao debate, a relatora consignou em seu voto: *“Quando se fala em prejuízos a terceiro, na verdade se fala na possibilidade de um homem envolver-se emocionalmente e, por que não dizer, sexualmente com o apelado e descobrir, em determinado momento, que ela não poderá ter filhos, ou até mesmo que não é mulher ‘de nascimento’.* Sendo essa a questão a ser enfrentada, até certo ponto, o mesmo aplicar-se-ia à mulher estéril”. Vê-se, assim, que as razões que fundamentam o acórdão recorrido não se sustentam, vez que a proteção ao interesse de terceiros e aos princípios da publicidade e da veracidade dos registros se asseguram pela manutenção das informações anteriores, sendo a alteração promovida por meio de averbação.

Dessa forma, eventuais interessados poderão consultar o histórico registral, a fim de efetivar seus direitos de responsabilização, creditícios, hereditários ou de qualquer natureza. Some-se, por evidente, que ninguém tem o direito de investigar a intimidade do outro por mero

ADI 4275 / DF

deleite.

(iii) A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO

O tratamento clínico envolve diversos procedimentos, desde a terapia hormonal até a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero e social, também chamada de redesignação sexual cirúrgica. À medida que o paciente avança na terapêutica e a própria medicina evolui, mais se aproxima da aparência desejada.

A exigência da intervenção como pressuposto para alteração do nome e gênero no registro civil é inconstitucional por violar a autonomia privada ou liberdade individual, bem como o direito à intimidade, à integridade física, à saúde e à igualdade. É o que se detalha a seguir.

A ofensa à **liberdade individual** decorre de se transformar o direito à redesignação cirúrgica em uma obrigação. Condicionar a fruição de um direito de personalidade, essencial à construção da dignidade humana, à realização da cirurgia equivale a obrigar o transexual a isso, como uma “prova” de sua transexualidade. Ninguém pode ser obrigado a submeter-se a um procedimento cirúrgico sem comprometimento de sua **autonomia da vontade**, ainda mais em se tratando de um procedimento invasivo, irreversível e que repercute no funcionamento dos sistemas excretor e reprodutor.

A violação à **intimidade**, por sua vez, decorre da necessidade de exposição e comprovação de uma vontade íntima, assim como das restrições em suas escolhas familiares e afetivas, vez que impede definitivamente o transexual de engravidar ou ter relações sexuais.

No entanto, é juridicamente **irrelevante** a eventual existência de um transexual gestante, hipótese destacada como preocupante no acórdão

ADI 4275 / DF

recorrido. O interesse em evitar uma “mãe homem” é discriminatório. A castração, que decorre da cirurgia de redesignação de sexo, impede a reprodução, mas restringe-se à esfera de intimidade do agente.

A identidade de gênero não condena o transexual à abstinência sexual e não se confunde com orientação sexual (heterossexual/homossexual). É possível, havendo casos famosos, que o transexual se submeta à cirurgia de redesignação sexual após ter filhos, tendo ou não aparência condizente com sua identidade de gênero. É o caso do ex-atleta olímpico Bruce Jenner, que passou a se chamar Caitlyn Jenner e possui seis filhos, e do cartunista Laerte, que teve três filhos.

As Cortes Constitucionais da Áustria e da Alemanha enfrentaram a questão ao admitir que transexuais tivessem seus registros civis alterados sem que precisassem dissolver seus casamentos com suas esposas. O tribunal austríaco ressaltou que *"changing a sex entry in a birth certificate cannot be hindered by marriage"*. (Austrian Constitutional Court, BverfG, 1 BvL 1/04, 18 July 2006; e German Constitutional Court, BVerfG, 1BvL 10/05, 27 May 2008).

Some-se, ainda, que a exigência de submissão à cirurgia para a retificação do registro civil viola o **direito à saúde**, por envolver sérios riscos ao paciente. Em sua manifestação, a Procuradoria da República colaciona trecho de obra sobre faloplastia, em que se demonstra as dificuldades da cirurgia, concluindo o representante do *parquet* que *“não se pode, data vênica, exigir-se do indivíduo uma mutilação física para assegurar direito constitucional básico”*.

Dentre as possibilidades de complicações, o pesquisador Gerald Ramsey aponta incontinência urinária, deformidades, espasmos vesicais, colite, fístulas, necrose, cicatrizes e estreitamento de uma das passagens. Além disso, o pênis construído é disfuncional, com alta incidência de falha mecânica ou ereção permanente, não tendo o autor encontrado

ADI 4275 / DF

sequer relatos de “*construções de neofalos em que a função de ereção se parecesse com a função própria de um pênis congênito.*”

Ainda, a exigência de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo viola **a igualdade**, mostrando-se um fator de discriminação. Isso porque há diversos óbices que impedem a redesignação cirúrgica de todos os transexuais e comprometem a escolha livre do transexual.

A sujeição ao Procedimento Transexualizador se apresenta como uma questão socioeconômica e não apenas psicossocial. Isso porque o procedimento, realizado pelo Sistema Único de Saúde desde as Portarias nº 1.707 e nº 457 de agosto de 2008, conta com apenas nove hospitais habilitados pelo Ministério da Saúde, dos quais apenas cinco realizam a cirurgia (<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador>). Por ser um tratamento de longo prazo, a eventual necessidade de múltiplos e longos deslocamentos pode comprometer sua universalização, ficando por vezes condicionada ao apoio familiar ou financeiro de quem assegure aos pacientes o acesso a uma dessas unidades.

Nesse sentido, é pertinente a concepção de igualdade complexa de Michael Walzer. A sociedade plural possui diversos bens, que são distribuídos por diferentes agentes sob critérios múltiplos, sem que exista, então, uma igualdade simples.

Para que haja efetiva igualdade complexa é necessário que a distribuição dos bens, como reconhecimento, estima social e direitos, não se fundamente em um único critério - no caso, dinheiro. O princípio distributivo ilimitado de Walzer considera que “*nenhum bem social x será distribuído a quem possua algum outro bem y meramente porque possui y e sem*

ADI 4275 / DF

consideração ao significado de x'' (WALZER, Michael. **Spheres of justice: A defense of pluralism and equality**. Basic Books, 2008). Dessa forma, evita-se o predomínio, em que um bem por si só é capaz de atrair todos os outros bens (*"and then all good things come to those who have the one best thing"*). Quando isso ocorre, a desigualdade se perpetua em uma retroalimentação negativa. Por mais que a cirurgia seja custeada pelo SUS, ao transexual pobre ou que mora no interior do Brasil não será efetivamente facultado submeter-se à cirurgia e, conseqüentemente, ter a chancela jurídica de sua identidade de gênero.

Não são apenas os custos financeiros que tornam discriminatório o critério cirúrgico. É possível que não haja efetivamente uma escolha livre quanto à realização da cirurgia em razão de outros fatores, como reservas religiosas, convicções ideológicas ou riscos cirúrgicos associados a comorbidades.

Ademais, **a cirurgia sequer atende ao propósito de identificação do gênero biológico ou do gênero psicossocial**. No primeiro aspecto, tem-se que a morfologia genital do sujeito não é critério suficiente para identificação do gênero biológico, ao que deve se somar a verificação de cromossomos, órgãos internos, hormônios etc. Caso contrário, a ausência do pênis, por mutilação ou dismorfia, alteraria a identidade de gênero.

No segundo aspecto, é evidente que a intenção de submeter-se à cirurgia denota a profunda insatisfação do sujeito com seu gênero biológico, o que configura a transexualidade. No entanto, há outras formas de verificação dessa profunda insatisfação, como entrevistas psicológicas, provas testemunhais e submissão a intervenções hormonais. Como o processo transexualizador pressupõe diversas etapas de avaliação psicológica e se estende por muitos anos, consolidam-se os reflexos sociais dessa transformação paulatina, tornando a percepção mais nítida.

ADI 4275 / DF

Por fim, vale destacar que, se for preciso ser homem fisicamente para ser homem socialmente, o aspecto psicológico da política identitária se esvazia. Exigir que o homem transexual tenha órgãos genitais para reconhecimento de seus direitos é uma tautologia que oculta o não-reconhecimento.

Uma observação adicional se deve a outro efeito da limitação econômica no direito ao reconhecimento de transexuais. A aparência não pode ser critério para concessão de direitos a transexuais. É razoável presumir que as celebridades transexuais, como Rogéria, Roberta Close, Thammy Gretchen e Lea T, submeteram-se a tratamentos adicionais à terapia hormonal promovida pelo Sistema Único de Saúde. A submissão do paciente a **intervenções estéticas e cirúrgicas adicionais**, bem como sua compleição física e biotipo favorecem a adequação do corpo biológico ao gênero a que se identifica o sujeito.

Ainda prevalece a **orientação jurisprudencial** de que a cirurgia de redesignação sexual constitui a etapa final do Processo Transexualizador e habilita o sujeito a alterar seu registro civil. No entanto, é possível identificar precedentes em que se admite a retificação do registro de transexuais que não se submeteram à cirurgia, como os do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcritos:

“APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBORA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO.” (TJRS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011691185. Relator Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 15/09/2005)

“APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE.

ADI 4275 / DF

CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proferam em parte. (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006)”

Em 2014, o tema foi abordado na **I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, sugerindo uma mudança de entendimento. Foram, então, elaborados os Enunciados 42 e 43, *in verbis*:

“ENUNCIADO N.º 42 RE 670422 e ADI 4275 21

Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO N.º 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.”

Não é outro o entendimento em doutrina, conforme se verifica a

ADI 4275 / DF

partir das lições de diversos especialistas em bioética, como Miriam Ventura e Fermin Roland Schramm (Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19: 65-93, 2009), Aníbal Guimarães e Heloisa Helena Barboza (SCHRAMM, FR; BARBOZA, HH; GUIMARÃES, A. *O processo transexualizador no SUS como paradoxo entre o reconhecimento da existência da pessoa transexual e a sua invisibilidade institucional*. VIII Congresso Iberoamericano de Ciência, Tecnologia e Gênero. Abril, 2010). Por todos, confira-se excerto da tese da professora Heloisa Helena Barboza:

“Por conseguinte, o transexual, pelas regras médicas vigentes, tem direito de não realizar a cirurgia de transgenitalização.

Esse direito nada mais é do que uma das formas de expressão da autonomia sobre o próprio corpo, naquilo que concerne ao poder dos indivíduos decidirem sobre sua própria saúde, o que inclui o direito de modificar seu corpo, a seu exclusivo critério, e mesmo de fazer escolhas consideradas não saudáveis pelo poder-saber médico. O respeito à autonomia do paciente não é acatado pelos demais setores da sociedade, especialmente pelo direito, embora a liberdade, que tem na autonomia uma de suas expressões, seja constitucionalmente garantida.

As decisões judiciais que negam o reconhecimento da nova identidade do transexual apresentam variados fundamentos - que podem ser bioeticamente questionados - e atendem às formalidades jurídicas. Contudo, essas decisões têm, na prática, o efeito de uma condenação para o transexual que, sob orientação médica, teve seu corpo transformado, em muitos casos, de modo irreversível” (BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2010)

Ex positis, voto pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : GISELE ALESSANDRA SHIMIDT E SILVA (74812/PR)

AM. CURIAE. : LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS-LIDIS

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONCA NEIVA (15682/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

ADV.(A/S) : GUSTAVO ZORTEA DA SILVA (33863/DF)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dr^a. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dr^a. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator),

julgando parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, divergindo em parte do Relator, e o voto do Ministro Edson Fachin, julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28.2.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de julgamento conjunto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.275 e de recurso extraordinário (RE) 670.422, nos quais se pretende obter a declaração do direito das pessoas “trans” à substituição do prenome e do gênero no registro civil, independentemente da realização de qualquer intervenção médica.

Em brevíssimo resumo, a Procuradoria-Geral da República propôs a mencionada ADI – cujos fundamentos residem no respeito à liberdade individual de assumir identidade de gênero à luz dos direitos fundamentais inferidos dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, caput) e da privacidade (art. 5º, X) – objetivando a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 9.708/1998, para reconhecer o direito à mudança de nome e gênero das pessoas trans no registro civil, independentemente de prova de intervenção médica.

Para a análise dos pedidos de mudança de nome e gênero, propõe que se estabeleça como requisitos a prova (i) de maioridade, (ii) da convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico por mais de três anos e (iii) de que seja presumível, com alta probabilidade, que a pessoa não mais modificará sua identidade de gênero. Defende que tais requisitos devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais.

Já no Recurso Extraordinário interposto, o recorrente assevera a possibilidade de alteração do prenome e do gênero para as pessoas “trans” em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma ainda que a mudança de nome e gênero no registro civil não pode

ADI 4275 / DF

estar vinculada a cirurgia médica arriscada, sob pena de afronta ao direito à saúde.

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, rejeito a preliminar arguida, uma vez que é inconteste o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme à Constituição a dispositivo legal, conforme decidido por esta Suprema Corte na ADPF 266-AgR/MG.

Imperioso ainda ressaltar que a questão da mudança do prenome de pessoa “trans” resolve-se totalmente pelo art. 58 da Lei de Registros Públicos, e que a mudança de gênero no registro civil é consequência lógica da interpretação dessa norma, na medida em que não se justifica a existência de discrepâncias entre o nome e o gênero no registro civil. Desse modo, é desnecessária a cumulação da presente ação com arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No mérito, entendo não haver dúvidas de que os direitos fundamentais invocados justificam a procedência dos pedidos.

Como se sabe, a demanda por reconhecimento é, contemporaneamente, componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Nesse diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo.

Nancy Fraser, uma das notáveis pensadoras que se dedica ao estudo desse tema, destaca que a demanda por justiça social prestigia, cada vez mais, a política do reconhecimento, visando “contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”.¹

1 FRASER, Nancy. “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça.” In: D. Sarmiento; D. Ikawa; F. Piovesan (Orgs.); **Igualdade**,

ADI 4275 / DF

Essa renomada autora chama atenção para o fato de que o pensamento progressista da atualidade não deixou, e nem poderia deixar, de se ocupar com a demanda de redistribuição, voltada à redução real ou material das desigualdades.

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico – a transformação cultural – também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de status” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, “o não-reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social”.²

Outro importante pensador que se dedicou à teoria do reconhecimento foi Axel Honneth, para quem a “luta por reconhecimento” tem de ser entendida como uma quadro interpretativo crítico de processos de evolução social”,³ tendo por justificação uma concepção formal de eticidade, que garanta aos sujeitos a proteção de suas condições de autorrealização e que tem por fim universal possibilitar aos indivíduos uma vida feliz. Os padrões de reconhecimento são relevantes na medida em que estão interligados à autorrelação positiva:

“O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e

Diferença e Direitos Humanos. p.167, 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

2 FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. In: D. Sarmiento; D. Ikawa; F. Piovesan (Orgs.); **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** p.179, 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

3 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** 2. ed., 2. reimpr. Editora 34. São Paulo: Ed. 34, 2015, p. 269.

ADI 4275 / DF

a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades ou capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima”.⁴

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”.

Nesse mesmo julgamento, foram invocados os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”, que têm plena incidência no presente caso.

Com efeito, conforme a carta de princípios de Yogyakarta, a identidade gênero é essencial para a dignidade e humanidade de cada pessoa e integra o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar a indivíduo diante da

4 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed., 2. reimpr. Editora 34. São Paulo: Ed. 34, 2015, p. 272.

ADI 4275 / DF

violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Dentre eles, está consagrado o “Direito ao Reconhecimento Perante a Lei” (Princípio 3), segundo o qual “[...] orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. **Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero**” (grifos meus).

Para operacionalizar esse princípio, os Estados deverão adotar todas as medidas para “respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa”(princípio 3, **b**), bem como para garantir que “existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa” (princípio 3, **c**), assegurando que “esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas”(princípio 3, **d**).

Transportando essas lições e preceitos para o caso concreto, constata-se que a sociedade reforça a injustiça social contra o indivíduo “trans” ao condicionar indevidamente o reconhecimento do gênero e do nome com que se identifica. Ao incidir dessa maneira sobre a realidade da vida, o Direito cria obstáculos ilegítimos na busca por estima social das pessoas “trans”.

A autodeterminação da pessoa “trans” deve integrar o patrimônio

ADI 4275 / DF

normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis.

Corroborando este entendimento, Camila de Jesus Mello Gonçalves sustenta com precisão que:

“(...) exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre sua aparência e sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero de identificação. (...)”

Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício da liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em uma segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física, de quem já se sentia discriminado por conta da identidade de gênero.”⁵

A autora ressaltou também que a Escola Paulista da Magistratura promoveu um debate sobre o tema em que prevaleceu a conclusão, publicada sob a forma de enunciado, de que “Sendo comprovada por perícia médica a situação de transexualidade da pessoa, mesmo sem cirurgia reparadora, a pessoa pode ter seu nome e sexo alterados por decisão judicial, a fim de assegurar sua real identificação de gênero”.⁶

5 GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 218.

6 Idem, p. 223. O enunciado em questão foi publicado no Diário de Justiça

ADI 4275 / DF

Felizmente, o Estado brasileiro não tem ficado inerte frente à luta por reconhecimento das pessoas “trans”. Prova disso é a edição do Decreto 8.727/2016, que dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas “trans” no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nesse decreto, foram estabelecidos os conceitos, no seu art. 1º, I e II, de nome social e de identidade de gênero, quais sejam:

“I – nome social – designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II – identidade de gênero – dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

Ressalte-se que a finalidade da norma foi proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações, tendo em vista que é dever republicano a garantia do princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e a proteção às minorias. Desse modo, não se pode impor o uso de nome e a identificação de gênero que causará constrangimento à pessoa.

Assim, esta Suprema Corte, atenta ao reclamos contemporâneos na luta por reconhecimento, não pode se omitir na luta pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas “trans”. E, ao fazê-lo, deve afastar, de uma vez por todas, qualquer resquício de abordagem patologizante da questão, que não se coaduna com um Estado democrático que respeita os indivíduos enquanto tais e lhes confere, a todos, igual estima social. Deve-se, ao contrário, estabelecer um novo paradigma normativo que

Eletrônico/SP, de 18.12.2009, Caderno Administrativo, p. 29.

ADI 4275 / DF

coloque o reconhecimento em seu centro⁷ e que consiga refletir de forma complexa e não binária sobre a identificação da pessoa humana.

Essencial ressaltar que não são os procedimentos médicos que conferem ao indivíduo direito ao reconhecimento de sua condição pessoal. Trata-se de direito indissociável de cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que tutela de forma integral e unitária a existência humana.

Por tudo isso, faz-se mister dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação dada pela Lei 9.708/1998, para reconhecer o direito à mudança de nome social e gênero dos indivíduos “trans”, independentemente de qualquer procedimento médico.

