

Os direitos humanos na tutela das pessoas LGBTI+ na ordem jurídica interna

João Amaro de SOUSA*

Alexandre Melo Franco de Moraes BAHIA**

RESUMO: Toda a ordem extrai fundamento de validade e hermenêutico das disposições constitucionais. No Brasil, em razão do *status* materialmente constitucional, os tratados de direitos humanos estão ao lado das normas contidas no documento denominado Constituição. Destarte, a tutela das pessoas LGBTI+ ganhou contorno internacional: a ordem interna dialoga ainda mais com a ordem externa. Ademais, a legalidade constitucional tornou o direito privado mais consentâneo ao axioma da dignidade da pessoa humana e aberto à incidência de direitos humanos, ciente da ausência de tipicidade dos direitos de personalidade. Nesse panorama, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e documental, com método hipotético-dedutivo e finalidade exploratória, com o objetivo de comentar algumas das contribuições do direito internacional dos direitos humanos para o aprimoramento do Direito Civil no tocante à proteção dos direitos LGBTI+, considerando que tais tratados e convenções limitam a atividade do constituinte reformador, dos poderes constituídos e, sem dúvidas, dos particulares. Robustecem, pois, nessa medida, a proteção das pessoas LGBTI+ no âmbito interno.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil na legalidade constitucional; bloco de constitucionalidade; direito internacional dos direitos humanos; proteção das pessoas LGBTI+.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Direito civil na legalidade constitucional e a sua conexão com os tratados internacionais para a tutela da personalidade; – 3. Abertura do Estado brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos; – 4. Documentos internacionais em matéria LGBTI+; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

TITLE: *Human Rights in the Protection of LGBTI+ People in the Domestic Legal Order*

ABSTRACT: *Neoconstitutionalism redesigned the theory of the legal norm, the Constitution came to occupy a central position in the legal system. With this, the whole order extracts a validity and hermeneutic basis from the constitutional provisions, which, in Brazil, due to the materially constitutional status of human rights treaties, are contained in the constitutionality block. Consequently, Civil Law, as a legal branch, was also constitutionalized. Thus, the protection of LGBTI+ people has gained an international profile: the internal order dialogues even more with the external order. It should also be noted that constitutional legality has made private law more in line with the axiom of human dignity and open to the incidence of human rights, aware of the lack of typical personality rights. In this context, bibliographic and documentary research is carried out, using a hypothetical-deductive method and exploratory purpose, with the aim of analyzing the contributions of international human rights law to the improvement of Civil Law with regard to the protection of LGBTI+ rights, considering that such treaties and conventions limit the activity of the reforming constituent, of the constituted powers and, without a doubt, of individuals. Therefore, they strengthen, to that extent, the protection of LGBTI+ people internally.*

KEYWORDS: *Civil law in constitutional legality; constitutionality bloc; international human rights law; protection of LGBTI+ people.*

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP e IBMEC-BH. E-mail: alexandre@ufop.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Civil law in constitutional legality and its connection with international treaties for the protection of personality; – 3. Openness of the Brazilian State to the international protection of human rights; – 4. international documents on LGBTI+ matters; – 5. Conclusion; – 6. References.

1. Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria da norma jurídica passou por alterações substanciais (conteúdo) e metodológicas (método)¹ na tentativa de tutelar o indivíduo *in concreto* em face de comportamentos arbitrários e desproporcionais do Estado e, mais recentemente, de particulares.

Deixou-se de lado uma compreensão legalista (direito como lei) do ordenamento para uma leitura construtiva do Direito,² fundada na promoção dos direitos fundamentais, haja vista o fato de as normas constitucionais serem dotadas de força normativa (e não como mera recomendação), de superioridade em relação à legislação infraconstitucional e de centralidade aos demais ramos do Direito – seja público ou privado –, fenômeno conhecido como “constitucionalização do Direito”.³

A Constituição, desse modo, oferta fundamento de validade e guia a interpretação da ordem jurídica. Nesse sentido, a afronta formal (procedimento) ou material (conteúdo) às suas normas, caso insuperável pela via interpretativa, pode resultar na extirpação da norma do sistema.

Especificamente no Brasil, a noção do que é Constituição é mais ampla. Daí classificá-la, quanto à forma, como mista, uma vez que ao lado das normas inseridas nesse documento político-organizacional existem Tratados Internacionais de Direitos Humanos que compõem um bloco de constitucionalidade.

¹ Para informações sobre as alterações advindas com o pós-guerra, cf. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 240, Fundação Getulio Vargas: jan. 2015.

² Presente em autores como Ronald Dworkin, que pensam de forma dinâmica a interpretação do Direito, superando tanto o convencionalismo (positivismo), que apenas olha para o passado, quanto o consequencialismo (realismo), que julga pensando no futuro. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Sobre isso ver também: PEDRON, Flávio Quinaud. Que críticas da teoria do direito como integridade de Dworkin pode fazer contra a tese do livre convencimento motivado do magistrado? *Rev. Eletr. do Curso de Direito da UFSM*, vol. 13, n. 2, 2018, pp. 754-774. E BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de J. Habermas. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. BH: Mandamentos, 2004, p. 301-357. Disponível em: <<http://migre.me/vqbt1>>.