Embora inegavelmente concorde com o mérito da ADI, manifesto-me, porém, de forma contrária ao estabelecimento de requisitos mínimos pré-estabelecidos para a mudança, tal como o prazo proposto pela Procuradoria-Geral da República. Entendo que cabe ao julgador, à luz do caso concreto e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para tanto, poderá se valer, por exemplo, de depoimentos de testemunhas que conheçam a pessoa e possam falar sobre sua autoidentificação; ou, ainda, declarações de psicólogos ou médicos, bem assim de outros meios de prova de que o interessado dispuser.

Ressalto, ainda, que a abordagem da questão, do modo como proponho, não difere significativamente da forma como outras ações de mudança de nome vem sendo processadas em nosso País.

Nesse sentido, é importante lembrar que a mera existência de dívidas não obsta a mudança de nome e gênero, embora seja recomendável exigir a comprovação da cientificação dos credores acerca

⁷ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Lua Nova*, v. 70, p. 101–138, 2007, p. 102.

ADI 4275 / DF

da mudança.

Tampouco a existência de antecedentes criminais pode justificar a vedação à mudança, bastando, para tanto, que sejam igualmente comunicadas as autoridades responsáveis.

Por fim, deve-se esclarecer que não é cabível a publicação de editais ou outras formas de publicidade da mudança, a fim de se preservar a privacidade da pessoa.

Feitas estas considerações, dou provimento ao recurso extraordinário e julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, com a redação conferida pela Lei 9.708/1998, de modo a permitir a alteração do nome e do gênero da pessoa “trans”, independentemente de qualquer procedimento médico.

É o meu voto.

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Este julgamento **assume importância fundamental** no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas **e constitui** momento culminante na efetivação do dogma – **segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos** nascem livres e iguais em dignidade e direitos, **pois todos** os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados, **sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero** são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, **não devendo** ser motivo de discriminação ou abuso.

Violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua identidade de gênero traduzem situações que um Estado **fundado** em bases democráticas **não pode** tolerar **nem** admitir.

O **direito à autodeterminação** do próprio gênero, **enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental** da pessoa transgênero, **impregnado** de natureza constitucional, **e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano** cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

É por essa razão que, **entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem** postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação** à orientação sexual e à identidade de gênero –, **há um, o Princípio n. 3, que proclama** o direito titularizado por qualquer pessoa “de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a

ADI 4275 / DF

lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade”.

É preciso conferir ao transgênero um verdadeiro estatuto de cidadania, **pois ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de identidade de gênero.

Isso significa que os transgêneros têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale* as pessoas **em razão** de sua identidade de gênero.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos *minoritários* **que integram** a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento, **estará viabilizando a plena realização dos valores** da liberdade, da igualdade e da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

ADI 4275 / DF

Busca-se, neste processo, a **consecução** de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **deve estimular** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade** imposto à coletividade dos transgêneros – estado esse **de que resultam** situações *de injusta exclusão jurídica* por eles sofrida, **em contextos fundados** em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo – **possuem a virtude** de congregar aqueles que **reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta **decisão** – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, **mas, sim, de toda** a coletividade social.

Com este julgamento, **não hesito** em afirmar que o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e a consolidação** de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** – **apoiando-se** em valiosa hermenêutica construtiva e emancipadora **e invocando** princípios fundamentais (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e da busca da felicidade**) – *tem revelado admirável percepção*

ADI 4275 / DF

quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à identidade de gênero quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica **do procedimento de adequação** dos assentamentos registrais ao nome social e à imagem dos transgêneros, **independentemente** de prévia cirurgia de transgenitalização, em ordem a permitir que se extraiam, em favor dessas **mesmas** pessoas, relevantes consequências no plano do Direito e, **também, na esfera** de suas relações sociais, familiares e afetivas.

É preciso insistir, desse modo, na asserção de que as pessoas têm o direito fundamental ao reconhecimento de sua identidade de gênero **e de serem tratadas** em consonância com essa **mesma** autopercepção por elas revelada.

O exercício desse direito básico, que pode importar em modificação da aparência **ou** em alteração das funções corporais do transgênero, **também legitima** a possibilidade de retificação dos assentamentos registrais, com a consequente mudança do prenome e da imagem registrados em sua documentação pessoal, sempre que tais elementos de identificação **não** coincidirem com a identidade de gênero, **tal como** autopercebida pelo próprio indivíduo.

Na realidade, o Estado **não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar** o exercício, *por qualquer pessoa*, de seus direitos à identidade de gênero, **pois esse direito fundamental** – decorrente do postulado constitucional **consagrador** da dignidade da pessoa humana – **integra** o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual **justifica e confere** legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, **ao conteúdo** dos assentamentos registrais, que poderão ser alterados **para assegurar** o nome social do transgênero, **independentemente** da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, **mesmo porque não é a cirurgia** que atribui à pessoa a condição de transgênero, **nem** é esse procedimento cirúrgico **que constitui**

ADI 4275 / DF

requisito para o livre exercício, *pelo transgênero*, desse expressivo direito da personalidade.

Não se desconhece que o direito ao reconhecimento da identidade de gênero **resulta consagrado**, *como anteriormente assinalado, nos Princípios de YOGYAKARTA, que constituem postulados básicos, acolhidos* pela comunidade internacional, **referentes** à aplicação da legislação sobre direitos humanos **em relação** à orientação sexual e à identidade de gênero.

Esse **importante** documento internacional – **ao proclamar** que **toda** pessoa **tem** o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei **e** que a identidade de gênero, **autodefinida** pelo próprio interessado, **constitui** parte essencial de sua personalidade **e** um dos aspectos básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade – **estabelece** que “*Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero*” (**Princípio n. 3** – grifei).

Impõe-se ao Estado, *em consequência*, **adotar, nos termos do Princípio n. 3 de YOGYAKARTA**, as seguintes providências:

“(…) **b) Tomar todas as medidas** legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais **todos** os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – **incluindo** certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – **reflitam** a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

ADI 4275 / DF

*d) **Assegurar** que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;*

*e) **Garantir** que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;*

*f) **Implementar** programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.” (grifei)*

Enfatizo, ainda, como já acentuei em votos proferidos nesta Suprema Corte, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** suporte legitimador em postulados fundamentais, **como** os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade **e**, sobretudo, o da **busca da felicidade, que decorre, por implicitude**, do núcleo de que se irradia o **valor fundante** da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar, nesse contexto, o papel relevante que assume o **postulado** da dignidade da pessoa humana – cuja **centralidade** (CF art. 1º, III) **confere-lhe** a condição de **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma **e** inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País –, **que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos** em que se assenta, **entre nós**, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte em **decisões** que, no ponto, **refletem, com precisão, o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO W. SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos

ADI 4275 / DF

Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, **"O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência"**, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, **"Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo"**, 2008, Renovar, v.g.).

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

O **texto** dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (**"Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana"**, p. 125, *traduzido* por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que *"Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia"* (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (**"A Declaração de Independência dos Estados Unidos"**, p. 32/35, *tradução* de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação* do

ADI 4275 / DF

Iluminismo, **qualificou o direito à busca da felicidade** como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

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

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos **de alto relevo que legitimam** a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização, em sua dimensão global, do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, **o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/PE**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade, um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em preciosa obra monográfica (“Direito à Felicidade”, 2018, Almedina).**

ADI 4275 / DF

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade* foi também positivada, no plano normativo, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

Parece-me irrecusável, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento** do pleito ora em julgamento.

ADI 4275 / DF

Cabe registrar, finalmente, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal **incumbe desempenhar** no âmbito do Estado Democrático de Direito, **em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.**

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis** aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão **põe em relevo a função contramajoritária** do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas transgêneros **representam** parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem-se mostrado **infenso, nesse tema específico, à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de (inaceitável) submissão* de grupos minoritários **à vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio** *coeficiente de legitimidade democrática* da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora,** o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *da minoria* por grupos majoritários.

ADI 4275 / DF

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

Cumpre enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, em clara **demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

ADI 4275 / DF

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual no julgamento da ADI 4.277/DF:

“O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos –, é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

.....
Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

.....
Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua

ADI 4275 / DF

*verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.” (grifei)*

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** simplesmente formal, **torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, quando tal se impuser, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados, **pois ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema de **efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais *em favor das minorias*, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática** ao regime político vigente em nosso País.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **não obstante** o primoroso voto proferido pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator desta causa, **peço-lhe vênia** para acompanhar a manifestação do eminente Ministro EDSON FACHIN, **notadamente quanto à parte dispositiva** de seu substancial voto.

Em consequência, **dispensada** a exigência **de prévia** realização de cirurgia de transgenitalização (**ou** de reversão sexual), “(...) **julgo procedente** a presente ação direta **para dar interpretação conforme** à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica **ao art. 58** da Lei 6.015/73, **de modo a reconhecer aos transgêneros**, que assim o desejarem, **independentemente** da

ADI 4275 / DF

cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil" (grifei), tal como consignou, em seu douto voto, o eminente Ministro EDSON FACHIN.

É o meu voto.

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Presidente, estamos diante de processo cujo pedido é atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), segundo o qual “*o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*”.

A pretensão do autor, em síntese, consiste em que o referido dispositivo seja interpretado como autorização para que o transgênero altere tanto o seu prenome como o seu gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

**DA NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL
PARA A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL**

Ab initio, observo que já há maioria formada, a meu ver acertadamente, no sentido de reconhecer o direito a transgêneros de alterarem o seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual.

Entretanto, constato certa divergência entre os ministros desta Corte quanto aos critérios para a efetivação dessa mudança. Parece-me que há, pelo menos, as três correntes seguintes de entendimento:

- 1) É possível a alteração do gênero no registro civil, desde que respeitados os requisitos para a configuração do transexualismo, conforme ato normativo do Conselho Federal

ADI 4275 / DF

de Medicina (Portaria 1.652/2002);

2) A alteração de gênero no registro civil pode ser feita na via administrativa e pressupõe autodeclaração do interessado, que se manifesta sobre o gênero com qual verdadeiramente se identifica;

3) A modificação de gênero no registro civil da pessoa transgênero é possível, desde que comprovada juridicamente sua condição, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Desde já, pedindo vênias aos demais colegas, antecipo que meu voto se afilia a esta última corrente, que foi defendida pelos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli no julgamento do Recurso Extraordinário 670.422, processo-paradigma da repercussão geral que trata de questão análoga e está previsto na pauta para continuidade de julgamento.

A propósito, registro que o Min. Toffoli, ao concluir seu voto no referido processo, apresentou a seguinte proposta de tese:

1. “O transexual, comprovada juridicamente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado ‘por determinação judicial’, vedada a inclusão do termo ‘transexual’.

3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4. A autoridade judiciária determinará, de ofício ou a

ADI 4275 / DF

requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”.

Entendo que essa proposta, a um só tempo, atende ao direito fundamental subjetivo à alteração de prenome e de gênero no registro civil da pessoa transgênero, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, mas também respeita os imperativos de veracidade e de publicidade dos registros públicos.

Para mim, esse conflito entre a autodeterminação do cidadão e proteção da higidez dos registros públicos é bastante sensível, notadamente porque a Corte não pode antever todas as consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar, como nas relações de direito patrimonial entre particulares, por exemplo.

De mais a mais, salvo situações excepcionalíssimas dispostas no art. 110 da Lei de Registros Públicos, a alteração de nome no registro civil já exige autorização judicial para todos (art. 13), independentemente do motivo. A questão da transexualidade não se insere, nem mesmo que se pretenda uma extensão de sentido, em nenhuma das hipóteses legais:

“Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:

I - erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção;

II - erro na transposição dos elementos constantes em ordens e mandados judiciais, termos ou requerimentos, bem como outros títulos a serem registrados, averbados ou anotados, e o documento utilizado para a referida averbação

ADI 4275 / DF

e/ou retificação ficará arquivado no registro no cartório;

III - inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, da folha, da página, do termo, bem como da data do registro;

IV - ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, nas hipóteses em que existir descrição precisa do endereço do local do nascimento;

V - elevação de Distrito a Município ou alteração de suas nomenclaturas por força de lei”.

Ora, se o art. 13, I, da Lei de Registros Públicos estabelece que, independentemente do interessado, os atos do registro civil devem ser praticados por ordem judicial – salvo as anotações e as averbações obrigatórias –, não se pode atribuir-lhe um tratamento discriminatório em relação aos transgêneros.

Na realidade, trata-se de cautela exigida pela lei como forma de proteger a higidez dos registros públicos.

Se a decisão judicial é requisito para as alterações de nome, independentemente do sexo ou da orientação sexual do postulante, não há que se estabelecer outro procedimento para os pedidos de alteração de gênero.

Percebo, ainda, que a proposta do Min. Dias Toffoli é bastante conciliatória e preocupada com a efetiva proteção da autodeterminação dos transgêneros e com o combate à discriminação.

Com efeito, Sua Excelência teve o cuidado de resguardar o sigilo acerca do motivo da alteração de gênero, de vedar o uso do termo “transexual” e de determinar que autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do interessado, determine a expedição de mandados específicos para alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou

ADI 4275 / DF

privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Consigno, finalmente, que o Min. Toffoli estabeleceu que a alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado “por determinação judicial”, de modo a conservar, ainda que de forma sigilosa, alguma informação sobre os atos de registro civil originários.

Por tudo isso, entendo que a alteração do registro civil em relação aos transgêneros realmente não prescinde de ordem judicial.

A AUTODETERMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Presidente, entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Relembro que já tivemos a oportunidade de julgar casos em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma. Nesse sentido, registro que, ao julgar a ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, esta Corte declarou a inconstitucionalidade das expressões “*pederastia ou outro*” e “*homossexual ou não*” constantes do art. 235 do Código Penal Militar.

Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. Entretanto, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

ADI 4275 / DF

“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” (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016).

Em outros termos, após a decisão do STF, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho. Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Consigno, ainda, o notório caso das uniões homoafetivas, em que esta Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do

ADI 4275 / DF

Código Civil, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Refiro-me ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14.10.2011, oportunidade na qual, em meu voto, sustentei o seguinte:

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a

ADI 4275 / DF

prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

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 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.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.”

ADI 4275 / DF

A questão da alteração de sexo no registro civil dos transgêneros ainda é novidade nesta Corte, porém o direito comparado já conta com decisões que endossam o entendimento que estamos a adotar.

Com efeito, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na Opinião Consultativa 24/17, afirmou que viola o direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade a exigência de laudos de profissionais da saúde, para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana. A Corte afirmou o seguinte, no ponto que interessa:

“El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los

ADI 4275 / DF

registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171". (Item 4, página 87-88 da Opinião Consultativa 24/2017 da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>)

Em sentido semelhante, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao examinar o caso *Y.Y. vs. Turquia*, decidiu que viola o art. 8 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais exigir que os transgêneros se submetam à esterilização para conseguir documentos legais que reflitam sua identidade de gênero. Em outros termos, o Tribunal decidiu que essa imposição viola os direitos de não sofrer tratamento desumano e degradante, a desfrutar do mais alto nível possível de saúde e à vida privada e familiar (Cf. *Affaire Y.Y c. Turquie*. Requête nº 14793/08. Arrêt du 10 mars 2015).

DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho os votos dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes para reconhecer o direito dos transgêneros de alterarem seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, mediante a observância dos seguintes requisitos: 1) que haja ordem judicial (art. 13, I, da Lei 6.015/1973); e 2) que essa alteração seja averbada à margem no seu assentamento de nascimento, resguardado o sigilo acerca da ocorrência dessa modificação.

É como voto.

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**

Senhores Ministros, também considero, como já foi aqui exposto amplamente, ser este um julgamento que marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do Princípio da Igualdade no sentido de não discriminação, da negação do preconceito, enfim, mais do que de uma igualdade, acho que é um passo no sentido da igualação, que é a dinâmica do Princípio da Igualdade. A Constituição dispõe sobre igualdade. Entretanto, a igualdade é uma conquista permanente, porque continua havendo intolerância, discriminação, preconceito, todas as formas de manifestação, expressa ou velada.

Lembrou bem aqui o Ministro Celso de Mello que há ainda uma invisibilidade sobre essa como outras formas de discriminação, no caso, quanto aos transgêneros. Há algum tempo, num comentário, Ministro Celso e Ministro Gilmar, eu me impressionei muito com uma fala sobre esse tema. Porque nós mulheres sofremos também muita discriminação, e todas as pessoas que são vítimas de preconceito e discriminação sabem que isso é um sofrimento. Quando eu digo "eu sofro discriminação", estou usando o verbo que quero usar, porque é uma injustiça contra nós por sermos o que somos. Mas, naquela ocasião, uma pessoa me disse, sendo transgênero, o seguinte: "há uma diferença, é que a Senhora pode sofrer discriminação por ser mulher e sofrer todas as formas de injúrias", "mas a Senhora não tem algo que nós, homossexuais ou transgêneros, às vezes temos - ou uma boa parte tem; é que a Senhora conta com o apoio da sua família para vencer, e, às vezes, a discriminação contra o transgênero e o homossexual está dentro de casa". E ele se faz invisível dentro de casa. Deu-me exemplo, no caso, dele mesmo, que tinha sido expulso pelo pai por causa da sua condição. E ele disse: "no seu caso, o seu pai se indigna junto com você".

Então, há escalas de sofrimento diferentes na vida humana; e essa é

ADI 4275 / DF

uma que continua invisível, porque eu mesma só tomo conhecimento porque me irmano no sofrimento pelo preconceito, mas não vejo, às vezes, que há essa forma pior de preconceito, que habita com a pessoa, dorme com ela. O que me lembrou de algo que é da barbárie mesmo: havia pessoas que eram mortas, em determinadas civilizações - e ainda acredito que haja -, por nascerem com algumas deficiências físicas e simplesmente eram não afastadas da família, mas literalmente, nós sabemos, historicamente, que eram mortas, porque não "prestavam" como ser humano.

E, portanto, nós temos, neste caso, um avanço significativo para dizer não apenas à sociedade no sentido do outro, mas, de dentro de casa, o que isso representa em termos de o outro, o familiar, ser causa não de amparo e apoio- como o meu caso sempre tive, acredito que a Procuradora-Geral também, Ministra Rosa e todas as mulheres do mundo que, cada vez mais, denunciemos os preconceitos contra nós. Mas, neste caso, quem devia dar o primeiro suporte, o primeiro abraço, às vezes, é quem lança a primeira facada de preconceito e o primeiro lanço de sofrimento. E, por isso, acho que, quando nós dizemos isso, somos todos iguais, sim, na nossa dignidade, mas temos o direito de ser diferentes em nossa pluralidade e nossa forma de ser.