³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Rev. da Fac. de Direito da UFMG*, Nova Fase, a. XXX, n. 23-25, pp. 59-103, 1982; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Assim, Tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, entre outros, inserem-se nesse bloco de constitucionalidade, expandindo a proteção da identidade, da orientação sexual e do gênero.

Questiona-se como se dá o relacionamento entre ordem interna e internacional no fortalecimento da proteção institucional das pessoas LGBTI+. A pesquisa tem como objetivo justamente analisar as contribuições do Direito Internacional dos Direitos Humanos para o aprimoramento do Direito Civil na tutela das pessoas desse grupo em situação de vulnerabilidade.

Ergue-se como hipótese que os Tratados de Direitos Humanos, independentemente do procedimento solene de internalização, por força do art. 5º, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), possuem *status* constitucional, o que permite, por intermédio do controle de constitucionalidade/convencionalidade e da interpretação da legislação, o robustecimento da salvaguarda dos direitos LGBTI+.

Para tanto, desenvolveu-se pesquisa crítica-reflexiva, bibliográfica e documental, com método hipotético-dedutivo e finalidade exploratória à medida que, respectivamente, a hipótese submete-se ao processo de falseamento e os horizontes expandem-se com a investigação.

A pesquisa encontra justificativa justamente na importância da tutela das pessoas LGBTI+ para assegurar o livre desenvolvimento da sua personalidade, já que esta se constrói com o relacionamento intersubjetivo.

O artigo foi estruturado em três partes. Primeiro, estuda-se o Direito Civil (direitos de personalidade, sobretudo) como integrante de um sistema jurídico composto também por normas de Direito Público. Em seguida, investiga-se o processo de abertura do Brasil à proteção internacional dos Direitos Humanos para, após a análise hierárquica dos Tratados, examinar os documentos internacionais em matéria LGBTI+. Por fim, conclui-se, em síntese, que a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, ao prever expressamente a vedação de ato discriminatório em razão da sexualidade (orientação sexual, gênero, sexo, etc.), representa uma conquista desses grupos e, além disso, interfere, dado o nível materialmente constitucional dessa convenção, em toda a ordem jurídica.

2. O direito civil na legalidade constitucional e a sua conexão com os tratados internacionais para a tutela da personalidade

Contemporaneamente, não merece prosperar o argumento de que as normas constitucionais são desprovidas de efeito vinculante/obrigatoriedade, ou seja, com caráter apenas recomendatório, haja vista a força normativa da Constituição⁴ e sua posição de superioridade em um sistema de escalonamento normativo.⁵ Com isso, toda a ordem jurídica deve ser compatível e interpretada segundo as disposições constitucionais para que se mantenha a unidade e a hierarquia do sistema, bem como para evitar degenerações no Estado de Direito.⁶ Assim é que as normas que tratam dos direitos fundamentais e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se aditam às normas de natureza civil⁷ para produzir especial tutela à pessoa no desenvolvimento da sua personalidade.

A velha divisão entre os Direitos público e privado não faz sentido ante a unidade do sistema jurídico. Ainda que se dediquem um e outro a interesses primordialmente públicos ou privados, integram um todo, cuja unidade se funda na Constituição, sob a amálgama dos princípios constitucionais.⁸

Sem adentrar no debate teórico acerca da matéria, prevalece no Brasil a tese da incidência horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas,⁹ admitindo-se que tais direitos, assim como os direitos humanos, sejam oponíveis ao Estado e aos particulares em geral. Limitam a atuação do Poder constituinte derivado reformador, por força da cláusula pétrea constante no inciso IV do §4º do art. 60 da CRFB/88 e se espraiam para exigir o seu cumprimento nas relações entre particulares, produzindo efeitos sobre estas. Matérias que antes se confinavam no ambiente dos códigos passam a ser cotejadas em atenção aos direitos humanos e fundamentais. Como exemplo disto

⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Trad. Carlos Maluquer de Motes y Bernet; Agustín Luna Serrano. Madrid: Dykinson, 2008.

⁷ Para Ramos, no Estado Constitucional a normatividade das Constituições ganha sentido em relação não só ao Direito interno, mas também ao plano internacional, pois representa significativamente a diluição das fronteiras nacionais do ponto de vista da consolidação crescente de valores jusfundamentais comuns. RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 17-35, jan./mar. 2017.

⁸ Sobre uma revisão do que significam público e privado na atualidade ver: BAHIA, Alexandre. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

tem-se diversas decisões lavradas pelo STF e pelo Superior Tribunal de Justiça, como a seguinte:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.* II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. *A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]* (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.¹⁰ (grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CLUBE SOCIAL. PROIBIÇÃO DE FREQUÊNCIA. EX-COMPANHEIRO. ISONOMIA. VIOLAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. EQUIPARAÇÃO A EX-CÔNJUGE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE MATERIAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. *O espaço de autonomia privada garantido pela*

¹⁰ STF, 2ª T., RE 201819 RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.2005.

Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados e de terceiros (RE nº 201.819-8). 3. A recusa de associação, no caso um clube esportivo, baseada exclusivamente em cláusula protetiva apenas a ex-cônjuge de sócio proprietário de título, excluindo o benefício a ex-companheiro, viola a isonomia e a proteção constitucional de todas as entidades familiares, tais como o casamento, a união estável e as famílias monoparentais. 4. Recurso especial não provido.¹¹ (grifou-se)

Eis o que se convencionou chamar *direito civil na legalidade constitucional*. Trata-se de uma metodologia que se impõe pelo abandono da técnica subjuntiva de interpretação das normas para a adoção de uma técnica hermenêutica apta a permitir a releitura da norma civilista segundo os valores constitucionais, de sorte a buscar sua máxima adequação aos padrões de justiça constitucionalmente chancelados.¹² Não basta promover a matéria civil à condição de norma constitucional, forçando uma constitucionalidade formal. É necessário que todo o acervo normativo civilista seja relido à luz dos princípios constitucionais.¹³

Na dicção de Pietro Perlingieri,¹⁴ as normas constitucionais podem incidir diretamente nas relações privadas quando não houver regulamentação da matéria pelo legislador; ou podem aplicar indiretamente nessas relações quando já existir regulamentação. Nesse caso, as normas constitucionais funcionaram como regra hermenêutica.

Entende-se, entretanto, que, mesmo que haja regulamentação, as normas constitucionais incidem diretamente nas relações privadas e, além disso, caso a norma infraconstitucional não esteja em compatibilidade formal e material com a norma constitucional, e nem possa ser compatibilizada pela via hermenêutica, poderá vir a ser invalidada.

¹¹ STJ, 3ª T., REsp 1713426 PR 2017/0307936-5, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 04.06.2019.

¹² TEPEDINO, Gustavo. A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João pessoa. *A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 23-51.

¹³ Cortiano Junior, Ehrhardt Jr. e Catalan afirmam que a metodologia do direito civil-constitucional simboliza a passagem dos indivíduos patrimoniais (foco do individualismo do direito civil tradicional) para os indivíduos existentes (marca do direito civil contemporâneo ao destinar tutela também às relações existenciais). Cf. CORTIANO JUNIOR, Eroulth; EHRHARDT JR., Marcos; CATALAN, Marcos Jorge. O direito civil constitucional e a pandemia. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 26, out./dez. 2020, pp. 247-256.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999; PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, cit.

Esse método oriundo do pensamento de Perlingieri teve, no Brasil, significativa receptividade “por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária”.¹⁵

Porém, segmentos mais tradicionais do Direito Civil, primando pela pureza dogmática deste ramo do Direito, argumentam em contrário que tal metodologia traria perigos relevantes, especialmente à vista dos seguintes pontos: 1) os princípios constitucionais são normas de organização político-social e não atendem diretamente às relações privadas, mesmo que se reconheça a sua obrigatoriedade; 2) os riscos de ampliar a subjetividade dos magistrados, em razão da baixa concretude desses princípios, quando tencionam a sua aplicação ao caso concreto; 3) a sujeição das normas constitucionais às contingências políticas; 4) a interferência ilegítima na autonomia da pessoa, substrato tradicional do Direito civil.¹⁶⁻¹⁷

Malgrado essas objeções, é indispensável lembrar, nos argumentos de Stefano Rodotà,¹⁸ que o inexorável processo de constitucionalização do Direito privado se imbrica com a ideia de *pessoa constitucional* e o arcabouço de direitos humanos e fundamentais que conquistou. O indivíduo sem rosto é, agora, a pessoa que se transmuta do sujeito abstrato de direito para o “sujeito de carne”, com todas as suas vicissitudes e singularidades relevantes ao processo de desenvolvimento da sua personalidade. O Direito já não lida apenas com a categoria abstrata, idealizada no sujeito de direito da modernidade; importa-lhe a pessoa *in concreto*. Sem a observância das circunstâncias que matizam a identidade e a vida desse sujeito de carne, não há como ver concretizada a dignidade, fundamento da República brasileira.

¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 60, n. 1. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 194.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 4/5, 2004, pp. 167-175.

¹⁷ Essas críticas não se sustentam, já que (1) os princípios constitucionais não dizem respeito exclusivamente à organização político-administrativa, disciplinando também as relações privadas; (2) os princípios constitucionais proporcionam um fechamento hermenêutico; (3) as normas infraconstitucionais estão ainda mais sujeitas às contingências políticas, tendo em vista a maior facilidade de alteração da lei em comparação com o processo de modificação formal do texto constitucional; e (4) não há ilegítima interferência na autonomia privada na subespécie existencial, mas guardada protetiva constitucional para que a pessoa humana possa desenvolver livremente seus projetos de vida, resguardada a autonomia de outrem.