Por isso acho que este é um julgamento da maior importância que vai trazer, cada vez mais, visibilidade aos agravos que só quem sofre o preconceito é capaz de dizer.

Baseei meu voto – farei a juntada - nos princípios constitucionais da igualdade material - como aqui já foi dito e, por isso, não vou repetir; no direito à dignidade na nossa essência humana e no direito de ser diferente, porque cada ser humano é único, mas os padrões realmente se impõem. E o Estado há que registrar o que a pessoa é e não o que o Estado acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência.

Sei que não é o local apropriado, mas lembro uma passagem muito significativa da Cecília Meireles - e que é muito rápida -, em que ela denuncia de uma forma primorosa: "Já fui loura, já fui morena, já fui Margarida e Beatriz. Já fui Maria e Madalena. Só não pude ser como

ADI 4275 / DF

quis."

Nós não podemos ser como queremos. A sociedade, cada vez mais, impõe uniformes que, às vezes, não nos cabem. E o Professor Geraldo Ataliba já dizia que o melhor terno do mundo não cabe necessariamente em todo mundo, porque é de outro tamanho, porque serve para outra situação, porque não há que ser aquele o único padrão de existência humana.

Acho que o princípio da igualdade material há de realizar exatamente isso. E o que o Estado faz é oferecer um registro para nossa identificação sócio-jurídica, como aqui já foi muitas vezes dito. Não se respeita a honra de alguém se não se respeita a imagem do que ele é e se não há coerência entre a essência e a aparência. E ter de viver segundo a aparência que o outro impõe é uma forma permanente de sofrimento.

Adotei como fundamentos jurídicos o direito à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, como posto nos documentos internacionais, especialmente no Pacto de São José da Costa Rica, que garante o direito ao nome, em seu art. 18, à personalidade, à liberdade pessoal; e na doutrina, que, aqui, já foi tantas vezes exposta e manifestada. Este Supremo Tribunal Federal tem precedentes nessa matéria específica, no recurso extraordinário, e nos votos que já foram até aqui tomados.

Acompanho o voto do Ministro Relator no sentido de julgar procedente a ação para dar interpretação conforme à Constituição e aos pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, e para reconhecer aos transgêneros, que assim desejarem - porque ser um exercício de liberdade, independente da cirurgia - e nesse ponto há unanimidade -, a possibilidade de realização de tratamentos.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio quanto à necessidade de se ir a juízo buscar, ainda que na jurisdição voluntária, o dado necessário para que esse registro se altere. Divirjo de Vossa Excelência nesse ponto e também nos requisitos, os quais não são necessários, também como posto e bem explicitado no voto do Ministro Fachin, em todas as achegas trazidas e no voto do Ministro Celso de Mello.

01/03/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República objetivando dar interpretação ao art. 58 da Lei n. 6.015/1973 (alterado pela Lei n. 9.708/1998), conforme à Constituição da República, *“reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização”*.

Tem-se na norma impugnada:

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998).

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público (alterada pela Lei n. 9.807, de 1999)”.

2. A autora sustenta que *“o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e sexo, correspondente à sua identidade de gênero, importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade e da privacidade (art. 5º, caput, e X)”*.

Afirma que *“impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e*

ADI 4275 / DF

privados”.

3. Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

4. O Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido, *“desde que a retificação do registro público não implique na eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores”.*

5. A Câmara dos Deputados afirmou não ter informações a prestar.

6. O Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido. Afirmou parecer mais razoável *“viabilizar a alteração do prenome e do sexo civil tão somente aos transexuais redesignados, caso em que se preservam equilibradamente interesses públicos e privados”* e que essa possibilidade já está contemplada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos. Asseverou, ainda, a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

7. Foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal de Psicologia; o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual/GADvS; a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais/ABGLT; o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/CLAM; o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos/LIDIS; o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM e a Defensoria Pública da União/DPU.

8. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação, pois o dispositivo legal não disciplinaria a questão suscitada pela autora, que teria admitido não haver lei regulamentando especificamente o assunto. Se conhecida, posicionou-se pela parcial procedência da ação:

“Constitucional. Pedido de concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, para que se reconheça aos

ADI 4275 / DF

transexuais o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Preliminar. Inviabilidade de interpretação conforme que configure violência à literalidade do texto legal e ao significado que o legislador pretendeu conferir-lhe. Mérito. Constitucionalidade do direito à alteração do prenome e do sexo civil extensível aos transexuais que assim se qualifiquem em conformidade com os critérios dispostos pelo Conselho Federal de Medicina, desde que sejam mantidos no registro civil os dados anteriores à mudança. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido”.

9. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação, nos termos da petição inicial.

10. Busca-se, na espécie, dar máxima efetividade à norma escrita na realização de princípios constitucionais centrais de nosso ordenamento, observada a cláusula de abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais, disposta no § 2º do art. 5º de nossa Constituição, pelo que conheço da ação.

11. O gênero, diferentemente da morfologia sexual, é, antes de tudo, um elemento de identificação cultural. E cultura é expressão da vivência humana comunitária, que a Constituição quer agregante, não excludente.

Como enfatizei no julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental¹ n. 132, pela qual reconhecida a

1 Tem-se na ementa daquele julgado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2.

ADI 4275 / DF

constitucionalidade das uniões homoafetivas:

“a discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, inc. III)”.

Naquele precedente foi decidido:

“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (ADPF n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.10.2011).

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. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea” (ADPF n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.10.2011).

ADI 4275 / DF

12. O indivíduo transexual alinha-se ao subgrupo da comunidade transgênera. Nas palavras de Rodrigo Bernardes Dias:

“Transgêneros, termo ‘guarda chuva’ que, na lição de Suiama, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestir, cross dressers masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.

Em suma, são indivíduos nos quais a identidade de gênero não apresenta congruência com seu sexo biológico, observada na maioria dos indivíduos.

Progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis, complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.

Dentre os transgêneros, os transexuais, os travestis são definidos pela prática médica.

Nesse sentido, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, em seu item F64.0, sob o Título Transtornos da identidade sexual, define o Transexualismo como ‘um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado’. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.955/10 autoriza as cirurgias de transgenitalização como tratamento nos casos de transexualismo e o define como o desconforto com o sexo anatômico natural, com o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto” (DIAS, Rodrigo

ADI 4275 / DF

Bernardes. *Estado, sexo e direito*. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332).

Estima-se², atualmente, uma população de 25 milhões de transgêneros no mundo (0.3 a 0.5% da população global), em múltiplas conformações culturais (*hijra*, na Índia; *waria* na Indonésia; *muxé*, no México; *fa'afafine* em Samoa; *kathoey* na Tailândia e mesmo *dois espíritos*, pelos indígenas norte americanos). Pessoas por vezes reconhecidas, cultural e legalmente, afirmam-se pertencentes a um terceiro gênero, em Países como Austrália, Bangladesh, Alemanha, Índia, Irlanda, Nepal e Paquistão³.

A título de exemplo, em 2014, a imprensa mundial repercutiu o reconhecimento, pela Suprema Corte da Índia, do nominado terceiro gênero “*não como uma questão social ou médica, mas de direitos humanos*”, na palavras do juiz K S Radhakrishnan:

“Os transgênero são cidadãos deste país e têm direito à educação e a todos os outros direitos”, declarou Radhakrishnan, o juiz principal dos dois que presidiram o caso.

As pessoas transgênero e os eunucos vivem à margem da sociedade indiana, tradicionalmente conservadora, e com frequência são obrigados a recorrer à prostituição, à mendicância e ou a empregos muito precários para sobreviver.

Na Índia, grande parte deles forma a comunidade dos “hijras”, que são encarados com uma mistura de temor e respeito.

O recurso à Suprema Corte havia sido apresentado em 2012 por um grupo de pessoas, entre elas um conhecido eunuco e ativista, Laxmi Narayan Tripathi, para exigir direitos igualitários para a

2 Winter S, Diamond M, Green J, Karasic D, Reed T, Whittle S, et al. Transgender people: health at the margins of society. *Lancet*. 2016 Jul 23;388(10042):390–400. doi: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00683-8](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00683-8) PMID: 27323925

3 HANA, Tommy; KHOSLA, Rajat; PEGA, Frank; SAY, Lale; THOMAS, Rebekah; VERSTER, Annette. *Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people*. Boletim da Organização Mundial de Saúde. 2017, vol. 95; p. 154. <Disponível em:<http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf?ua=1>> Acesso em 7.4.2017.

ADI 4275 / DF

*população transgênero aos olhos da lei*⁴.

Assim também na Alemanha, onde, por força de lei vigente desde 1º de novembro de 2013, se permite o registro de crianças com a indefinição do sexo:

“Essa mudança é uma opção para pais de bebês hermafroditas, que nascem fisicamente com ambos os sexos.

A nova legislação abre a possibilidade de a criança, ao se tornar adulta, escolher posteriormente se prefere ser definida como homem ou mulher. Ou mesmo seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida. (...)

A nova lei é amparada em uma decisão do tribunal constitucional alemão que estabeleceu que pessoas que se sentem profundamente identificadas com um determinado gênero têm o direito de escolher seu sexo legalmente.

Outro assunto ainda a ser definido é matrimônio. A lei alemã só permite atualmente casamentos entre homens e mulheres, o que não contempla pessoas de gêneros indefinidos.

Poucos países no mundo possuem legislações sobre terceiro sexo. A Austrália aprovou uma lei há seis semanas, mas desde 2011 os australianos já têm o direito de identificar-se com o sexo “X” no passaporte. Na Nova Zelândia, isso é possível desde 2012.

O correspondente da BBC na Alemanha, Demian McGuinness, afirma que ainda há outros pontos em aberto. No caso de uma pessoa de sexo indefinido ser presa, em qual presídio ela seria detida?

O grupo de direitos de pessoas transgêneros Transgender Europe vê avanços na legislação alemã, mas reivindica mais mudanças.

*“É [uma mudança] lógica, mas não é uma lei tão progressista como gostaríamos que fosse”, disse Richad Köhler, do Transgender Europe. Ele diz que a lei só contempla bebês que tiveram diagnóstico médico de hermafroditismo*⁵.

4 G1. 15.4.2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/suprema-corte-da-india-reconhece-existencia-de-terceiro-genero.html>. Acesso em 10.4.2017.

5 BBC Brasil. 20.8.2013. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceirosexo_dg, Acesso em: 10.4.2017.

ADI 4275 / DF

Nesse delicado contexto, a Organização Mundial da Saúde tem avançado para uma aproximação humanística dessas comunidades (*“person-centred aproach”*), cogitando alterar a classificação da identidade transgênero de distúrbio mental⁶ (CID) para *“condições relativas à saúde sexual”*.

A preocupação da OMS muda, portanto, de foco centrando-se não mais no fenômeno da transexualidade entendida como um estágio de conformação do ser, mas na pesada carga de doenças mentais, sexuais e reprodutivas, desproporcionalmente suportadas por essas populações, em decorrência de estigmas perversos, séculos de marginalização e privação a serviços básicos de saúde.

Sofrimento fomentado essencialmente pela discriminação histórica, ancorada no atraso do não reconhecimento da identidade de gênero em desacordo com o sexo anatômico⁷:

“A primeira virada está na proposta de revisão da 11ª edição da classificação internacional e estatística de doenças e problemas de saúde (CID-11). Países usam o CID para definir a elegibilidade e o

6 *“ Organização Mundial da Saúde (OMS) está avançando no caminho para remover a classificação de identidade transgênero como um distúrbio mental em sua lista de doenças, com um empurrãozinho de um novo estudo que pressiona a mudança da antiga designação. A mudança que até agora tem a aprovação de cada comitê pelo qual passou está em revisão para o próximo manual da OMS, que influencia o tratamento das pessoas em todo o mundo. “A intenção é reduzir as barreiras com o cuidado”, diz Geoffrey Reed, psicólogo que está coordenando o grupo que discute transtornos de saúde mental e de comportamento para a nova publicação, que deve ser lançada em maio de 2018. A medida, de acordo com profissionais de saúde, deve ter impacto na aceitação por parte da sociedade e na luta por direitos dessas pessoas. Mas muitos dos defensores dos direitos desse grupo acreditam que é importante manter a identidade transgênero na lista de doenças porque a designação é usada para cobertura de planos de saúde e para obter dinheiro para pesquisa” (Disponível em: folha.online.com) .*

7 HANA, Tommy; KHOSLA, Rajat; PEGA, Frank; SAY, Lale; THOMAS, Rebekah; VERSTER, Annette. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. Boletim da Organização Mundial de Saúde. 2017, vol. 95; p. 154. Tradução livre. <Disponível em: <http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf?ua=1>> Acesso em 7.4.2017.

ADI 4275 / DF

*acesso a serviços de saúde e como base para a conceitualização das condições de saúde, tratamentos e resultados. As autoridades de saúde igualmente se utilizam do CID para facilitar a coleta de dados que guiarão políticas e programas de saúde. Sob essa proposta de alteração do CID-11 pelo grupo de trabalho, as identidades transgêneras não mais seriam classificadas em 'transexualismo', sob a categorização 'saúde e desordens mentais' mas como 'incongruência de gênero na adolescência e idade adulta' sob a categoria 'condições relativas à saúde sexual'. Dessa propositura de reclassificação espera-se reduzir a estigmatização das pessoas transgêneras enquanto doentes, aprimorando-se a via pela qual a saúde transgênera deve ser entendida, mensurada e conduzida. A reclassificação afetaria ainda, de modo positivo e amplo, a visão da sociedade quanto à identidade de gênero"*⁸ (HANA, Tommy; KHOSLA, Rajat; PEGA, Frank; SAY, Lale; THOMAS, Rebekah; VERSTER, Annette. Ensuring an inclusive global health agenda for transgender people. Boletim da Organização Mundial de Saúde. 2017, vol. 95; p. 154, tradução livre. <Disponível em:<http://www.who.int/bulletin/volumes/95/2/16-183913.pdf?ua=1>> Acesso em 7.4.2017).

8 *"Although the political debate on transgender people continues to be highly polarized, three major shifts are underway at the World Health Organization (WHO) that should contribute to tackling these challenges. These shifts are the proposed changes to relevant sections of the 11th edition of the International statistical classification of diseases and related health problems (ICD-11); the adoption of a person-centred approach to transgender people's health; and a shift towards an equity- and rights-based approach to the health of transgender people. The first shift is the proposed revision of the ICD. Countries use the ICD to define eligibility and access to health services and as a basis for conceptualizing health conditions, treatments and outcomes. Health officials also use the ICD to facilitate the collection of data that guides policy and programme decisions. Under current proposals to the ICD-11 working group, transgender identities would no longer be classified as "Transsexualism" under the category of "Mental health and disorders" but would be classified as "Gender incongruence of adolescence and adulthood" under the category of "Conditions related to sexual health". The proposed reclassification is expected to reduce the perception of illness and stigmatization of transgender people, and to lead the way for improvements in such course that transgender health can be understood, measured and addressed. The reclassification is also likely to positively affect how gender identity is viewed by society more broadly".*

ADI 4275 / DF

13. A equalização do gênero à *psique* da pessoa independe da transgenitalização cirúrgica, cujos efeitos e riscos à saúde se veem advertidos nos autos, por exemplo, do Recurso Extraordinário n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli, no qual discutida matéria idêntica (e cujo julgamento se conjuga ao presente):

“Observe-se que no caso, temos uma pessoa que é homem, mas que nasceu em um corpo de mulher.

Por isso, no caso, a cirurgia a que o apelante deveria se submeter para ‘convencer’ o juiz, seria para a construção do pênis – a chamada ‘neofaloplastia’.

Contudo, trata-se de cirurgia experimental, e de duvidosos resultados.

A esse respeito, transcrevo considerações do pesquisador Gerald Ramsey (in ‘Transexuais – Perguntas e Respostas’, editora GLS), contidas em material trazido aos autos pela parte apelante:

‘A ‘faloplastia’ é o termo cirúrgico para a modelagem ou formação de um novo pênis (...) Não encontrei relatos de construções de neofalos em que a função de ereção se parecesse com a função própria de um pênis congênito. No pênis congênito, a turgescência, rigidez e elevação do falo é resultado do tecido erétil que se enche de sangue. Contudo, o neofalo pode ser funcionalmente enrijecido por meio de vários artifícios internos e externos. Infelizmente, houve relatos de uma tendência por parte de implantes rígidos para a erosão e a extrusão. Implantes rígidos podem ainda ser uma fonte de embaraço na medida em que o novo pênis fica permanentemente ereto. Com implantes protéticos há uma alta incidência de falha mecânica (...) Com a faloplastia em geral foram relatados vários problemas. Além dos riscos cirúrgicos normais, tais como os relacionados à anestesia e a infecções, o transexual confronta-se com muitos outros riscos. A lista que se segue é incompleta, mas representativa de potenciais complicações: - espasmos vesiciais (hage, de Graf, van den Hoek e Bloem, 1993) – estenose do meato – estreitamento de uma passagem (idibem); - incontinência urinária (Fitzpatrick, Szierzewski e McGuire, 1993) – colite (Toolenaar, Freundt, Huikeshoven, Drogendijk, Jeekl e Chadha-Ajwani, 1993); - fístulas – deformidades das estruturas que ligam os órgãos ou, no caso

ADI 4275 / DF

de micção, que ligam um órgão interno com o meio externo (Hage, de Graaf, Bouman e Bloem, 1993) – necrose do neofalo – isto resulta na perda ou morte literal do pênis” (acórdão recorrido, fls. 165-166).

No ponto, como realçado pelo Relator daquele caso, no Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul se reconheceu que a masculinidade não se consubstancia ou reduz ao sexo anatômico. Menos ainda se substitui às intrincadas vias da autodeterminação sexual:

“Pense-se, por exemplo, em alguém que tenha tido ou sofrido um acidente ou uma doença, que tenha resultado em perda do pênis (certos tipos de câncer no pênis, por exemplo, podem levar a isso).

Nem por isso se haverá de pensar que, pela perda do pênis em função do acidente ou da doença, a pessoa deixou de ser homem” (acórdão recorrido no RE n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli, fl. 167).

14. A identificação da “*pessoa natural*” segundo sua *genitalidade*, conquanto traduza, no atual estágio civilizatório, elemento naturalístico preponderante, cultural e consensual entre os povos, não esgota, contém, ou minimamente espelha a complexidade da “*pessoa humana*”, que deve ser reconhecida segundo sua *dignidade*.

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da Constituição da República de 1988) como pedra angular do sistema, baliza mestra para a edificação do Estado e suas instituições políticas.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“Tanto a concepção de dignidade da pessoa humana quanto o próprio jusnaturalismo passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto, teorização que influenciou ou

ADI 4275 / DF

profundamente o pensamento subsequente, mas também deitou raízes no constitucionalismo contemporâneo, apesar da inserção de importantes contribuições de outros autores, como é o caso de Hegel, especialmente naquilo em que aponta para a circunstância de que a dignidade também é uma qualidade a ser conquistada. De qualquer sorte, vinculada à noção de liberdade e de direitos inerentes à natureza (racional) humana, a dignidade passou a ser gradativamente reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto constitucional quanto internacional, assumindo, no que parece existir considerável dose de consenso, a condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e ‘ponto de Arquimedes’ do Estado Constitucional (Haverkate), muitas vezes mesmo sem que tenha havido previsão expressa quanto ao seu reconhecimento como valor e princípio fundamental, como precisamente bem ilustra a evolução constitucional brasileira, onde apenas em 1988 a dignidade da pessoa humana veio a ser expressamente referida – e com o merecido destaque – no texto constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang, Art. 1º, inc. III; In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.); Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina; 2014. p. 121).

15. Esse princípio também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948):

“PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam

ADI 4275 / DF

protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Tem-se no § 2º do art. 5º de nossa Constituição⁹, “cláusula de abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um

⁹ Art. 5º, § 2º - “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

ADI 4275 / DF

*sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais segundo o qual*¹⁰.

16. É nessa afirmação constitucional que a transexualidade se apresenta não mais como objeto de exame mas como coloração a mais do humano, do que tem de indomável e exuberante. Do que jamais se reduziria a veredictos clínicos ou ao olhar de mera condescendência.

Daí os mencionados esforços da Organização Mundial de Saúde em alterar a classificação de “doença”, para “condição”, sob o signo de “incongruência de gênero na adolescência e idade adulta”, categorizada em “condições relativas à saúde sexual”.

17. A linha mestra do direito contemporâneo, que reveste o homem de cidadania, garante-lhe a liberdade para tornar-se *o que é*, e não para ser o que *aparenta* ou o que *querem que seja*.

Na espécie, é o que se concretiza pela garantia do registro civil de prenome e sexo condignos à sua identidade de gênero, científica e judicialmente reconhecida. A identidade que lhe integra os direitos inalienáveis da personalidade, a partir de de seu íntimo, projetam-se à sua comunidade, a seus afetos, desde a família de origem até a família que origina.

18. Em 19.11.2015, este Supremo Tribunal iniciou a discussão do tema, no julgamento, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário n. 845.779, relator o Ministro Roberto Barroso.

Analisava-se, na espécie, ação de indenização por danos morais ajuizada por transgênero, alegadamente vítima de discriminação quando impedida de utilizar-se de banheiro feminino.

No centro da discussão, o direito de pessoa nascida com sexo

10 SARLET, Ingo Wolfgang, Art. 1º, inc. III; In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.); Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina; 2014. p. 517.

ADI 4275 / DF

masculino, ser publicamente tratada por mulher, gênero de sua identificação psíquica.

Iniciado o julgamento, atualmente interrompido pelo pedido de vista do Ministro Luiz Fux, votaram pelo provimento do recurso e decorrente indenização por danos morais, o Ministro Relator (Roberto Barroso) e Edson Fachin.

Tem-se no voto do Ministro Edson Fachin (liberado para publicação) fundamento de garantia da autodeterminação de gênero e seu consectários jurídicos (uso de banheiro público e adequado tratamento social) exatamente à luz do princípio *da dignidade da pessoa (inc. III do art. 1º), da igualdade material* (caput do art. 5º) e da não discriminação:

“O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring - TMM - Project) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.

14. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos”. (...)

À luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo e da triste realidade a que se submetem não apenas as mulheres transexuais, mas também os homens transexuais, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB). (...)

A Constituição em seu art. 5º, caput, estabelece a inviolabilidade

ADI 4275 / DF

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto" (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314). (...)

Como recentemente frisado pelo Min. Gilmar Mendes neste Plenário, as cláusulas constitucionais, à luz do próprio princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais, se veem robustecidas em sua especificidade, à luz do direito internacional, o que inclusive dá concretude à compreensão há muito afirmada em sede doutrinária de sua universalidade.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

ADI 4275 / DF

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 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”

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

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

No ponto, apontou Sua Excelência a gravosa antijuridicidade na exigência da transgenitalização cirúrgica como condição à redefinição do gênero:

“Perceba-se desde logo que não se afiguraria correto, em meu sentir, condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de eventual cirurgia de redesignação, pois isso repercutiria como uma segunda e grave violação a também ensejar dano moral.

Colho aqui as importantes lições de Camila de Jesus Mello Gonçalves, construídas em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do professor Celso Lafer e

ADI 4275 / DF

agora publicadas em livro:

"Argumentos favoráveis a admitir o direito à identidade sexual do transexual não operado podem ser alinhavados, com vistas a evitar o aprofundamento de seu constrangimento e de sua dor, pela imposição de uma cirurgia que seria sentida como uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico.

Em tal circunstância, exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre a sua aparência e a sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero e identificação. (...)

*Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício de liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em uma segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física de quem já sentia discriminado por conta da identidade de gênero". (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 218) (...)*

*Conclui a autora, ressaltando que na cultura ocidental os órgãos sexuais referem-se à dimensão privada da identidade ("partes íntimas"), que há, portanto, na segunda perspectiva, fundamentos aptos à admissão da identidade de gênero independente da anatomia do sexo (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 219-221).*

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada. (...)

ADI 4275 / DF

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem "(...) ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social". E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

"A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, conseqüentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual" (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23)".

19. Sujeitar pessoa com prenome masculino ao registro do sexo oposto (ou vice-versa) importaria não apenas em insegurança jurídica, mas em inaceitáveis sofrimento e constrangimento, em afrontosa contrariedade aos direitos de sua personalidade.

Como anotado pelo Desembargador Relator, no Tribunal de Justiça gaúcho, no Recurso Extraordinário n. 670.422, *"do ponto de vista lógico-jurídico não é admissível manter no registro o gênero feminino para alguém de prenome tão claramente masculino, o que resta, por aqui e por agora, é fazer a adequação final"*.

20. Retornando ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou a *"proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no*

ADI 4275 / DF

plano da orientação sexual de cada qual deles”.

Naquela assentada, reafirmei lição na qual, *“contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais”*. E, projetando a visão jurídica desse constante aprimoramento humano, ponderei:

“Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem.

Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano” (ADPF n. 132).

Anotei ainda:

“É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. (...)

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.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma

ADI 4275 / DF

Constituição democrática.

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.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um” (ADPF n. 132).

21. Na espécie, retorna a este Supremo Tribunal a discussão quanto ao mais elementar no humano: a prerrogativa de reconhecer-se segundo saudáveis convicções íntimas e de ser reconhecido como tal. Asseverou o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, no Recurso Extraordinário n. 845.779:

“(...) o reconhecimento público do gênero que as pessoas transexuais designam para si mesmas é essencial para reconhecê-las

ADI 4275 / DF

como humanas, dignas de respeito e consideração pela sua forma particular de estar no mundo. Parte desse reconhecimento inclui a necessidade de permitir às pessoas transexuais a vivência do gênero declarado sem necessidade de comprovar processo de redesignação corporal. A experiência do gênero diversa da sexagem feita no nascimento é uma das várias formas de se viver o corpo e o gênero, e o impedimento à sua expressão constitui prática discriminatória e violação de direitos fundamentais”.

22. Assentadas essas premissas, questiona-se a necessidade de assentamento, no registro civil, da condição de transexualidade ou da manutenção dos dados anteriores, indicativos da transição de gênero, o que resguardaria o princípio da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

A alegação, contudo, carece de suficiente envergadura constitucional considerada a inviolabilidade dos direitos fundamentais ponderados, conformadores da personalidade humana.

23. A identidade de gênero não pode espelhar o único critério da anatomia desconsiderando a vida psíquica do indivíduo. A pessoa vive e convive com outros, apresentando-se e sendo socialmente reconhecida. Como enfatizou a Procuradoria-Geral da República no Recurso Extraordinário n. 670.422 (julgamento conjunto):

“A inclusão do termo transexual no registro do recorrente não retrata a verdade sexual psicológica, além de embaraçar o exercício da liberdade e a aquisição da identidade plena, mantendo o recorrente em inaceitável situação de angústia e incerteza, situação violadora da dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal” (RE n. 670.422, Relator o Ministro Dias Toffoli, parecer fl. 232).

24. Note-se que, nos registro de filiação por adoção¹¹, vínculo

11 Lei n. 8.069/90. Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

ADI 4275 / DF

jurídico constituído por sentença judicial que, na forma do § 6º do art. 227 da Constituição, impõe seu assentamento sem “nenhuma observação sobre a origem do ato”, que não constará das certidões do registro:

“Nessa perspectiva, a Constituição consagrou, em seus artigos 226 e 227, essa nova significação da família, centrada no afeto como valor preponderante, inclusive no que tange ao reconhecimento e estabelecimento da paternidade.

E é nessa conjuntura que o instituto da adoção ganha relevo, ao deixar de se assemelhar a um favor ou caridade a um menor, para, efetivamente, estabelecer laços de paternidade irrenunciáveis, com a equiparação entre filhos biológicos e filhos adotivos para quaisquer fins: ‘Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos’ (VENCELAU, Rose Melo. O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44-45)”.

O que a lei e a jurisprudência deste Supremo Tribunal garantem à pessoa adotada (art. 48¹² da Lei n. 8.069/1990) o direito à verdade biológica, o que tampouco se vincula à genitalidade, mas à investigação genética (teste de DNA), mesmo para fins patrimoniais. Nesse sentido, o julgado do Recurso Extraordinário n. 898.060:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de

(...) § 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

12 Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

ADI 4275 / DF

filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016” (RE n. 898.060, Relator o Ministro Luiz Fux, acórdão pendente de publicação).

25. Impõe-se, assim, a alteração do registro civil segundo a identidade de gênero, sem anotação da condição transexual, pela inviolabilidade constitucional do direito à personalidade, à luz do princípio da dignidade da pessoa (inc. III do art. 1º), da solidariedade e não discriminação (inc. I do art. 3º), da igualdade material (*caput* do art. 5º), e da universalidade dos direitos fundamentais.

26. Pelo exposto, e na esteira da divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, **voto no sentido de julgar procedente o pedido** para, interpretando o art. 58 da Lei n. 6.015/1973, conforme à Constituição, assegurar “à pessoa humana, na condição de transgênero, a alteração do prenome e do sexo originariamente lançados no registro civil de nascimento, segundo aqueles com os quais se identifica, por autodeclaração, na via administrativa (cartorária), independentemente de prévia autorização judicial”.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : GISELE ALESSANDRA SHIMIDT E SILVA (74812/PR)

AM. CURIAE. : LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS-LIDIS

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS - CLAM

ADV.(A/S) : DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO (00073032/RJ)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONCA NEIVA (15682/DF)

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

ADV.(A/S) : GUSTAVO ZORTEA DA SILVA (33863/DF)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dr^a. Maria Berenice Dias; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dr^a. Gisele Alessandra Schmidt e Silva; pelos *amici curiae* Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero Políticas e Direitos - LIDIS e Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, o Dr. Wallace Corbo. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.6.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator),

julgando parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/1973, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, divergindo em parte do Relator, e o voto do Ministro Edson Fachin, julgando procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 28.2.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO.(A/S)	: EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA
ADV.(A/S)	: GILBERTO KANDA

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA GRÁVIDA À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO INDEPENDENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA. DIREITO À IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE REPRODUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

1) O teste de aptidão física para a candidata gestante pode ser remarcado, posto direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira.

2) A remarcação do teste de aptidão física, como único meio possível de viabilizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame, estende-lhe oportunidades de vida que se descortinam para outros, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos.

3) O princípio da isonomia se resguarda, ainda, por a candidata ter de, superado o estado gravídico, comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima.

4) A família, mercê de ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), sendo certo que a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial tutela no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

RE 1058333 / PR

5) O direito à saúde, tutelado expressamente no artigo 6º, requer uma especial proteção no presente caso, vez que a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional pode por em risco a saúde da gestante ou mesmo do bebê.

6) O constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento familiar (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

7) A ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I), como corolário do princípio da isonomia, da participação política e o da eficiência administrativa.

8) A remarcação do teste de aptidão física realiza com efetividade os postulados constitucionais, atingindo os melhores resultados com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais candidatos, sem descuidar do cânone da impessoalidade.

9) A continuidade do concurso em geral, com reserva de vagas em quantidade correspondente ao número de candidatas gestantes, permite que Administração Pública gerencial desde logo supra sua deficiência de contingente profissional, escopo último do concurso, assim como permite que os candidatos aprovados possam ser desde logo nomeados e empossados, respeitada a ordem de classificação.

10) O adiamento fundamentado na condição gestatória se estende pelo período necessário para superação da condição, cujas condições e prazos devem ser determinados pela Administração Pública, preferencialmente em edital, resguardada a discricionariedade do administrador público e o princípio da vinculação às cláusulas editalícias.

11) A inexistência de previsão em edital do direito à remarcação, como no presente caso, não afasta o direito da candidata gestante, vez que fundado em valores constitucionais maiores cuja juridicidade se irradia por todo o ordenamento jurídico. Por essa mesma razão, ainda

RE 1058333 / PR

que houvesse previsão expressa em sentido contrário, assegurado estaria o direito à remarcação do teste de aptidão para a candidata gestante.

12) A mera previsão em edital do requisito criado pelo administrador público não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade.

13) A gravidez não se insere na categoria de “problema temporário de saúde” de que trata o Tema 335 de Repercussão Geral. É que a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada, por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar.

14) Nego provimento ao recurso, para fixar a tese de que “*É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata aprovada nas provas escritas que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público*”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 973 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por unanimidade, fixou-se a seguinte tese: “*É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público*”. Não participaram, justificadamente, da votação da tese, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 21 de novembro de 2018.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO.(A/S)	: EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA
ADV.(A/S)	: GILBERTO KANDA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, manejado pelo Estado do Paraná, com arrimo no artigo 102, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que assentou, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO N.º 40 DAS 4ª. E 5ª. CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.” (Fls. 27-28)

RE 1058333 / PR

Noticiam os autos que Eveline Bonfim Fenilli Spinola, ora recorrida, impetrou mandado de segurança visando assegurar sua continuidade no concurso da Polícia Militar do Paraná (Edital 110712012). Concedida definitivamente a segurança pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública, ficou mantida a reserva de vaga para proceder à realização do exame físico em momento posterior à sua gravidez.

O recorrente interpôs o cabível recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela reforma do julgado. Asseverou, na oportunidade, que o pedido da autora violou a igualdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, bem como o item 20.2 do edital, o qual estabelece que *"Não haverá segunda chamada para qualquer fase do certame seja qual for o motivo da ausência do candidato, nem serão aplicadas provas em locais ou horários diversos dos estipulados em Editais de Convocação"*. Alegou, ainda, que a reserva de vaga viola o princípio da continuidade do Serviço Público.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, negou provimento ao recurso e manteve a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto e sua fundamentação. O Tribunal *a quo*, então, consignou:

"No caso sob apreciação, dúvida não há de que a impetrante, ora apelada, teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o Edital n.º 1107/2012, nos itens 15.6 e 20.1, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer no exame, verbis:

'[...] 15.6. Não será marcada nova data para a realização do TSF para candidatos impossibilitados, mesmo que temporariamente, para a sua realização.

[...] 20.1. Será eliminado do Processo Seletivo, além dos outros casos expressamente previstos no presente Edital, o candidato que:

(...) b) faltar ou chegar atrasado para a realização de

RE 1058333 / PR

qualquer prova, teste ou exame, ou não atender a chamada para a realização de qualquer um dos testes;'

Encampando estas regras editalícias, o Enunciado n.º 40 das 4ª e 5ª. Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estabelece que, 'Em concurso público inexistente direito de candidatos, em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo casos excepcionalíssimos e contrária disposição editalícia'.

Ocorre que a condição gestacional da impetrante enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data.

Veja-se que o apelante possuía ciência da condição gestacional, conforme requerimento solicitado pela candidata no mov. 1.5, respondido no mov. 1.6, de modo que tanto na via administrativa como na judicial era possível refutar a veracidade do laudo.

Nesse passo, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, mostrando-se a declaração médica juntada no mov. 1.4 do caderno processual como prova documental idônea que demonstra, a contento, a gravidez na vigésima quarta semana, fato que impedia que a candidata se submetesse a esforço físico no exame.

Além disso, a condição especial da apelada não deve ser interpretada em seu desfavor.

Isso porque, a Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu artigo 6º., bem como preceitua, no § 7º. do artigo 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferência externas.

Por oportuno, anote-se que em casos análogos, envolvendo a impossibilidade de candidata gestante participar de exame físico em concurso público, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez trata-se de caso de força maior." (Fls. 31-33)

Os embargos de declaração opostos foram desprovidos (fls. 51-57).
Irresignado, o Estado do Paraná interpôs Recurso Extraordinário (fls.

RE 1058333 / PR

63-69). Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 5º, *caput*, 6º, 37 e 226, § 7º, da Constituição Federal. Alega que o acórdão recorrido permitiu à recorrida realizar o exame de capacidade física do concurso da Polícia Militar em momento posterior à sua gravidez, o que contraria o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 630.733, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tema 335 da Repercussão Geral.

Instada a se manifestar, a recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar suas contrarrazões (certidão de fl. 71-verso).

Em primeiro exame de admissibilidade, a Vice-Presidência do Tribunal de origem determinou o retorno dos autos à Câmara julgadora para a apreciação da controvérsia à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Tema 335 da Repercussão Geral.

Em juízo negativo de retratação, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a decisão anteriormente proferida, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. CONCURSO PÚBLICO. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 630.733/DF, QUE NÃO DESTOA DO ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR, VEZ QUE NÃO É POSSÍVEL EQUIPARAR GRAVIDEZ À DOENÇA. PREMISSAS FÁTICAS DIVERSAS. HIPÓTESE ORA RETRATA

RE 1058333 / PR

QUE O EDITAL NÃO REGULAMENTA O TEMA NO TOCANTE À GESTANTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO REALIZADO.” (Fl. 82)

Em novo exame de admissibilidade, a Vice-Presidência do Tribunal *a quo*, considerando o teor da decisão supracitada, proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

Em sequência, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, submeti-o ao Plenário Virtual (Tema 973). Por unanimidade, a repercussão geral do tema constitucional foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

(RE 1.058.333 RG, Relator Min. Luiz Fux, Dje 10/11/2017)

Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, tendo em vista a igualdade de gênero e proteção à família. Confira-se a respectiva ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO DA PROVA. REALIZAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE REPRODUTIVA. PROTEÇÃO À

RE 1058333 / PR

FAMÍLIA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Não se pode confundir o direito da candidata gestante à remarcação da prova física em concurso público com o direito de adiamento da prova por motivos diversos, em razão da essencialidade do tema em debate, bem como da necessidade de se igualar materialmente a mulher e o homem nos certames públicos. 2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

É o relatório.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que manteve sentença concessiva de segurança em ação mandamental.