¹⁸ RODOTÀ, Stefano. Del sujeto a la persona. In: *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

Cabe frisar que a proteção ao “sujeito de carne” envolve a tutela tanto contra a imputação de identidade¹⁹ quanto contra a ausência ou insuficiência de reconhecimento.²⁰ Identidade significa aquilo que individualiza o sujeito, diferenciando-o dos demais.²¹ Todavia, não basta salvaguardar a autoidentificação, é necessário o seu reconhecimento pelo outro para que haja efetiva proteção da pessoa humana e igualdade material.²²

Desse modo, a identidade²³ já não se subsume aos atributos estáticos: nome, imagem-retrato, honra, identidade genética e biológica, mas também representa a expressão da própria autonomia na construção da subjetividade e da sua biografia. Identidade é traço inextricável e fundamental da personalidade, paulatinamente forjada pelo caminhar pelos cenários e circunstâncias da vida, razão pela qual não se pode negligenciar a devida tutela jurídica.²⁴

No entanto, o desenvolvimento dessa identidade, que praticamente se irmana com o desenvolvimento da própria personalidade sob a perspectiva dinâmica, requer elevada dose de autonomia, pois demanda a realização de escolhas existenciais importantes que devem ser firmadas sem a interferência ou coação direta de terceiros ou do Estado. Trata-se aqui do espaço “indecidible per legislatore” ao qual se refere Rodotà.²⁵ É nessa medida que Rodotà identifica a autodeterminação (autonomia para escolhas como essas) como o verdadeiro conteúdo da dignidade da pessoa humana. Sem que se respeitem as suas

¹⁹ Para Maria Celina Bodin de Moraes, a identidade pessoal simbolizaria a pessoa globalmente considerada – nome, origem genética, retrato-imagem, identificação biofísica (instância estática); biografia, imagem-atributo, estilo de vida individual e social (instância dinâmica). Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, n. 5, 2007.

²⁰ KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar*, vol. 23, n. 1. Fortaleza: jan./mar. 2018, pp. 1-11. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>>. Acesso em: 12.08.2020.

²¹ TAYLOR, Charles. Identidad y reconocimiento. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 7, 1996, p. 10-19.

RODOTÀ, Stefano. Del sujeto a la persona, cit.

²² FRASER, Nancy. La justiça social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*, vol. 4, n. 6. dez. 2008, pp. 83-99.

²³ O Poder Judiciário aborda a identidade de gênero sobre dupla perspectiva: estática e dinâmica. A primeira está associada ao sexo biológico (algo natural e perene), já a segunda atrela-se ao gênero enquanto fruto de processo de construção identitária. A mudança jurisdicional de perspectiva para enxergar o gênero como autocompreensão pessoal (visão dinâmica) foi paulatina, marcada pela noção de ausência de razão constitucional para fundamentar a limitação dos atos de autonomia, quando estes produzem somente efeitos pessoais. Aliás, ainda que acarrete efeitos interpessoais, é necessária a ponderação entre os valores, com primazia para as relações existências (MENEZES; LINS, 2018).

²⁴ “[...] situações cujos efeitos ultrapassam a esfera do titular exigem maior cuidado em relação à ponderação dos interesses em jogo em caso de conflito, de modo que a autonomia privada de uns não se torne a limitação ou mesmo a negação de interesses existenciais de outros. Por outro lado, situações cujos efeitos não alcançam a esfera jurídica alheia demandam cautela, vez que nesses casos eventuais restrições à autonomia podem caracterizar intervenções paternalistas não voltadas para a garantia de emancipação pessoal” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 14, n. 4. Belo Horizonte: dez. 2017, p. 102).

²⁵ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

escolhas mais íntimas, aquelas que não têm o condão de impactar a esfera jurídica de terceiros, não se terá garantida a dignidade da pessoa.

O fundamento jurídico que sustenta uma tão importante autonomia pode se extrair do compromisso do Estado brasileiro com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB/88), fundamento da República e epicentro dos direitos fundamentais (art. 5º da CRFB/88), que é também o núcleo duro dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §2º da CRFB/88). Sob o seu pálio se erige uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, assim conceituada por Tepedino²⁶ como a abertura do sistema jurídico à proteção da pessoa.

Essa pessoa constitucional descrita por Rodotà, cuja personalidade é tutelada por uma verdadeira cláusula geral, não se conforma com um rol taxativo de direitos de personalidade. Daí dizer-se que há apreciação qualitativa da personalidade,²⁷ que a consubstancia em valor constitucional unitário,²⁸ ou seja, levam-se em consideração todos os elementos existenciais.

É sob essa perspectiva que a tutela da personalidade e da identidade transcende as fronteiras herméticas da disciplina civil tradicional. Na unidade do sistema é que se garantem os espaços de desenvolvimento da personalidade, evocando-se o necessário diálogo entre as normas de Direito interno (público e privado) e externo, de modo a forjar as melhores soluções para assegurar esse valor tão importante para as democracias do pós-guerra. Uma vez que é garantida a identidade, não há que se discriminar em razão das escolhas identitárias. Por tal razão é que, por exemplo, no bojo da ADI nº 5543/DF, o STF declarou inconstitucionais as normas restritivas da doação de sangue por HSH (homens que fazem sexo com outros homens), tendo em vista que o atual estágio da ciência permite a realização de relações sexuais seguras até mesmo com infectados com o vírus HIV.

3. Abertura do Estado brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos

Muito se discutiu acerca da interação entre as ordens jurídicas interna e a internacional, sistematizando-se as duas teorias mais representativas: monista e dualista. De acordo

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, cit.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade, cit.

com a primeira, o ordenamento jurídico é o resultado de uma agregação entre as duas ordens, com prevalência do Direito internacional sobre o interno (primazia do Direito internacional) ou o inverso – prevalência do Direito interno sobre o Direito internacional (primazia do Direito interno). Para a teoria dualista, coexistem dois Direitos autônomos, a saber: o interno, que regula as relações entre o Estado e os particulares, e o internacional, que rege as relações entre os Estados.²⁹

Com o advento da CRFB/88, conforme o § 2º do art. 5º, “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”.³⁰ A partir de então, o próprio texto constitucional anuncia um processo de abertura do Estado brasileiro à ordem internacional, aproximando-se do que dispôs a teoria monista.

Vislumbra-se processo concomitante de internacionalização do Direito Constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional à proporção que, de um lado, a Constituição contempla normas constitucionais abertas que autorizam a interação da ordem interna com a externa, e, por outro, há, na ordem internacional, elevado grau de positivação dos direitos humanos.³¹

A respeito da posição hierárquica dos tratados, o STF já havia se posicionado sobre a sua incorporação ao Direito interno, assumindo o mesmo plano de validade, eficácia e autoridade que as leis ordinárias. *In verbis*:

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a

²⁹ BEZERRA, Ricardo dos Santos. O conflito entre o direito internacional público e o direito interno brasileiro. Revista Dat@venia, Campina Grande, vol. 5, n. 2, p. 81-92, dez. 2013. Semestral.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. DOU, Brasília, DF, 05 out. 1988.

³¹ PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 59.

aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade [...].³²

No julgamento do RE nº 466.343-1/SP,³³ o STF entendeu que os tratados de direitos humanos não internalizados com o rito especial (§ 3º do art. 5º c/c art. 60 da CRFB/88) teriam apenas o nível supralegal – abaixo da Constituição e acima das demais leis.

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.³⁴

Entretanto, Flávia Piovesan,³⁵ Antônio Augusto Cançado Trindade³⁶ e Valério Mazzuoli³⁷ insistem no *status* constitucional dos Tratados, haja vista que fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Dúvida não resta que, após a EC nº 45/2004,³⁸ que acresceu ao art. 5º da CRFB/88 o §3º, os Tratados Internacionais aprovados sob o rito especial estabelecido gozam de fundamentalidade formal e material. Mas é também certo que a cláusula de abertura do art. 5º, §2º já reconhece a fundamentalidade material de tantos outros Tratados cujos

³² STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1480-3/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. em 04.09.1997.

³³ No referido RE de relatoria do Min. Cezar Peluso, o STF entendeu que não há mais, no ordenamento jurídico brasileiro, base legal para a prisão do depositário infiel. Chegou-se a esta conclusão ao interpretar o art. 5º, inciso LXVII e seus §1º, 2º e 3º da CRFB/88 à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

³⁴ STF, Tribunal Pleno, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03.12.2008, pp 20-26.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³⁸ A reforma judiciária (EC nº 45/2004), no tocante à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, representou retrocesso do ponto de vista normativo, pois o §2º do art. 5º da CRFB/88 já enquadrava esses tratados como normas materialmente constitucionais e o §3º do art. 5º da CRFB/88 passou a exigir rito diferenciado, o que dificultou a proteção internacional dos direitos humanos. Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 2005, n. 6. Fortaleza: jun. 2016.

conteúdos se comprazem aos princípios da República. Uns e outros integram o rol de normas constitucionais, constituindo-se em verdadeiro bloco de constitucionalidade.³⁹

Essa perspectiva, conforme adverte Ana Maria D'Ávila Lopes,⁴⁰ ainda sofre a resistência de autores mais apegados a um excesso legalista que reduz a Constituição a uma lei técnica que organiza o Estado, reparte as funções dos poderes e exterioriza formalmente os direitos.⁴¹

Com efeito, existiam duas possibilidades hierárquicas concernentes aos Tratados de Direitos Humanos: ou obedeciam à solenidade do art. 60 da CRFB/88 e equivaleriam à EC ou, ao não obedecer, teriam nível supralegal.

Contudo, na já citada ADI nº 5.543/DF, que trata da declaração de inconstitucionalidade das normas restritivas da doação de sangue por HSH, o STF entendeu que o §3º do art. 5º da CRFB/88 destina-se ao Poder Legislativo, que tem a faculdade de internalizar Tratados Internacionais de Direitos Humanos como equivalentes à EC. Isso não elimina a possibilidade de o Poder Judiciário, com arrimo no art. 5º, §2º da CRFB/88, robustecer a proteção internacional dos direitos humanos.