Sob o fundamento de proteção à gravidez, à maternidade e ao livre planejamento familiar, bem como do princípio da isonomia, o tribunal *a quo* admitiu que candidata ao cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, grávida de vinte e quatro semanas, pudesse realizar o teste de aptidão física após superado o estado gravídico. A fim de efetivar a tutela jurisdicional, determinou-se a reserva da vaga para posterior nomeação da candidata, caso obtivesse êxito no teste, ou de outro candidato aprovado, respeitada a ordem classificatória.

A controvérsia *sub examine* consiste em saber, à luz dos arts. 1º, III, 5º, I e II e 37, I e II, da Constituição da República, se a gravidez é fundamento idôneo para legitimar a remarcação de teste de aptidão física de candidata impossibilitada de realizá-lo na data originalmente prevista, ainda que não haja expressa previsão no edital do concurso público.

Sob o enfoque preliminar da admissibilidade recursal, consigno o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além repercussão geral da matéria, já reconhecida por esta Corte.

RE 1058333 / PR**O CASO CONCRETO**

Consta nos autos que a recorrida participou do concurso público objeto do Edital nº 1107/2012, visando alcançar o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná. Assim, tendo sido aprovada na prova objetiva, foi convocada para submeter-se ao exame físico.

Considerando seu estado de saúde debilitado em razão de se encontrar em estado gestacional, requereu administrativamente a remarcação do teste, tendo seu pleito indeferido. Diante disso, discorrendo acerca do direito que entende ampará-la na espécie, impetrou mandado de segurança nos seguintes termos:

“a) seja concedida a ordem em favor da impetrante, deferindo-se a segurança liminarmente, inaudita altera parte, em razão da ofensa ao direito líquido e certo, e pela configuração inequívoca do perigo da demora; garantindo a Impetrante sua continuidade no concurso público para o preenchimento de vagas para Soldado da Polícia Militar, embora esteja temporariamente inapta à realização do Exame e Capacidade Física, em razão do comprovado estado de gravidez, e ainda, designe data posterior ao período gestacional para a realização da 2ª fase do concurso, respeitando o prazo de 180 dias após o parto; b) ao final, seja definitivamente concedida a ordem em favor da impetrante confirmando a liminar que imperiosamente deve ser deferida, sendo julgado procedente o Mandado de Segurança; (...)” (fl.10).

Concedida a segurança, foi assegurado à impetrante, ora recorrida, sua continuidade no certame público, ficando assim mantida a reserva de vaga, para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame físico.

Contra a decisão proferida, foram interpostos apelação e embargos de declaração do Estado do Paraná, a que a 4ª Vara da Fazenda Pública, por unanimidade de votos, negou provimento, mantendo a sentença que

RE 1058333 / PR

concedeu a ordem. Confira-se a respectiva ementa do acórdão recorrido, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME SEGURANÇA. NECESSÁRIO. CONCURSO MANDADO PÚBLICO DE PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO N.º 40 DAS 4ª . E 58. CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.” (TJPR. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.351.698-6, 4ª Vara de Fazenda Pública. DJe 10.08.2015)

Vê-se, assim, que, tendo sido aprovada na prova objetiva, foi assegurado à recorrida o direito de realizar o exame de capacidade física do concurso da Polícia Militar do Paraná em momento posterior à sua gravidez.

INAPLICABILIDADE DO TEMA 335 DE REPERCUSSÃO GERAL

Reconhecida por este Plenário a repercussão geral da questão posta a exame, sob o Tema 973, insta ilidir o enquadramento no quanto decidido por esta Corte ao julgar o Recurso Extraordinário 630.733, a fim de demonstrar a inaplicabilidade dos argumento ali expostos ao presente caso.

RE 1058333 / PR

À ocasião, esta Suprema Corte assentou entendimento no sentido da inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, ainda que fundadas em motivo de força maior, salvo quando expressamente autorizado no edital. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

“Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 630.733. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/11/2013)

Tal entendimento, assentado no Tema 335 da Repercussão Geral, no entanto, é inaplicável às candidatas gestantes, porquanto trata de hipótese absolutamente diversa da presente. No RE 630.733, tratou-se de caso de remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de *problema temporário de saúde*. Em especial, o candidato portava epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo e a regra editalícia claramente vedava a remarcação do exame para caso de luxação e fratura.

A Instrução Normativa n. 5/2001 ANP/DPF que regulamentava, à época, a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia, estabelecia que *“os casos de alterações orgânicas (estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua*

RE 1058333 / PR

capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”.

Tal hipótese diverge substancialmente do caso sob exame, em que a candidata, ora recorrida, não compareceu ao teste de capacidade física, em razão de sua gravidez de 24 (vinte e quatro) semanas. A diferenciação se fundamenta substancialmente em dois alicerces: as circunstâncias fáticas de cada caso e nos valores constitucionais em conflito.

Mais evidentes, as circunstâncias fáticas do paradigma não se confundem com as do presente caso. É o que deriva de uma interpretação literal do quanto estabelecido no precedente, cuja ementa delimita a hipótese em *“remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde”*. À toda evidência, gravidez não se insere na categoria de *“problema temporário de saúde”*. Em sentido análogo, cite-se o RE 1.065.080, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17/08/2017; o RE 1.015.798 Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16/02/2017; e o ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015, cujo excerto bem sintetiza o ponto, *verbis*:

“Ressalto, inaplicável ao caso a orientação firmada no julgamento do RE 630.733, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado sob a sistemática da repercussão geral, no qual decidiu-se pela impossibilidade de remarcação de teste físico em razão de problema temporário de saúde quando presente vedação expressa no edital.

Com efeito, a hipótese presente versa situação fática distinta, conforme consignado pela Corte de origem, porquanto ‘(...) não há previsão no edital no sentido de que a candidata será eliminada em virtude de gravidez (...)’, tampouco constitui estado de gravidez ‘problema temporário de saúde’.”

(ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015)

A literalidade da ementa demonstra também que, mesmo em relação a circunstâncias pessoais do candidato, as conclusões do RE 630.733 não

RE 1058333 / PR

são tão peremptórias. Como se infere da ementa, concluiu-se que da isonomia “*não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada*”. Em relação ao caso concreto e a hipóteses análogas, de fato o Plenário concluiu descabida a remarcação.

Some-se, ainda, que, ao delimitar o escopo do caso paradigma, o ministro Gilmar Mendes aduziu à existência de previsão editalícia como uma das razões de decidir:

“Há que se ressaltar que a discussão não se restringe à eventual violação do princípio da isonomia pela mera remarcação do teste de aptidão física. In casu, repita-se, há norma editalícia expressa que veda a remarcação em casos de alteração “psicológica e/ou fisiológica temporários (estados menstruais, luxações, fraturas, etc.) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física dos candidatos”.

No presente caso, contudo, a hipótese fática que motiva o pleito da recorrida não encontra qualquer previsão em edital. A remarcação, portanto, não viola o princípio da vinculação ao edital, nem o quanto delimitado pelo administrador contratante. No mesmo sentido, entendeu a ministra Cármen Lúcia, no ARE 901.116, *verbis*:

“7. Na espécie, pela ausência de disposição no Edital do certame sobre as candidatas grávidas, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assegurou à Agravada, aprovada no cargo de soldado de bombeiro militar, o direito de realizar a prova de aptidão física em outra data, por estar ela grávida.

Por ter o Tribunal de origem decidido não haver desrespeito às normas editalícias, o caso em exame se distingue do examinado no Recurso Extraordinário n. 630.733, com repercussão geral reconhecida, no qual haveria vedação expressa em edital a impossibilitar a remarcação de provas, considerando-se circunstâncias pessoais dos candidatos.

Diversamente do que sustenta o Agravante, não afronta o

RE 1058333 / PR

princípio da isonomia entre os candidatos o que decidido pelo Tribunal de origem assegura-o, pois impedir a candidata grávida de prosseguir no certame seria tratar de maneira desigual pessoa em condições peculiares a necessitar de cuidados especiais.

Não há como se ter considerar contrariado o princípio da isonomia, que, conforme assente na doutrina, consiste justamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Tampouco houve afronta aos requisitos exigidos para a admissão em concurso público, por se tratar de situação excepcional, sem previsão nas normas editalícias:

(...)

8. Ressalte-se ter o Tribunal de Justiça decidido que, “no edital do concurso público n. 001/2014, não há previsão específica sobre as candidatas grávidas. Inaplicável aqui o julgamento, com repercussão geral, do RE 630.733-DF (Plenário do Supremo, DJe 20,11,2013)” .

(ARE 901.116, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12/08/2015)

A despeito de as hipóteses diferenciarem-se quanto à previsão editalícia, note-se que a mera previsão em edital do requisito criado pelo administrador público não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. Como já assentei em outra oportunidade, as restrições editalícias para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem respeito aos preceitos constitucionais e legais (RE 898.450, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, DJe 31/05/2017).

A Administração Pública, ainda que lhe incumba a estipulação de diversos requisitos editalícios, não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, mormente quando disso decorre violação a direitos fundamentais e malfere o escopo do certame público, como no presente caso.

A par das circunstâncias fáticas, há, ainda, outras razões que justificam o *distinguishing* entre a gravidez e as “circunstâncias pessoais

RE 1058333 / PR

do candidato”, fato fundamento que serviu de base à *ratio decidendi*.

Há de reconhecer que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato configura “*motivos exclusivamente individuais e particulares*”, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do *homem-social* e do *homem-solidário*, na nomenclatura de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186).

Por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas. Sob pena de malferir os princípios da isonomia e razoabilidade, surge, na hipótese, o direito à remarcação do teste, quando, por estarem gestante no dia da realização da prova física, restam impossibilitadas de realizar o teste.

Sem que se pretenda estabelecer qualquer hierarquia entre direitos fundamentais ou restringir a autonomia reprodutiva da mulher, o interesse transindividual explícita que as razões de decidir do precedente distinguem-se das do presente caso. Por tal razão, não se pode estender o juízo de ponderação perpetrado em relação a “*problema temporário de saúde*” à hipótese em que a impossibilidade de realização do teste de aptidão física decorre de gravidez.

Assim, ao conceder definitivamente a segurança, mantendo “*a reserva de vaga para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame físico*”, o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba não destoou expressamente do quanto ora se aduz, nem se esquivou da sistemática de repercussão geral, vez

RE 1058333 / PR

que o RE 630.733, referido *leading case*, tratava de hipótese diversa.

Realizado o devido *distinguishing*, verifica-se não apenas a repercussão geral da questão posta a exame, reconhecida no Tema 973, mas também a importância de se analisar a controvérsia que se descortina à luz do caso concreto. É que a questão revela delicada imbricação, em que se confrontam o interesse da candidata gestante, amparado nos direitos à igualdade material e dignidade humana; o interesse social, manifestado no direito ao planejamento familiar, direito à saúde e princípios da administração pública aplicados ao concurso público; e o interesse dos demais candidatos.

IGUALDADE MATERIAL E LIBERDADE INDIVIDUAL

A Constituição Federal de 1988 representou um marco contra a discriminação de gênero, tanto em ambiente familiar quanto laboral. A promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, foi alçada a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV), mercê de ter sido explicitada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). Aplicada a isonomia às relações de trabalho, a proibição de diferença de critério de admissão por motivo de sexo foi expressamente reconhecida como direito dos trabalhadores (art. 7º, XXX), aplicáveis aos servidores públicos (art. 39, §3º), admitido o estabelecimento de requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir e houver previsão legal.

Assim vêm acompanhando a legislação nacional e a jurisprudência dessa Corte. Dentre os precedentes em que foram chanceladas medidas diferenciadoras dos gêneros em prol da igualdade material, merecem ser mencionados a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, em que o Plenário declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da

RE 1058333 / PR

Penha; o Recurso Extraordinário 658.312, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; e o Mandado de Segurança 29.963, em que a Segunda Turma desta Corte entendeu ser possível exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher em concurso público.

Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Internalizado por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, o compromisso impõe que sejam adotadas todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher também na esfera profissional.

Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente “o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano”, “o direito às mesmas oportunidades de emprego”, “o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”; e “o direito de escolher livremente profissão e emprego”.

Consentâneo com tal ideário de igualdade material da mulher e promoção de sua liberdade de escolha profissional, a remarcação do teste de aptidão física é o único meio possível de oportunizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame.

Ora, caso fosse vedada a remarcação do teste de aptidão física ou condicionada à previsão editalícia, a candidata gestante seria invariavelmente eliminada do concurso público - pelo simples fato de estar grávida. Inviabilizada a conciliação de seus interesses pessoais e profissionais, a mulher vê-se tolhida de oportunidades de vida que se descortinam para outros.

RE 1058333 / PR

Trata-se de uma estratégia de minimizar o desnível, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos. Ao neutralizar a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora, permite que persiga seus projetos de vida e suas ambições. O discrímen autorizativo da remarcação na hipótese, assim, promove a igualdade material.

A importância de se igualar as circunstâncias originais tanto quanto possível, a fim de permitir que cada pessoa aja com base nos planos de vida escolhidos, foi destacada por Will Kymlicka na seguinte passagem, *verbis*:

“Nossas circunstâncias afetam nossa capacidade de perseguir nossas ambições. É por isso que soa moralmente importante e é por isso que suas desigualdades têm importância. Nosso interesse pelas circunstâncias das pessoas é um interesse por promover sua capacidade de buscar seus fins. Se, ao tentarmos igualar os meios, impedirmos qualquer pessoa de alcançar seus fins, então, teremos fracassado completamente”. (KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102)

Refute-se, desde logo, a afirmação acaciana de que os ônus recaem apenas sobre as mulheres porque só elas ficam grávidas. O argumento traveste a *falácia da neutralidade*, incapaz de assegurar a igualdade material. Ao contrário, a neutralidade, no caso, gera desigualdade de gênero. A igualdade formal, em não se diferenciar a hipótese de gravidez, perpetua um *status quo* de discriminação estrutural em que a mulher se coloca em situação desfavorável.

É que a pretensa neutralidade no fato de o edital não discriminar candidatas e não se poder identificar uma conduta sexista específica não corresponde a uma política igualitária. Isso ocorre não apenas porque o teste de aptidão física foi definido sob o pressuposto de que seria realizado por um homem ou uma mulher não gestante, mas também pelas consequências sociais decorrentes da exclusão da mulher gestante

RE 1058333 / PR

do concurso público.

No primeiro caso, tem-se o problema da dominação, que, mais do que a abordagem da diferença, revela uma estratégia para perpetuação do poder social, em que *“primeiro se estrutura a realidade de forma desigual, então exige que o direito de alterá-la seja fundamentado em uma falta de distinção em situação”* (MACKINNON, Catherine. *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, 1987. p. 45). Nitidamente, o sexo não foi levado em conta na elaboração do edital, assim como não o foi quando do julgamento da repercussão geral que originou o Tema 335.

As vertentes socialista e existencialista do movimento feminista vão além do reconhecimento da mulher como sujeito abstrato de direitos ou da persecução de igualdade formal. Identifica-se uma opressão estrutural e sistêmica, que cerceia as oportunidades de forma velada, oprimindo e perpetuando a desigualdade de gênero, sem que muitas vezes se possa identificar uma postura discriminatória específica ou intencional.

No segundo caso, tem-se a reprovação da candidata gestante como estratégia de perpetuação da realidade discriminatória. A desigualdade de gênero no âmbito profissional, que no presente caso se evidencia pelo acesso, renova-se em múltiplos contextos, assumindo contornos opacos, embora profundos.

Dados do 2016 *Human Development Report*, publicado pela Organização das Nações Unidas, comprovam esse sexismo estrutural. O Brasil ocupa a 92ª posição no ranking de 2015 de igualdade de gênero (*Gender Inequality Index*). Apesar de a escolaridade das mulheres ser maior que a dos homens, apenas um quarto das mulheres empregadas está no setor formal e a diferença na participação na força de trabalho é muito elevada (56,3% mulheres e 78,5% homens).

As preferências adaptativas pelo trabalho informal ou doméstico são

RE 1058333 / PR

antes um reflexo das restrições de gênero do que um exercício livre da autodeterminação da mulher. O desenho normativo e institucional atual tolhe a liberdade de escolha, então jungida aos papéis sociais predeterminados.

Como estratégia de transcendência, aponta-se o trabalho externo, por descortinar novas possibilidades e independência econômica, construindo uma identidade pela escolha (IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Feminismo, Direitos Humanos e Constituição. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 150-152). Se assim já deflui da formalização do trabalho não doméstico, a dignificação se intensifica ainda mais quando se prestigiam as escolhas profissionais traduzidas em uma efetiva carreira, tal qual a que se inicia com o concurso público.

A inserção da mulher no mercado de trabalho – público ou privado – é também obstaculizada pelos cuidados maternos subsequentes, dado que a educação pré-escolar de uma criança pequena ainda sobrecarrega desproporcionalmente a mulher. Em relação ao desemprego, o fosso aumenta conforme a idade: se na juventude a taxa de desemprego das mulheres é 26% maior que a dos homens, a diferença média total é de 65% (UN. 2016 *Human Development Report*).

Diante desse cenário, é leviano cogitar que candidatas pudessem engravidar propositalmente para adiar a realização dos testes de aptidão física. As condições fisiológicas da mulher puérpera ou lactante à toda a evidência não contribuem para lograr um resultado satisfatório em um teste de aptidão física. Além de gravemente irresponsável, a estratégia se mostraria de baixíssima eficácia.

É razoável supor que, no mais das vezes, o adiamento não será capaz de inserir profissionalmente a candidata gestante, vez que sua condição física pós-parto não contribui para o condicionamento exigido em uma

RE 1058333 / PR

avaliação física. Tampouco se consegue nulificar as diferenças sociais existentes entre essa candidata e a que não estava grávida. Ainda assim, oportunizar sua participação no concurso público contribui para sua inserção e a dignifica, sobretudo quando ponderados os elevados entraves também verificados na iniciativa privada. Já é um passo para minimizar o desnível.

Outra consideração relevante é que a candidata não será aprovada *por estar* grávida, mas tão somente lhe será oportunizado participar efetivamente do certame *apesar* da gestação - o que de outra forma seria inviável. A candidata se submeterá oportunamente à avaliação de aptidão física, tal qual os demais candidatos. A remarcação, assim, pretende neutralizar os efeitos da gestação, contribuindo para a real igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

No mesmo sentido, colaciono precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, específicos para a remarcação motivada por gravidez:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior.

II – Agravo regimental improvido.” (AI 825.545-AgR/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI)

“AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, AJUIZADO INCIDENTALMENTE A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO.

RE 1058333 / PR

DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM O DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. O indeferimento do pedido tornaria inócuo o provimento jurisdicional a ser proferido com o julgamento do recurso extraordinário.

2. Há, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decisões favoráveis à tese veiculada no apelo extremo (REs 179.500, da relatoria do ministro Marco Aurélio; e 376.607-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau, entre outros).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 577.309-AgR/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO OITO DIAS ANTES. NOVA DATA. DESIGNAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal a quo sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão.

2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado. Nego provimento ao agravo regimental.” (RE 376.607 AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 5.5.2006).

Enquanto alguns doutrinadores densificam a proteção à dignidade de grupos minoritários no princípio da igualdade (SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002), outros a fundamentam na busca da felicidade, sobretudo na vertente da autonomia privada (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Editora Fórum, 2012).

RE 1058333 / PR

A dignidade humana, como respeito à autonomia privada, impõe o reconhecimento de que cada pessoa tem o poder de tomar as decisões fundamentais sobre sua própria trajetória e de adotar as medidas necessárias à implementação de seus planos de vida. Isso inclui as realizações profissionais e familiares.

Cada um deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade, o que impede que o Estado ou terceiros direcionem as escolhas de vida individuais. Ao contrário, cabe ao poder público promover e tutelar a autonomia privada, criando os meios para que as capacidades individuais se otimizem ou removendo os obstáculos para que assim ocorra.

Como o desenho dessas vontades individuais decorre das suas próprias compreensões sobre o que seja uma “vida boa”, a dignidade se assenta na premissa de cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias, Metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, p. 15, 2016, p. 135-143).

Ao abrir mão da oportunidade profissional, são extirpadas as possibilidades de ascensão social, realização pessoal e independência financeira que então se descortinariam – perpetuando a desigualdade, com sua inegável faceta econômica. As múltiplas formas de discriminação contra as mulheres se interconectam e se retroalimentam.

O não reconhecimento compromete a autoestima social e estigmatiza. O efeito catalisador dessa exclusão é facilmente vislumbrável em uma sociedade marcada pela competitividade: as mulheres têm dificuldade em se inserir no mercado de trabalho e a galgar postos profissionais de maior prestígio e remuneração. Por consequência, acirra-

RE 1058333 / PR

se a desigualdade econômica, que por si só é motivo de exclusão social.

A simbiótica correlação entre identidade e participação foi desenvolvida por Nancy Fraser, para quem as demandas de grupo são bidimensionais (*two dimensionally*), associando-se tanto à injustiça sociocultural quanto à má distribuição de renda e poder político. Em especial, a identidade de gênero é essencialmente bivalente, vez que o desrespeito às mulheres se opera simultaneamente nas duas dimensões (“Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation” In FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003. p 32).

Mesmas conclusões foram levantadas pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL das Nações Unidas: *“a falta de autonomia física ou as dificuldades no controle de seus próprios corpos repercutem nas condições necessárias para o alcance da autonomia econômica”*. A comissão complementa que, a partir das violações aos direitos vinculados à autonomia física, nos quais se insere o planejamento familiar, podem ser observados efeitos sobre a autonomia econômica das mulheres *“no que se refere à sua capacidade de gerar renda própria, baixa nos níveis de produtividade, absenteísmo laboral, a pobreza, entre outras”* (Disponível em <<http://oig.cepal.org/pt/autonomias/inter-relacao-das-autonomias>>).

Saliente-se, por fim, que tampouco merece guarida eventual alegação de ofensa ao princípio da isonomia por desrespeito a outras candidatas que, voluntariamente ou não, não estejam grávidas. Assegurar o direito da mulher de conciliar projetos pessoais e profissionais não deslegitima outros planos de vida; ao contrário, prestigia a liberdade em todos os níveis, porque somente assim a torna efetiva.

A remarcação do teste de aptidão física para a candidata gestante descortina-se, então, como direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores

RE 1058333 / PR

caros ao constituinte e com os quais o país se comprometeu.

DIREITO À SAÚDE, À MATERNIDADE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A par dos direitos individuais da candidata, a remarcação do teste de aptidão física se impõe como medida de promoção de outros interesses igualmente tuteláveis, tais como a proteção à maternidade e a família, o direito à saúde e ao planejamento familiar.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial proteção no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez seja motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo (STJ. RMS 28.400/BA, 6ª Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 27/02/13).

Também como direito social tutelado expressamente no artigo 6º, o direito à saúde requer uma especial proteção no presente caso. É que, como bem consignou o Tribunal de origem, em juízo negativo de retratação, não se revelaria *“proporcional nem razoável exigir que a candidata colocasse, de forma irresponsável, a vida intrauterina em risco no teste, mediante a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional”* (fl. 85). Na busca de impedir sua imediata eliminação do concurso, poderia a candidata, verificada a gestação, preferir se submeter ao teste de aptidão física. A atitude poria em risco a saúde da gestante, decorrente de um eventual aborto espontâneo, ou mesmo do bebê.

RE 1058333 / PR

Novamente em benefício da criança e da família, não se pode tolher o direito de a mãe buscar profissionalmente maiores recursos para a criação de seus filhos. A premissa velada de que a genitora estaria menos apta ao desempenho de cargos públicos que exigem compleição ou condicionamento físico é discriminatória, como visto acima, e prejudica não apenas a candidata, mas todo o plexo familiar.

Já o princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. Para tanto, o constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Por força desse direito, não se pode admitir qualquer ingerência de outrem com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo. O Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família. Se disso decorre o dever de intervir nas relações privadas, a fim de horizontalizar os direitos fundamentais, mais ainda quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado, pelas mãos de administradores públicos que estabelecem os requisitos editalícios.

O direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento na dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar “vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO *et al.* *Op Cit.* p. 2122). A partir dessa explicitação, reconhece-se a autonomia existencial para fins reprodutivos, com os efeitos normativos decorrentes.

RE 1058333 / PR

A despeito dos avanços normativos, a liberdade reprodutiva, compreendida como a “*autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar*”, ainda claudica em determinados setores da sociedade (BARBOZA, Heloisa Helena. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017, p. 260).

Tendo em vista a prolongada duração de concursos públicos e sua tendente escassez, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternos. Por tais razões, a “escolha” no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Nesse sentido, colaciono o magistério de José Maria Pinheiro Madeira, em que destaca a especial proteção constitucional destinada à maternidade e a família como fundamento do direito à remarcação de teste de aptidão física de candidata gestante, *verbis*:

“Mas, na realidade, a proibição a curso de formação à mulher grávida, em função de sua inaptidão em exame médico, constitui atentado à condição de mulher, o que significa ofensa ao art. 7º, XXX, da Constituição Federal, bem como ainda desprezo à proteção especial do Estado, de que deve gozar a família e maternidade, em conformidade com o art. 226, do Texto Maior.

É inconstitucional impedir que a mulher grávida prossiga no certame em razão desta condição a impossibilitar de prestar o teste de capacidade física. Considerar a gravidez como fator incapacitante é discriminar por sua condição de mulher.”

(MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor Público na Atualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-118)

RE 1058333 / PR

**ISONOMIA, EFICIÊNCIA E OUTROS PRINCÍPIOS
APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO**

Como corolário do princípio da isonomia, a ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I). Veda-se, assim, discriminações de acesso pautadas em razões de toda a sorte, dentre as quais a de gênero, como mais especificamente inserto nos dispositivos constitucionais referentes às relações de trabalho.

Presente em todas as constituições brasileiras, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público também foi reconhecido pelo Pacto de San José da Costa Rica (art. 23, 1, c) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que, nos termos do artigo XXI, 2, prescreve que *“toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”*.

A ampla acessibilidade decorre, ainda, de outros princípios de relevo constitucional. Cite-se o republicano e o de participação política (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144), ao oportunizar a todos concorrer a posições públicas estáveis e, assim, integrar a Administração Pública; e o da eficiência administrativa, ante a necessidade de otimizar a atuação estatal por meio da seleção dos mais aptos (MOTTA, Fabrício Macedo. Comentário ao artigo 37, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 826).

A correlação entre o princípio da eficiência e o da ampla acessibilidade é facilmente vislumbrada por ser o concurso público um instrumento de seleção de pessoal para funções administrativas. Assim, o concurso deve ser realizado em observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, mormente a impessoalidade, moralidade e

RE 1058333 / PR

eficiência. Nesse sentido, as lições de Hely Lopes Meirelles:

“O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 542)

Tais princípios devem ser analisados à luz da moderna concepção de administração Pública gestora. Ao realizar o certame seletivo, o administrador público deve organizar suas ações e decisões de modo a otimizar a gestão pública, entendida como o "exercício responsável do arbítrio administrativo", na forma de "decisões, ações e resultados esperados" (LYNN JR., Laurence E. *Gestão pública*. In: PETERS, B. Guyl PIERRE, Jon (Orgs.). *Administração pública: coletânea*. São Paulo: UNESP. 2010. p. 37; PRESTER, Vivianéli *et al.* *O Concurso Público como forma de gestão da Administração Pública*. p. 53-54).

O gestor, então, precisa saber avaliar por que o concurso é necessário e quais são os resultados esperados. Impõe-se a necessidade de planejamento do processo de contratação, para alcançar os objetivos com o menor uso de recursos, bem como os complexos e duradouros efeitos desencadeados por ele.

Em oposição ao modelo burocrático, a Administração Pública gerencial valoriza os resultados e as prioridades, gerenciando a escassez de tempo e recursos (BRESSER PEREIRA, L. C. *Da administração pública burocrática à gerencial*. *Revista do Serviço público*, 47, 1, 07-40. 1996).

O modelo de Administração Pública gerencial tem ganhado força dentre os administrativistas após a redemocratização e a

RE 1058333 / PR

constitucionalização do Direito Administrativo. A respeito dos desafios com que o administrador público hodiernamente se depara, confira a síntese de Carlos Ari Sundfeld:

“O Direito Contemporâneo aplicável à Administração caracteriza-se pela grande variedade de conteúdos e objetivos. Ele procura organizar a gestão pública de modo racional, democrático e eficiente; viabilizar a realização das políticas públicas mais diversas; evitar e corrigir erros e excessos dos agentes administrativos; proteger os direitos das pessoas; e coordenar a ação da Administração e dos particulares na economia” (SUNDFELD. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 154)

Em concursos públicos, o aumento da competitividade promove o interesse legítimo da Administração Pública de selecionar os candidatos mais bem qualificados. A remarcação, assim, atinge o melhor resultado com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais, sem descuidar da moralidade e da impessoalidade, dado que promove a igualdade material da candidata gestante.

Importante consideração pertine ao direito contraposto dos demais candidatos envolvidos no certame.

Nos termos do acórdão recorrido, a melhor alternativa para o implemento do quanto aqui exposto corresponde à continuidade do concurso em geral, com reserva do número de vagas referentes às gestantes. Se, após a realização do teste de aptidão física remarcado, a candidata lograr aprovação e classificação, será empossada. Caso contrário, será empossado o candidato ou candidata remanescente na lista de classificação, em posição imediatamente subsequente ao do último colocado já empossado.

Tal procedimento minimiza os custos sociais decorrentes da remarcação, vez que a Administração Pública pode desde logo suprir sua

RE 1058333 / PR

deficiência de contingente profissional, escopo último do concurso, assim como os candidatos aprovados podem ser desde logo nomeados e empossados, respeitada a ordem de classificação. Vê-se, assim, que a reserva de vaga, com o prosseguimento do certame quanto aos demais, não acarreta reflexos nocivos à Administração ou à sociedade, sendo falacioso o argumento de que haveria paralisação da prestação de serviço públicos essenciais.

Some-se que, no caso concreto, o exame de aptidão física configura um *teste de realização*, vez que o rendimento de um candidato não afasta outro candidato. Em provas de mera execução, o candidato deve concluir as tarefas com índices mínimos, inexistindo classificação nem competição. Assim, superado o estado gravídico, a candidata deve comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima. Como o eventual melhor desempenho dela não afeta o resultado dos demais, não há que se cogitar de qualquer vantagem competitiva decorrente da postergação. Ela apenas não será eliminada do certame prematuramente, como o seria por estar grávida.

Por tais razões, a solução cominada no acórdão recorrido em nada se assemelha às reflexões consequencialistas adotadas dentre as razões de decidir do RE 630.733, precedente de que se tratou anteriormente. Nos termos do voto condutor, advertiu-se que a possibilidade de remarcação em “*situações previsíveis e corriqueiras, abriria precedentes para possibilidade de adiamento de qualquer etapa do certame, o que causaria verdadeiro tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração*”.

O argumento merece a devida atenção. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe tão-somente que o juiz considere os estados de coisas hipoteticamente decorrentes de cada exegese que a norma contemple. Na síntese do juiz Frank Easterbrook, as decisões judiciais não

RE 1058333 / PR

se despirão do risco de enviarem sinais errados “*a menos que os juízes apreciem as consequências das regras legais para o comportamento futuro*” (The Supreme Court 1983 Term. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 4, p. 10-11, 1984-1985).

É inegável que a realização de concurso público atende a diversos valores caros ao constituinte. A eficiência da seleção pressupõe o provimento do cargo em tempo hábil. Como não se pode promover contratações públicas hipotéticas ou por eventualidade, a realização do certame pressupõe a necessidade de preenchimento da vaga para o bom desempenho do serviço público. Por tal razão, a banalização das hipóteses de remarcação de etapas de concurso público não se coaduna com o escopo visado pela obrigatoriedade do concurso em si.

Não é disso que se trata, no entanto. A uma, a remarcação em questão não se refere a qualquer etapa do concurso, mas tão somente à do teste de aptidão física. A duas, não se trata de banalização, mas do adiamento fundamentado na condição gestatória. A três, não haveria abertura por determinado prazo, mas apenas pelo período necessário para superação da condição, a ser determinado pela Administração Pública, preferencialmente em edital. A quatro, não haveria suspensão do concurso, que prosseguiria em relação aos demais candidatos, em nomeação, posse e exercício. Em razão disso, o adiamento não comprometeria o desempenho das funções públicas nem a expectativa dos demais envolvidos.

Ainda no âmbito de reflexões consequencialistas, há um benefício auxiliar decorrente da remarcação do teste de aptidão física da candidata gestante, assim compreendido por ser um impacto favorável da medida tipicamente não relacionado ou secundário. É que, ao se combater a desigualdade de gênero no acesso ao mercado de trabalho, reforça-se a capacidade produtiva nacional, ao reter mão-de-obra de grande parte da população em idade ativa, no caso de mulheres, que possuem

RE 1058333 / PR

dependentes.

Como aponta Martha Nussbaum, *“arranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos”* (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118).

É certo que a remarcação estenderá a expectativa de nomeação de um ou outro candidato por mais alguns meses. No entanto, sabe-se também que, com invulgar frequência, a investidura dos últimos colocados não ocorre imediatamente, situação em que a remarcação do teste de aptidão física sequer acarretará qualquer prejuízo.

Mesmo que assim não fosse, eventual dissabor que esse candidato pudesse experienciar não se sobrepunha aos interesses contrapostos, sabidamente a promoção da igualdade material, o ganho de eficiência nos quadros do Poder Público e a proteção de outros valores caros ao constituinte. A remarcação, além de proporcional, concretiza o princípio da solidariedade social, ao repartir socialmente os custos em que, por discriminação, incorreria a candidata.

Atente-se, por fim, ao princípio da vinculação às cláusulas editalícias, como instrumento de promoção da segurança jurídica. A inexistência de previsão em edital do direito à remarcação, como no presente caso, não afasta o direito da candidata gestante, vez que fundado em valores constitucionais maiores cuja juridicidade se irradia por todo o ordenamento jurídico. Por essa mesma razão, ainda que houvesse previsão expressa em sentido contrário, assegurado estaria o direito à remarcação do teste de aptidão para a candidata gestante.

RE 1058333 / PR

A discricionariedade do administrador público se resguarda no desenho procedimental adequado para a realização do novo teste, bem como no prosseguimento do certame em relação aos demais. As condições e prazos para a remarcação e realização do novo teste devem ser previstas em edital, de modo a preservar a previsibilidade do concurso público para todos os candidatos.

Resta demonstrado, assim, que a remarcação do teste de aptidão física constitui direito da candidata gestante, independentemente de disposição editalícia, sendo esta a única exegese que se coaduna com a igualdade, a liberdade, a dignidade e outros valores prestigiados pela Constituição Federal.

Ex positis, nos termos da fundamentação acima exposta, **DESPROVEJO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, fixando a seguinte tese: *“É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”*.

É como voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, primeiro, cumprimentando o Doutor César Augusto Binder, Procurador do Estado do Paraná, que fez uma sustentação - diria - impossível, dificultosa, e cumprimentando o voto do Ministro Relator, vou ser extremamente sintético.

Parece-me que, terminando 2018, termos que discutir se é ou não discriminatório impedir que uma mulher grávida possa continuar em um concurso mediante tantos avanços que já tivemos, de tantas previsões constitucionais, realmente me parece um absurdo, não ferindo a igualdade entre os concorrentes, mas ferindo muito mais: a possibilidade de a mulher poder concorrer, ou seja, é um passo anterior.

Aqui, como foi bem ressaltado pelo Ministro FUX, não há que se dizer de igualdade entre concorrentes, porque o homem não fica grávido. Aqui eu vou parafrasear o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em outras oportunidades: se o homem ficasse grávido, não estaríamos discutindo isso. Essa é a realidade! Ou seja, haveria um escalonamento de concurso físico para o homem.

O simples fato - e sei que obviamente não é culpa, nem dolo do Procurador que está aqui - de o Estado do Paraná levar isso para frente mostra que ainda temos um caminho muito grande para combater uma discriminação que, se não é tão expressa e latente como anteriormente, ainda existe.

A Constituição traz uma série de dispositivos diretamente ligados à questão da maternidade, ou seja, protetivos à mulher. Discutimos aqui, recentemente, no RE 629.053, o direito à maternidade em relação aos direitos sociais e à estabilidade da mulher. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção

RE 1058333 / PR

da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, como recentemente decidido no RE 629.053; e a própria condição igualitária da mulher na família e na sociedade.

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal é extremamente claro: *“A família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*.