Em outras palavras, a tese da supralegalidade foi revisada para determinar que, independentemente do quórum qualificado, os Tratados de Direitos Humanos são normas materialmente constitucionais, como se infere no recorte do acórdão infracitado.

Não obstante a relevância e importância históricas da tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o § 3º do art. 5º (CRFB) - adotada por esta Corte por ocasião do julgamento do RE 466.343-1, trata-se de fórmula que encontra-se madura para possível revisão. [...] é de se compreender que os direitos oriundos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo *materialmente constitucionais* se somam e equiparam aos direitos fundamentais

³⁹ Malgrado este bloco existir desde o advento da CRFB/88, por arrimo do seu art. 5º, §2º, somente com a EC nº 45/2004 houve aplicação jurisdicional e desenvolvimento doutrinário. Cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, vol. 22, n. 2, Passo Fundo: jul./dez. 2016.

⁴⁰ LOPES, Ana Maria Dávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 30, n. 59. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2009, p. 56.

⁴¹ Os tratados não referendados pelo Congresso Nacional na forma solene de aprovação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) teriam nível de lei ordinária – que, conseqüentemente, em caso de eventual conflito, se resolveria pelo critério da especialidade. Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 182. Expande-se essa compreensão para incluir o critério cronológico como método de solução do conflito.

sediados formalmente na Constituição. Todos eles, no entanto, podem e devem, por força do disposto no art. 5º, §2º CRFB, serem considerados direitos *materialmente constitucionais*. [...] o § 3º do art. 5º da CRFB constitui faculdade de o Poder Legislativo procurar robustecer a proteção normativa dos direitos assegurados pelos tratados e convenções que sigam tal procedimento, com potenciais reflexos decorrentes de sua equiparação formal a emenda constitucional. [...] no entanto, não exime o Poder Judiciário de, à luz do caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, vivificá-los na interpretação das demais cláusulas constitucionais.⁴²

Isso implica que os Tratados de Direitos Humanos, seja qual for o procedimento de internalização – solene ou simples –, são parâmetros do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, tanto difuso quanto concentrado da lei e dos atos normativos, haja vista a centralidade e a superioridade da Constituição⁴³ (classificada, quanto à forma, como mista à proporção que existe, no Brasil, um bloco de constitucionalidade).

Dissente desse nexos causa-consequência⁴⁴ Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁵ ao argumentar que somente os Tratados incorporados na forma do §3º do art. 5º da CRFB/88 têm a aptidão de servir de padrão de controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade, enquanto os demais, não internalizados com quórum qualificado, servem tão somente como padrão do controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade.⁴⁶

Esse dissenso de Mazzuoli não parece acolhido pelo STF mais recentemente, que, via voto do Relator, utilizou diversos documentos internacionais como parâmetro na citada ADI nº 5.543/DF para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos do Ministério da Saúde e da ANVISA, que restringiam a doação de sangue por pessoas LGBTI+, como se constata no fragmento textual adiante:

[...] afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do

⁴² STF, Plenário, ADI 5543 DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 11.05.2020 pp. 32-34.

⁴³ A normatividade, a centralidade e a superioridade da Constituição, do ponto de vista metodológico-formal, são características do neoconstitucionalismo. Cf. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, cit.

⁴⁴ Tratado de direitos humanos como norma constitucional (causa) – parâmetro do controle de constitucionalidade/convencionalidade (consequência).

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*, cit., p. 165.

⁴⁶ Nesse ponto, Flávia Piovesan (2002) não concorda com Mazzuoli, pois entende que qualquer Tratado Internacional de Direitos Humanos pode servir de parâmetro ao controle abstrato de constitucionalidade/convencionalidade. PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-75.

art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza *materialmente* constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.⁴⁷

Desperta atenção o ocasional conflito entre disposições constitucionais (manifestação do poder constituinte originário) e algum Tratado de Direitos Humanos, conquanto a existência da tese da prevalência daquelas em relação a esses, perfilhando-se, para evitar tratamento inconsistente do conflito no sistema constitucional, a utilização das diretrizes hermenêuticas na busca da solução que seja mais benéfica quanto aos direitos fundamentais.⁴⁸

À vista disso, o processo de abertura do Estado brasileiro à ordem internacional foi lento, gradual e marcado por controvérsias atinentes à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos até a confirmação, pelo STF do status constitucional desses documentos dotados de força vinculante. Com isso, uma vez internalizados, independentemente do procedimento solene de aprovação, toda a ordem jurídica deve observá-los, senão sobrevirá a invalidade da norma constitucional derivada ou infraconstitucional colidente. Para além da interpretação do Direito privado à luz dos axiomas constitucionais, o controle de convencionalidade também tem aptidão a servir de mecanismo de proteção da pessoa humana.