Sob essa ótica, a proteção especial à família – e, no caso em questão, estamos discutindo a própria constituição biológica da família – exige um tratamento diferenciado à gestante, durante o concurso público, especialmente para a realização de exames físicos.

Essa possibilidade caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável -, quanto da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego -, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade.

A *ratio* dessa norma, a meu ver, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido. Insisto, a necessidade de concessão da efetividade máxima ao direito à maternidade, no seu direito instrumental, garantindo seu pleno acesso a cargos públicos, via concurso.

Mas a Constituição vai bem mais além. No caso dos servidores públicos, o art. 39, § 3º, estende aos servidores públicos os mesmos direitos sociais previstos no art. 7º, incisos XVIII e XX, consagrando a todas as mulheres no campo do trabalho: a licença gestante, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

Todo o encadeamento constitucional, inclusive, começou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, com o art. 5º, inciso I, que - além da norma genérica, "todos são iguais perante a lei" - já coloca

RE 1058333 / PR

"homens e mulheres são iguais". Obviamente, se não houvesse uma tradicional e secular discriminação entre homens e mulheres, não haveria a necessidade de, após a cláusula genérica "todos são iguais perante a lei", termos "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Essa questão do concurso entra exatamente nessa desigualdade propiciada pela questão biológica da mulher, necessitando da especial proteção à família.

Ainda cito mais um último argumento que foi levantado da tribuna: de que difere de uma doença. É incomparável: Não é nem doença temporária, quanto mais definitiva. A gravidez é uma benção! Não é uma doença.

Mas foi levantado da tribuna que, diferentemente da doença, a gravidez poderia ser planejada; e fere novamente aqui a Constituição. O § 7º do art. 226 da Constituição diz que o planejamento familiar é livre, de liberdade da família; o planejamento familiar não é o Estado que conduz; o planejamento familiar não deve ser precedido de uma consulta genérica aos poderes públicos, se vai ter concurso ou não vai, quando vai ter exame físico, quando não haverá exame físico; o planejamento familiar, a maternidade, a família, como base da sociedade com especial proteção do Estado, é muito mais importante do que os custos que pode haver no concurso público, diferindo um exame físico ou remarcando um exame físico.

Então, obviamente, a questão da imprevisibilidade ou não da gravidez não afeta toda a proteção constitucional dada para que não só a maternidade ocorra com tranquilidade, mas também para que a mulher não seja, a partir da maternidade, mais discriminada ainda do que historicamente já foi.

Obviamente não se aplica, a meu ver, a repercussão geral do RE 630.733, que nada dizia em relação à questão de gravidez. Prazo razoável é o necessário para que a mulher possa fazer o exame físico; se ela tiver um problema pós-parto, o Estado aguarda.

Com essas considerações, Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro Relator, negando provimento ao recurso.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministro-Relator, também me permito saudar, de modo especial, o Doutor César Augusto Binder, que tem ao seu lado valorosos Procuradores do Estado do Paraná na representação no Distrito Federal, nomeadamente a Doutora Márcia Dieguez Leuzinger, que está aqui há alguns anos nesta laboriosa atividade de representação do Estado do Paraná. Se estivesse em julgamento a qualidade da sustentação oral, certamente que aplaudiria o ilustre Procurador do Estado.

Mas o que está em questão é a tese sustentada e, do exame que fiz, a conclusão a que chego vai ao encontro da tese trazida à colação pelo eminente Ministro-Relator. E, por uma razão dentre as várias, de modo especial, é aquela que deriva do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, que eleva à condição de direito social a proteção à maternidade.

Creio que essa expressão derivada da Constituição fala por si só, além de documentos internacionais dos quais o Brasil é parte e de uma doutrina robusta que vai nessa direção. Inclusive, também, de um professor paranaense, professor Phillipi Gil França, que tem um trabalho específico sobre essa questão nas Cortes, nos tribunais superiores.

Portanto, cumprimentando os ilustres Procuradores, acompanho o eminente Ministro-Relator, e juntarei a declaração de voto, Senhor Presidente.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

O Senhor Ministro Edson Fachin : Trata-se recurso extraordinário interposto pelo Estado do Paraná em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual negou provimento à apelação em mandado de segurança, assentando a possibilidade de a impetrante, ora recorrida, remarcar o teste de aptidão física em concurso da Polícia Militar, em virtude de sua gravidez, nos seguintes termos (eDOC 3, p. 28):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME SEGURANÇA. NECESSÁRIO. CONCURSO MANDADO PÚBLICO DE PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO Nº 40 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.”

Inconformado, o Estado do Paraná interpôs recurso extraordinário suscitando violação do disposto nos artigos 5º, *caput*; 6º; 37 e 226, § 7º, do Texto Constitucional, sob o argumento de que, ao permitir à recorrida a realização de novo teste de aptidão física após o término de sua gravidez, o acórdão recorrido *contraria frontalmente o princípio da isonomia, contido no caput do art. 5º, da CF, considerando-se que aos demais candidatos era vedada a realização do teste de aptidão física em data diversa daquela fixada pela comissão*

RE 1058333 / PR

organizadora. De igual modo foram contrariados os princípios contidos no art. 36, da CF, a saber, os princípios da impessoalidade, da prevalência do interesse público, da finalidade administrativa e da eficiência.

Afirmou, ainda, que o STF já se manifestou sobre a questão quando do julgamento do RE 630.733, momento em que a Corte assentou a impossibilidade de remarcação de testes físicos em concursos em virtude de circunstâncias pessoais dos candidatos.

A repercussão geral do tema foi reconhecida por esta Corte, em aresto com a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso extraordinário:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO DA PROVA. REALIZAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE REPRODUTIVA. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Não se pode confundir o direito da candidata gestante à remarcação da prova física em concurso público com o direito de adiamento da prova por motivos diversos, em razão da essencialidade do tema em debate, bem como da necessidade

RE 1058333 / PR

de se igualar materialmente a mulher e o homem nos certames públicos.

2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

Eis breve síntese do processo.

A questão a ser debatida no presente feito resume-se a saber se é possível a remarcação de teste de aptidão física em concurso em virtude de gravidez de candidata à época de sua aplicação, ainda que inexistia previsão editalícia neste sentido.

O acórdão recorrido manteve a concessão da segurança com base nos seguintes fundamentos:

“No caso sob apreciação, dúvida não há de que a impetrante, ora apelada, teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o Edital nº 1107/2012, nos itens 15.6 e 20.1, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer ao exame, verbis:

(...)

Encampando estas regras editalícias, o Enunciado nº 40 das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estabelece que, **“Em concurso público inexistente direito de candidatos, em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo casos excepcionabilíssimos e contrária disposição editalícia”**.

Ocorre que a condição de gestacional da impetrante enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data.

(...)

Além disso, a condição especial da apelada não deve ser interpretada em seu desfavor.

Isso porque, a Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu artigo 6º, bem como preceitua, no § 7º do artigo 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios

RE 1058333 / PR

membros, sem a ocorrência de interferências externas.

Por oportuno, anote-se que em casos análogos, envolvendo a impossibilidade de candidata gestante participar de exame físico em concurso público, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez trata-se de caso de força maior.

(...)

Em verdade, negar a realização de novo teste físico à impetrante é que implica em ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a condição peculiar da gestante demanda um tratamento distinto e desigual, o que não ocorreu, tanto que a administração, de forma simplista, aplicou o item editalício que determina a exclusão da candidata, incorrendo assim em ilegalidade, diante da flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade.” (grifos no original)

Analizando detidamente o caso, entendo que a conclusão a que chegou a Corte *a quo* não merece reparo, sendo mister o desprovemento do recurso extraordinário interposto.

Inicialmente, destaco que, conforme indicado pelo Relator quando do reconhecimento da repercussão geral deste recurso extraordinário, o caso ora analisado não guarda pertinência com o debate travado quando do julgamento do RE 630.733, porquanto, naquela oportunidade, a Corte estabeleceu a impossibilidade de remarcação do teste de aptidão física em razão de problema temporário de saúde, o que, por óbvio, não possui relação com o presente caso.

A necessidade de realização de concurso público para investidura em cargos ou empregos públicos, positivada no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, representa essencial mecanismo de garantia dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do mesmo dispositivo.

Esta diretriz consubstancia garantia não somente voltada à preservação dos pilares constitucionais da Administração Pública, mas também constitui verdadeiro meio de promoção de acessibilidade e

RE 1058333 / PR

igualdade dos cidadãos na disputa pelos cargos e empregos públicos, como afirma Fabrício Motta:

“Fica clara a importância do concurso público como *procedimento administrativo indispensável à eficácia do direito fundamental de disputar, em igualdade de condições, os cargos e empregos públicos*. Nesse diapasão, mais do que um direito objetivo de se disputar certames, reconhece-se a existência de um *dever público* de realizá-los, de forma isonômica, sempre que o interesse público o exigir.” (grifos no original)

(MOTTA, Fabrício. Concurso público. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.)

Emerge, neste contexto, a centralidade que o princípio da isonomia ocupa nas seleções públicas, uma vez que corolário da impessoalidade e moralidade administrativas.

Sendo assim, cabe examinar se a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física de candidata grávida à época de sua realização fere a igualdade entre os candidatos do certame.

Para responder esta questão, é necessário perquirir o conceito e o alcance que o princípio da isonomia detém no ordenamento jurídico constitucional tal como delineado na Constituição da República.

O eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, em reconhecida obra sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ensina que nem todo tipo de discriminação representa afronta à isonomia, discorrendo sobre as possibilidades constitucionais de diferenciação entre cidadãos, consideradas desigualdades fáticas que a justifiquem:

“8. Os vários exemplos aduzidos desde o início deste estudo servem para demonstrar que *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum

RE 1058333 / PR

desacato ao princípio isonômico.

Os mesmos exemplos, tanto como formulados na parte vestibular deste trabalho, servem para sugerir, claramente, que as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*. O alcance desta ressalva, contudo, para ser bem compreendido, depende de esclarecimentos ulteriores, procedidos mais além.” (grifos no original)

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17.)

Em capítulo posterior, o autor reforça que, para que não haja afronta ao princípio da igualdade, é necessária a consonância da discriminação com interesses protegidos na Constituição, bem como estatui critérios objetivos para o exame de eventual diferenciação infundada, assim sintetizados:

“a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoa desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.” (grifos no original)

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.)

RE 1058333 / PR

Da mesma forma, o Ministro Roberto Barroso e a professora Aline Osório, em substancioso artigo doutrinário que examina o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo, estabelecem a necessária distinção entre os aspectos material e formal da igualdade, reconhecendo a existência de três dimensões desta diretriz:

“A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Em torno de sua maior ou menos centralidade nos arranjos institucionais, bem como no papel do Estado na sua promoção, dividiram-se as principais ideologias e correntes políticas dos últimos séculos. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a *igualdade formal*, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a *igualdade como reconhecimento*, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.” (grifos no original)

(BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016, p. 207-208.)

Como se haure dos excertos acadêmicos colacionados, na atual quadra histórica, uma leitura da isonomia focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

Enfatizo que a temática não é nova na jurisprudência desta Corte constitucional. A necessidade de realização de ações e medidas que

RE 1058333 / PR

busquem dar concretude à igualdade em sua vertente material, levando-se em conta as discrepâncias fáticas que permeiam o tecido social, foi reconhecida pelo STF em diversos precedentes.

No julgamento da ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 20.10.2014, foi declarada constitucional a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília. Um dos principais postulados que levaram a Corte a assim decidir foi o justo reconhecimento da diferenciação entre igualdade formal e igualdade material. Colho do voto do eminente Relator o seguinte excerto:

“É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.”

Posteriormente, quando da apreciação da ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 17.08.2017, foi reconhecida a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta a pessoas negras. Também neste julgado, a Corte reafirmou posicionamento no sentido de que a realização dos objetivos presentes na Carta Cidadã demanda ações estatais no sentido da equiparação substancial daqueles em posição de desigualdade.

RE 1058333 / PR

Assentadas estas premissas, entendo que o acórdão recorrido não violou, em nenhuma medida, o princípio inscrito no *caput* do art. 5º do Texto Constitucional, tendo em conta que vedar a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física em concursos às gestantes significaria, em verdade, alijar, de forma permanente, essas candidatas de processos seletivos para cargos públicos que exigem determinada qualificação física.

Desta forma, como bem salientado pelo Tribunal de origem, a interpretação defendida pelo recorrente quanto ao rigor na manutenção da data escolhida pela Administração Pública para aplicação do TAF ofende o princípio da isonomia, tendo em vista a especial condição das gestantes. Além disso, a conduta impugnada transgride, também, outros valores constitucionais básicos, como a dignidade da pessoa humana, a promoção da igualdade entre homens e mulheres e a proteção à maternidade:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade** e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

RE 1058333 / PR

Constituição.” (grifo nosso)

A magnitude destes preceitos constitucionais pode ser concebida, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que assim prevê em seu art. 4º:

“1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinada a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.”
(grifo nosso)

Ademais, ao excluir a candidata do certame em razão de sua condição de gestante, o Estado recorrente desconsidera o direito à liberdade reprodutiva. Sobre o ponto, Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta, após minuciosa análise de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher e a Declaração de Beijing, assim definem:

“À luz dos preceitos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pode-se concluir, sem buscar um elenco exaustivo, que os direitos reprodutivos incluem: a) **o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;** b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; c) o direito a ter

RE 1058333 / PR

acesso a informações e meios seguros, acessíveis; e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.” (grifo nosso)

(PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 455.)

O direito à liberdade reprodutiva já foi reconhecido por esta Corte em diversos momentos, e reafirmado no julgamento da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.04.2013, quando o Tribunal declarou ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

Registro, ainda, conforme afirmado pelo professor Phillip Gil França em artigo em que examina a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema ora em debate, que a proibição de remarcação de TAF para candidatas grávidas é inconstitucional por ofender a livre iniciativa daquelas para buscar a atividade profissional que almejam:

“Isso porque, não se sustenta juridicamente a proibição de uma candidata grávida poder cumprir com as provas de aptidão física exigidas em um concurso público pela razão, exclusiva, de sua gravidez. **É um impeditivo inconstitucional de seu livre discernimento de perseguir o destino profissional que escolheu, fato que agride o direito fundamental à livre iniciativa.**

Pelo seu estado de gravidez, ser impedida de continuar a disputar a vaga em que cumpre com os requisitos constitucionais e legais para se submeter ao exercício da atividade pública escolhida, denota a atividade de um Estado autoritário, que previamente aponta, de forma contrária aos valores constitucionais, quem não deve continuar a disputar uma determinada vaga pública, mesmo se mostrando apta à competição de tal cargo público, quando isonomicamente

RE 1058333 / PR

tratada.

(...)

Isto é, torna-se imperioso, em casos de proteção proporcional das gestantes em concursos, a adequação da relação entre os candidatos e a Administração Pública, com o agendamento em data adequada para a gestante realizar sua prova de aptidão física, em respeito ao valor constitucional da isonomia.” (grifo nosso)

(FRANÇA, Phillip Gil. É possível a realização de novo teste de aptidão física em concurso público no caso de gravidez, sem que isso caracterize violação do edital ou do princípio da isonomia. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; NOHARA, Irene Patrícia (Coords.). *Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 462-464.)

Examino, por fim, as alegações do recorrente no sentido que o acórdão recorrido teria ofendido os princípios da impessoalidade e da eficiência.

Nas palavras de Marçal Justen Filho,

“A impessoalidade não afasta a exigência de tratamento igualitário para os iguais e não igualitário para os desiguais. Mas cabe essencialmente às normas legais consagrarem as discriminações. O conteúdo essencial do princípio reside em impedir que algum sujeito receba tratamento mais vantajoso ou prejudicial do que o reservado para o conjunto da população. Ninguém pode ser dispensado de encargo ou receber vantagens em virtude de haver conquistado a simpatia ou ser destinatário da antipatia do agente estatal.” (grifo nosso)

(FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105.)

Logo, não constato qualquer maltrato à impessoalidade na remarcação do teste de aptidão física de candidata gestante, uma vez que, conforme exposto no conceito acima referido, o que a proibição

RE 1058333 / PR

constitucional visa rechaçar é o estabelecimento de prerrogativas ou empecilhos aos administrados, ao arrepio da legislação, em virtude de características pessoais, situação que em nada se assemelha à da mulher grávida, que goza, como amplamente demonstrado, de expressas proteções constitucionais.

Assinalo, neste contexto, que inexistente, sequer, qualquer privilégio, visto que as candidatas que remarcarem o TAF serão posteriormente submetidas às mesmas avaliações que todos os candidatos, sob iguais padrões de verificação. Não verifico, também por isso, a procedência da argumentação do recorrente quanto à suposta violação do princípio da eficiência.

O aludido princípio, aplicado à dinâmica dos concursos públicos, refere-se ao imperativo de que a Administração escolha os melhores candidatos, a partir da aplicação de provas com rígidos critérios objetivos, que selecionarão os mais aptos, em tese, a exercerem as funções públicas.

Portanto, a fundamentação do recorrente no sentido de que a remarcação do TAF afetaria a eficiência no desempenho das atribuições das candidatas gestantes não encontra esteio na realidade, uma vez que aquelas candidatas também serão submetidas às mesmas provas em momento oportuno, o que evidencia que inexistente qualquer mácula à higidez dos critérios adotados nos processos seletivos.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física de candidata gestante à época de sua realização, ainda que inexistente previsão editalícia neste sentido.

É como voto.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento, em primeiro lugar, o Ministro Luiz Fux, não só pelo reconhecimento da repercussão geral, como também pela sua decisão a propósito deste assunto. Serei muito breve, porque estou me aliando às posições já manifestadas.

A igualdade, no mundo contemporâneo, manifesta-se em três dimensões. A primeira é uma dimensão formal que impede discriminações e tratamentos privilegiados; a segunda dimensão é a da igualdade material, associada às demandas por distribuição de riqueza e poder na sociedade; e a terceira dimensão é a da igualdade como reconhecimento, que visa proteger a identidade e as minorias nas suas diferenças, de uma maneira geral.

A meu ver, estamos aqui no plano da igualdade como reconhecimento. Não que as mulheres sejam propriamente uma minoria – acho até que estão tomando conta –, porém, a circunstância é a de que é um grupo historicamente vulnerável e, mais do que isso, tem circunstâncias peculiares da própria condição feminina, por exemplo – o que é relevante aqui –, só as mulheres engravidam.

Também, da mesma forma que o Ministro Alexandre, considero uma benção, mas agradeço aos céus que nós, homens, não tenhamos de conduzir essa benção, mas a verdade é que só as mulheres engravidam.