4. Documentos internacionais em matéria LGBTI+

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, como já explanado, são normas materialmente constitucionais ao lado das disposições formalmente constitucionais, nos termos do art. 5º, §2º da CRFB/88. Disciplinam a tutela da pessoa humana no que toca aos direitos de personalidade. No caso da proteção do grupo vulnerável LGBTI+, em específico, incidem especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

⁴⁷ STF, ADI 5543/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 11.05.2020, p. 40.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz. SERRAMALERA, Mercè Barcelò (Org). *Direitos fundamentais em estados compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013, p. 439-470.

Esses diplomas normativos foram usados como fundamento expresso no acórdão da ADI nº 5543/DF, com exceção da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, como se apercebe no fragmento textual *infra*:

Tem-se, assim, a vedação à discriminação manifestada quer como um direito positivado (*hard law*), juridicamente vinculante, – no bojo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 592/1992), do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Decreto nº 678/1992) e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância –, quer como guia (*soft law*) – verificado nos Princípios de Yogyakarta, que possuem caráter orientativo e contam com a boa-fé e discricionariedade dos países para serem dotados de eficácia.⁴⁹

Constata-se, da leitura da passagem textual citada, que os ministros do STF agiram como juízes interamericanos em nível nacional⁵⁰ ao aplicar a CADH e demais tratados. Instruídos, inclusive, quanto à aplicação da legislação internacional inerente à orientação sexual e à identidade de gênero pelos Princípios do Yogyakarta – documento elaborado por grupo de especialistas em direitos humanos de nacionalidades distintas.

O referenciado escrito orientativo salienta, logo na sua introdução, a essencialidade das variadas dimensões da sexualidade para a dignidade de cada pessoa humana. Por assim considerar, opina, no seu Princípio 2º, pelo dever dos Estados em adotar normas adequadas, bem como outras medidas para combater e eliminar a discriminação por motivo de identidade de gênero e orientação sexual, seja no espaço público ou privado.

O PIDCP, internalizado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e a CADH, internalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, estipulam o compromisso dos Estados-Partes em proteger a pessoa contra atos discriminatórios em razão do sexo, ao mesmo tempo preveem cláusula geral de proibição de discriminação. Tal assimilação se extrai dos verbetes a seguir:

Art. 1º [...] 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, *sexo*, idioma,

⁴⁹ STF, ADI 5543/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 11.05.2020, p. 39.

⁵⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006 – 2011. *Revista do Curso de Direito*, vol. 2, n. 4. São Luís: dez. 2012.

religião, opiniões políticas ou *de qualquer outra natureza*, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou *qualquer outra condição social*.⁵¹ (*grifou-se*)

Art. 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*. [...] Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e 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*.⁵² (*grifou-se*)

Não bastasse a cláusula geral, a disposição proibitiva da subversão do indivíduo por motivo de sexo engloba as pessoas LGBTI+, visto que para se entender o sentido e o alcance da norma jurídica faz-se indispensável o relacionamento entre o texto normativo e a realidade em que se insere.⁵³

Com efeito, a realidade em que o texto se encontra é a de que a sexualidade não está adstrita ao aspecto binário homem-mulher, haja vista que abarca uma construção sociocultural. Representa, pois, termo polissêmico atrelado ao sexo biológico, ao gênero e à orientação sexual. Enquanto o sexo se refere à presença de aparelho reprodutor e às demais características sexuais inerentes, o gênero consiste na forma de se comportar do sujeito, na exteriorização desse comportamento (expressão de gênero) e/ou no sentimento de pertencimento ao mesmo ou a outro gênero (identidade de gênero). Por sua vez, a orientação significa o interesse afetivo sexual por pessoa do mesmo, de diferente ou de qualquer gênero, classificado, respectivamente, como homossexual, heterossexual e bissexual.⁵⁴

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 nov. 1992.

⁵² BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 1992.

⁵³ MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁴ JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012.

Bomfim e Bahia⁵⁵ informam que a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) proíbe a discriminação de crianças quando seus pais são homossexuais. Contudo, tal documento não contém explicitamente regra proibitiva do ato discriminatório em função da orientação sexual dos pais, falando, o texto normativo, tão somente em sexo,⁵⁶ o que não exclui a proteção das crianças filhas de genitores homossexuais.

Reforça a proteção desse grupo vulnerável a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância ao prever expressamente em seu texto o sexo, a orientação sexual e a identidade e expressão de gênero como esfera da vida privada em que é inadmissível qualquer ação ou omissão discriminatória, conforme se observa no enunciado infracitado:

Art. 1º [...] 1. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, *sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero*, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.⁵⁷ (*grifou-se*)

Nesse panorama, a vedação à doação de sangue por pessoas do mesmo sexo é inconstitucional por incompatibilidade material com normas constitucionais elencadas não só na CRFB/88, mas também em outros documentos internacionais. Desse modo, a decisão no bojo da ADI nº 5543/DF simboliza caminho interpretativo percorrido pelo STF rumo à construção de sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer forma de preconceito (objetivos da República), com o propósito de efetivar os direitos fundamentais, mormente dos grupos em situação de vulnerabilidade.

⁵⁵ BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIFOBIA no Brasil. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, vol. 6, n. 1. Guanambi: jun. 2019.

⁵⁶ Art. 2º 1. “Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares” (BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1990).

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*. Guatemala, [06 jul. 2013].

5. Conclusão

A constitucionalização do Direito Internacional e a internacionalização do Direito Constitucional se fazem presentes nas Constituições contemporâneas no intuito de proteger a pessoa humana contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado e pelos particulares. Não diferentemente, a CRFB/88 inaugurou, com o seu art. 5º, §2º, um processo lento e progressivo de abertura do Estado brasileiro à ordem internacional, que alcançou seu apogeu com o acréscimo do §3º ao art. 5º pela EC nº 45/2004.

A normatividade e a superioridade da CRFB/88 repercutiram na releitura do ordenamento jurídico afastada do positivismo estritamente legalista. Essa nova interpretação normativa da ordem tem como um de seus fundamentos a promoção da dignidade da pessoa humana, que enxerga a impossibilidade de antever todas as situações que embaraçam o livre desenvolvimento da personalidade. Daí a conferência da plasticidade às normas constitucionais. Centralizou-se, pois, todo o sistema jurídico de modo que a legislação extrai fundamento de validade e hermenêutico da Constituição, aliás, do bloco de constitucionalidade, haja vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem *status* constitucional por força do art. 5º, §§2º e 3º da CRFB/88.

Inserido nesse arranjo jurídico, o Direito Civil foi matizado pelos valores e fundamentos constitucionais, sobretudo no tocante aos direitos de personalidade, pois está ausente a tipicidade. Ou seja, o referido bloco, com a legalidade constitucional do Direito privado, passou a incidir direta e indiretamente nas relações horizontais (entre particulares). Conseqüentemente, a cláusula geral de tutela reformulou-se para abranger também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos em defesa dos direitos LGBTI+.

Documentos jurídicos como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, internalizados pelo Brasil, compõem o bloco de constitucionalidade em salvaguarda às pessoas LGBTI+.

Em decorrência do nível materialmente constitucional e por serem cláusulas pétreas, tais Tratados e Convenções limitam a atividade do constituinte reformador, dos poderes constituídos e, sem dúvida, dos particulares. Robustecem, pois, nessa medida, a proteção das pessoas LGBTI+ no âmbito interno.

Assim, a aplicação de qualquer norma de Direito Privado precisa passar não apenas por uma filtragem constitucional (*stricto sensu*), mas também pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos. Os direitos de personalidade, assim como todas as dimensões da pessoa, estão, desde a CRFB/88, sob um complexo normativo que torna sua aplicação muito mais complexa e rica que uma referência direta ao Código Civil e congêneres. A decisão do STF sobre a faculdade privada da pessoa HSH de doar sangue é um bom exemplo de como os direitos “privados” já não podem ser tratados em uma perspectiva “privatista”, ou mesmo “administrativista”, se se quiser ver ali uma questão pública sobre um ato administrativo discricionário. As normas questionadas foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal por violarem não só a Constituição (estrito senso), mas também Normas Internacionais de Direitos Humanos que, inclusive, não passaram por processo especial de incorporação à ordem jurídica interna e, ainda assim, serviram de parâmetro para o controle.

6. Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006-2011. *Revista do Curso de Direito*, vol. 2, n. 4. São Luís: dez. 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, jan. 2015.

BEZERRA, Ricardo dos Santos. O conflito entre o direito internacional público e o direito interno brasileiro. *Revista Dat@venia*, vol. 5, n. 2. Campina Grande, dez. 2013.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIFOBIA no Brasil. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, vol. 6, n. 1. Guanambi: jun. 2019.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 14, n. 4. Belo Horizonte: dez. 2017.

FRASER, Nancy. La justiça social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*, vol. 4, n. 6. dez. 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 2005, n. 6. Fortaleza: jun. 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 60, n. 1. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.

KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar*, vol. 23, n. 1. Fortaleza: jan./mar. 2018, pp. 1-11. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>>. Acesso em: 12.08.2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, vol. 22, n. 2, Passo Fundo: jul./dez. 2016.

LOPES, Ana Maria Dávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 30, n. 59. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, n. 5, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância*. Guatemala, [06 jul. 2013].

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Trad. Carlos Maluquer de Motes y Bernet; Agustín Luna Serrano. Madrid: Dykinson, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *Del sujeto a la persona: derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisados à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz. SERRAMALERA, Mercè Barcelò (Org.). *Direitos fundamentais em estados compostos*. Chapecó: UNOESC, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAYLOR, Charles. Identidad y reconocimiento. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 7, 1996.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena D. (Org.). *Teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João pessoa. *A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 4/5, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. vol. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

civilistica.com

Recebido em: 23.8.2021
Aprovado em:
12.5.2022 (1º parecer)
15.5.2022 (2º parecer)

Como citar: SOUSA, João Amaro de; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Os direitos humanos na tutela das pessoas LGBTI+ na ordem jurídica interna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-direitos-humanos-na-tutela/>>. Data de acesso.