Portanto, se elas ficarem em uma posição inferiorizada pelo fato de engravidarem, por evidente que há uma violação ao princípio da igualdade, há uma clara discriminação. A Constituição e a legislação dão proteção especial à gestante, e, assim, penso que este deva ser o vetor interpretativo a pautar a atuação de juízes e tribunais sempre que esta questão se coloque.

Por essa razão, considero incompatível com a interpretação adequada da Constituição a inserção, em um edital de concurso público,

RE 1058333 / PR

de cláusula que impeça a realização de testes físicos à mulher grávida em data diferente daquela em que realizada pelos candidatos de uma maneira geral.

E acho mais ainda, que é prescindível a presença de cláusula assegurando esse direito no edital do concurso, porque é um direito que decorre diretamente da Constituição, não precisaria ser explicitado no edital, e, se vier a sê-lo, penso que será apenas com caráter declaratório, e não com caráter constitutivo.

Já fui Procurador do Estado, Doutor César Augusto Binder, e também já tive que defender causas difíceis, e Vossa Excelência se houve com a proficiência de sempre, merece o nosso reconhecimento por isso, porém considero que a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplicou o melhor direito à hipótese.

De modo que, tal como o Relator, a quem cumprimento e acompanhamento, estou negando provimento ao recurso.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, cumprimento todos, em especial a Dra. Raquel Dodge e o eminente Procurador do Estado do Paraná pelas sustentações orais.

Confesso que não tenho mais nenhum argumento de peso a apresentar, diante do voto extremamente bem elaborado, como sempre, do eminente Ministro Luiz Fux, que caminhou exatamente na linha que entendo a mais adequada, no sentido de negar provimento ao recurso, reconhecendo o direito líquido e certo da ora recorrida, impetrante do mandado de segurança, da remarcação do teste de aptidão no concurso público para policial militar.

A maternidade em absoluto é uma doença, mas exige, sim, cuidados especiais. Trata-se de peculiaridade que permite seja entendida como um fator de *discriminen* para assegurar a igualdade material das mulheres frente ao gênero masculino.

A mulher, que é tão discriminada, enfrenta tantas dificuldades no mercado de trabalho em comparação aos homens, nessa fase especial da gravidez, sem dúvida, demanda cuidados que assegurem a remarcação do teste de aptidão física. Destaco que, na espécie, o edital não proibia, apenas vedava a remarcação em caso de uma doença. E, nessa mesma linha, é inaplicável o nosso precedente de repercussão geral.

Senhor Presidente, o Ministro Fux honrou-me, trazendo à lembrança julgado da minha lavra perante a Primeira Turma. Portanto, eu me eximo de maiores considerações, cumprimento mais uma vez Sua Excelência e nego provimento ao recurso.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, começo por elogiar o voto do Ministro Luiz Fux, sempre cuidadoso, as sustentações orais do Doutor César e da nossa estimada Procuradora-Geral.

E, rapidamente, farei apenas algumas observações, porque, como acaba de afirmar a Ministra Rosa Weber, os fundamentos aqui trazidos no voto do Ministro-Relator e nos votos que me precederam, relativos ao princípio da igualdade especificamente, foram devidamente demonstrados.

Apenas lembraria, que o direito não acaba com o preconceito, mas busca vedar a sua manifestação e, com isso, impedir a igualdade material - e me parece que seja isso -, fazer com que as pessoas passem a ser tratadas igualmente, na medida da sua condição de igual ou desigualmente, na medida da sua desigualdade legítima, como me parece que seja o *discrímen* feito na espécie. Quer dizer, não é pelo gênero mulher.

E acentuaria ainda, o que se criam para os discriminados - no caso as mulheres, não são, como lembrou bem o Ministro Barroso, apenas minoria numérica, mas minoria de direitos, porque o preconceito está introjetado em uma sociedade estruturada como a nossa -, com toda certeza, são as dificuldades que fazem com que o preconceito permaneça e a discriminação se faça de maneira subliminar, mas com efeitos muito reais.

Aqui, lembro que, até a década de 80, as mulheres não eram aprovadas em concursos para juiz se fossem mães solteiras. E isso era devidamente posto à mostra nos chamados testes psicotécnicos. Nunca se perguntou a um homem se ele era pai solteiro, como se o pai fosse dispensável, o que não é, na educação e na vida de quem tem o convívio e a possibilidade de ter o pai e a mãe na vida. O pai não é definitivamente

RE 1058333 / PR

descartável.

No entanto, o pai solteiro era aprovado para concurso de juiz. Até a década de 80, não tínhamos mães solteiras. E, hoje, devo dizer que continua havendo muita dificuldade para as mulheres magistradas por causa da gravidez, do afastamento, não conseguindo promoções.

Por exemplo, juízas federais em relação às juízas estaduais. Para as juízas estaduais, ainda se consegue que fique durante algum tempo ali. As juízas federais, com deslocamento muito distante, às vezes - que não têm alguém da família para apoiar exatamente no período da gravidez ou do estado puerperal, ou mesmo no período subsequente -, não conseguem sequer ter continuidade na carreira. Não são poucas as que desistem dessa carreira, estou dizendo da magistratura, sendo que o Poder Judiciário tem exatamente a guarda da Constituição, sendo o princípio da igualdade o mais repetido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por favor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Permita-me um breve registro histórico, na linha do que Vossa Excelência está dizendo. Quando era jovem, no Rio – mais jovem, agora sou jovem há muito tempo –, havia, nos concursos para magistratura, um teste que se chamava investigação social.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Que era nessa fase chamada de psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E, desse teste, eles excluía os esquerdistas, *gays* e mulheres desquitadas ou mães solteiras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E os que tivessem alguma deficiência. Por isso que a única norma, a única política de ação positiva que a Constituição estabeleceu na norma originária é exatamente em relação aos deficientes, que também não eram aprovados para concursos de juiz.

Isso é uma demonstração de uma sociedade na qual o preconceito

RE 1058333 / PR

prevalece, não de maneira explícita, o que, às vezes, para nós mulheres, é até pior, porque é mais cínico, mas como uma forma de dificuldade imposta - e vou falar rapidissimamente do princípio da eficiência -, mas que são atuações, são procedimentos, são condutas que demonstram permanentemente como estamos ainda a ter de cuidar desta matéria.

Lembro, Ministro Alexandre, quando Vossa Excelência, de uma maneira extremamente leve e bem-humorada, traz um tema que realmente a gente precisa de escancarar: quem fica grávida é mulher, quem faz a lei é homem, simples assim. Por isso estamos discutindo - isso foi dito aqui há uns anos pelo Ministro Carlos Britto - temas que não se teria se houvesse uma outra configuração, mas a configuração é essa.

Mas temos uma Constituição no Brasil, e uma Constituição para ser cumprida, que mais vezes repete o princípio da igualdade expressamente e que foi muito criticada quando foi promulgada, por causa desse dispositivo do inciso I do art. 5º, ao dizer que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, nos termos desta Constituição.

Dizia-se: "Para que isso, se tem o princípio da igualdade?" Porque somos discriminadas! Por isso, pela singela circunstância de que se tornava necessário tentar superar, que é o que estamos fazendo permanentemente, entendendo perfeitamente que a interpretação dada pelo Estado busca fazer com que o concurso não sofra interrupções. E nem precisa!

Estou falando isso em relação ao princípio da eficiência, que foi enfatizado nos documentos do processo e na fala do eminente Procurador, do Doutor César, porque há mecanismos administrativos de Direito para fazer com que, se for necessário, possa ser assegurado que um determinado cargo não seja provido até a finalização, com a continuidade do evento seletivo, com a possibilidade de isso ser feito ainda em um prazo, conforme o caso, em que o concurso não tenha sido devidamente homologado. Enfim, há muitos mecanismos para se superar, e o princípio da eficiência estará resguardado e o concurso público não sofrerá interrupção, nem o serviço público ficará comprometido com a necessidade de contratação, como foi aqui

RE 1058333 / PR

aventado.

Por tudo e portanto, tenho para mim que o que se tem hoje, e continua se tendo, é muito aquém do que imaginávamos que a esta altura, trinta anos depois, teríamos em termos de concretização, de densificação do princípio da igualdade.

Por isso mesmo é que estou acompanhando a conclusão do Ministro-Relator no sentido de negar provimento ao recurso, afirmando, mais uma vez, que o Direito Constitucional brasileiro garante a igualdade não apenas na letra, mas no sentido e na finalidade desta Constituição, que é formar uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária.

É como voto, Presidente.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência lembrava desse teste que era aplicado no Rio de Janeiro para os concursos públicos de juiz, e me veio à mente um outro tipo de preconceito, também revestido sob a forma de eufemismo, mas dessa feita um preconceito racial.

Quando era mais jovem, também como Vossa Excelência, morava no Rio de Janeiro. Eram muito comuns os anúncios, em jornais, por meio dos quais se procuravam empregadas ou empregados domésticos e se escrevia assim: "Procuram-se pessoas de boa aparência." Isso significava que estavam excluídos os negros.

Essa discussão que travamos hoje, na sessão desta tarde, demonstra como o preconceito se reveste de várias formas. E, uma das formas de afastar a mulher do mercado de trabalho ou mesmo da participação na vida pública e da Administração Pública é esta: impedir que ela, grávida, possa postergar o seu exame de aptidão física.

Queria dizer que estou totalmente de acordo com o Ministro-Relator, a quem parabenizo, mesmo na sua ausência, pelo brilhante voto que traz à colação. Acompanho-o integralmente e fico muito satisfeito pelo fato de o Plenário reafirmar, mais uma vez, a proteção à mulher, sobretudo à gestante.

Mas mais do que isso, segundo os diversos pronunciamentos, o Plenário está protegendo a gestante não só pelo fato de ela estar grávida, mas sim com fundamento, basicamente - e vários se pronunciaram nesse sentido -, no art. 227 da nossa Carta Magna, que diz o seguinte:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização [...]"

Portanto, quando protegemos a gestante, na verdade, estamos protegendo o nascituro, o futuro brasileiro. E digo isso porque,

RE 1058333 / PR

recentemente, a Segunda Turma concedeu uma ordem de *habeas corpus* coletivo protegendo justamente as gestantes que estavam encarceradas preventivamente, autorizando, ou melhor, determinando a prisão preventiva segundo estabelece, aliás, a lei processual.

Então, mulheres gestantes, presas gestantes ou mães de filhos de até doze anos, e, por proposta do Ministro Gilmar Mendes, mães de crianças com alguma deficiência física, teriam direito, nesse período, de permanecerem em prisão domiciliar. Penso que foi uma medida civilizatória. Nós nos baseamos não só na condição feminina, que merece toda proteção no caso da mulher presa, mas também no art. 227, em que nós visamos basicamente o bem-estar do brasileiro, ou do futuro brasileiro que estava encarcerado.

Essa nossa decisão, Senhor Presidente, Vossa Excelência sabe e também comemorou, mereceu uma menção elogiosa no relatório da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Acho que isso, para o Supremo Tribunal Federal, é um motivo, penso eu, de orgulho.

É importante reafirmar isso, porque essa decisão não foi compreendida por determinados setores da sociedade, entendendo que estávamos, de forma discricionária, ou até arbitrária, libertando criminosas, quando, na verdade, estávamos seguindo estritamente a Constituição e protegendo, na verdade, a criança que está para nascer ou a criança que está atrás das grades juntamente com as mães aprisionadas.

Faço esse registro, Senhor Presidente, para aproveitar este momento e dizer que, mais uma vez, a Corte reitera a proteção da mulher, a proteção da mulher grávida, mas, sobretudo, da criança.

E, com esses singelos argumentos, acompanho o Relator exatamente no mesmo sentido do seu voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também

eu, Presidente, cumprimentando o Relator pelo belíssimo voto e aqueles que o acompanharam, acredito que aqui não há que invocar o tema anterior da repercussão geral, no qual, de fato, consideramos que havia uma ordem que presidia o sistema de concurso, a questão de uma eventual doença; já se disse, gravidez nada tem a ver com doença, e o Tribunal houve por bem, e agora o Relator, deixar isso bem esclarecido.

E, aí, felizmente, acredito - vendo o copo, podemos dizer, meio cheio ou meio vazio -, podemos saudar, nesses trinta anos, o incremento, a participação intensa da mulher na sociedade; a presença, no Supremo Tribunal Federal, de duas notáveis Colegas, a presença da Procuradora-Geral da República. Nós que recebemos, constantemente, a visita de estrangeiros, os quais olham para esse quadro e dizem: "Bom, o Brasil tem avanços significativos".

E também na própria Magistratura como um todo, estadual e federal, se vê, de forma muito marcante e feliz, a presença

RE 1058333 / PR

feminina. De modo que, a despeito dos reparos e dos avanços que sempre se podem reclamar, é inequívoco que avançamos e progredimos significativamente nessa seara.

E acho que é importante, de fato, fixar aquilo que aparentemente era conatural, que não se precisava sequer exigir que se escrevesse no próprio edital. Parece-me que, quando discutimos a questão à luz da funcionalidade, da eficiência do sistema de serviço público, nunca levamos em conta a questão da gravidez.

De modo que, cumprimentando o eminente Relator, acompanho-o às inteiras.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tudo muito bonito, mas estava aqui a questionar-me onde o cioso Estado do Paraná teria claudicado, teria errado.

Presto um esclarecimento: na minha vida de Juiz, que já é um pouco longa, sempre busco a coerência e reconheço que fiquei vencido no julgamento, sob o ângulo da repercussão geral, referido inclusive quanto ao empréstimo desse instituto ao processo – processo revelador de recurso interposto em data anterior à regulamentação do instituto – o da repercussão geral. Fiquei vencido no caso.

E não será hoje que partirei para a via trilha da incoerência para assunção de postura conflitante com o que sustentei no voto isolado no Plenário, quando do exame do recurso extraordinário aludido, Tema nº 335, ou seja, o de nº 630.733.

Por que divergi naquele caso? Porque defrontei-me com situação jurídica a revelar força maior, na espécie caso fortuito – doença que acometera ou da qual fora acometido o candidato. E, no tocante a ele, negou-se a possibilidade de uma segunda época na prova de esforço.

Ressaltei no voto – e pedi o voto para lembrar-me dos parâmetros, das premissas lançadas – que devemos apreciar a situação caso a caso, tendo em conta as peculiaridades do processo. Processo possui balizas. Processo revela relação subjetiva quanto aos envolvidos e relação objetiva. Há valores que precisam ser sopesados. Não cabe simplesmente empunhar a bandeira, como disse inicialmente no voto, do belo, e imaginar até mesmo – o que não imagino – a prática de discriminação pelo Estado do Paraná.

Reconheço que é um projeto muito ousado inscrever-se em um concurso público para a Polícia Militar e, ao mesmo tempo, engravidar, e uma gravidez – penso, presumindo o que normalmente ocorre – querida, uma gravidez buscada.

Não se trata daquela situação que se mostrou – sob a minha óptica – mais favorável para admitir-se a segunda época, na prova de esforço, em

RE 1058333 / PR

que envolvida força maior, na espécie caso fortuito, já que, como costume denominar, a deformidade sublime – não cogito de aleijão –, deformidade porque a mulher fica fisicamente alterada ante a gravidez, e sublime porque porta um ser. A gravidez não é uma doença e assim não pode ser tomada como a configurar força maior e, portanto, caso fortuito.

No precedente, a maioria, a sempre douta maioria – e toda vez que fico vencido, principalmente de forma isolada, questiono-me sobre o acerto ou desacerto da óptica revelada – proclamou, na dicção do Relator do recurso extraordinário nº 630.733/DF:

"Recurso Extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário" – admitiu o problema – "de saúde. 3. Vedação expressa em edital" – e eu vou chegar no caso concreto, a lei do certame, do concurso, que é o edital – "Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia" – e eu perguntaria: quantos e quantos, marchando como se deve marchar quando se visa um cargo público, observaram o edital? E acometidos de doenças sequer pretenderam a remarcação? Continua a ementa do acórdão – "Violação do princípio da isonomia. Não ocorrência" – aí é uma discriminação inversa, mas em se tratando da mulher, há de se estabelecer a exceção, principalmente a mulher grávida – "Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia" – e devemos tratar igualmente homens e mulheres, e não concebo a discriminação, considerado o homem e, com maior razão, considerada a mulher - "à luz dos postulados da impessoalidade" – e Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade estrita e à impessoalidade – "e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais" – e a gravidez é uma circunstância pessoal – "dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada

RE 1058333 / PR

realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento."

No caso concreto, o edital mostrou-se claro na vedação a uma segunda prova, inclusive a de esforço. A gravidez, reafirmo, não é imprevisível. Dizer-se que se deve desconhecer a tese fixada sob o ângulo da repercussão geral, no precedente ao qual me referi, no extraordinário de nº 630.733, a pretexto de agasalhar-se esse fato, a gravidez é um passo, para mim, demasiadamente largo, que não dou.

Tem-se mais: qual foi a ação ajuizada para lograr-se a remarcação? Uma ação que tem, como primeira condição, direito líquido e certo: o mandado de segurança. Reconheceu-se a presença desse direito líquido e certo, contrariando-se o que apontei como lei do certame, ou seja, o edital, que obriga indistintamente a Administração Pública e aqueles que se apresentam para concorrer, objetivando a ocupação do cargo visado pelo concurso.

Ante esse contexto, não tenho como concluir que a decisão prolatada se afina com a Constituição Federal – no que impõe o tratamento isonômico, pouco importando o gênero –, no que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. E o edital é claríssimo, a obstaculizar – e todos os candidatos ficaram alertados quanto a isso – a remarcação das provas.

Presidente, diz-se – não me lembro de quem é a frase, mas, penso que é de Machado Guimarães – que há mais coragem em ser justo parecendo injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências, simples aparências, da Justiça.

Sem incoerência, considerado o voto isolado no precedente que diz da impossibilidade, ante o edital, de remarcar-se as provas, precedente formalizado sob o ângulo da repercussão geral em 2013, provejo o recurso interposto pelo Estado do Paraná. E digo que sou um grande admirador do sexo oposto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhor Presidente, **para acompanhar, integralmente, o magnífico voto** proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX. *Em consequência*, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário.

Por tal razão, também acolho a proposta de tese **formulada** pelo eminente Ministro LUIZ FUX, **no sentido de que** “*É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público*”

É o meu voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

PROPOSTA

(de tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, à semelhança do que procurei fazer no voto, é uma tese sintética, enxuta, baseada nos seguintes termos: *É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.*

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

RECDO.(A/S) : EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA

ADV.(A/S) : GILBERTO KANDA (43415/PR, 260147/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 973 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por unanimidade, fixou-se a seguinte tese: "É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público". Não participaram, justificadamente, da votação da tese, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo recorrente, o Dr. César Augusto Binder, Procurador do Estado do Paraná; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário