

**A ADPF N. 457 E A DESCONSTRUÇÃO DA HETERONORMATIVIDADE POR
MEIO DA EDUCAÇÃO: DIÁLOGO SOBRE A CONCEPÇÃO
CONSTITUCIONAL DE BEM COMUM À LUZ DE ROUSSEAU**

João Gabriel Fraga de Oliveira Faria¹

RESUMO

O município de Novo Gama, Goiás, por meio da Lei 1516/2015, vedou o ensino sobre identidade de gênero em suas escolas municipais, bem como a circulação de materiais versando sobre a referida temática. Não tardou para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a inconstitucionalidade da norma local, no julgamento da ADPF n. 457, por ofensa a diversos dispositivos textualizados na Constituição Federal, dentre eles a dignidade da pessoa humana, igualdade, e os princípios constitucionais da educação, previstos no art. 206, daquela. Ademais, a referida corte entendeu que a norma do município goiano fortalece a heteronormatividade, que é a premissa de que apenas o “modo heterossexual de ser” é o correto. Além das transgressões constitucionais, percebe-se, também, que a Lei 1516/15, de Novo Gama, vai contra as ideais de Rousseau, sobretudo no que toca a concepção de bem comum, que deve nortear a tomada de decisão política do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade de gênero. Educação. Inconstitucionalidade. Heteronormatividade.

ABSTRACT

The Novo Gama municipality, Goiás, through the Law 1516/2015, prohibited the teaching of gender identity in its municipal schools, as well as the circulation of

¹ Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Empresarial. Foi secretário administrativo do Instituto Brasileiro de Direito de Família - núcleo regional Lorena/SP. Advogado, professor universitário e pesquisador. E-mail para contato: joagabrielffaria@gmail.com.

materials dealing with the subject referred. It did not take long for the Federal Supreme Court to recognize the local rule unconstitutionality, in the judgment of ADPF no. 457, for offending several textualized norms in the Federal Constitution, among them the dignity of the human person, equality, and the constitutional principles of education, provided for in art. 206. In addition, the aforementioned court understood that the rule of the municipality in Goiás strengthens the heteronormativity, which is the premise that only the “heterosexual way of being” is correct. Furthermore constitutional transgressions, it is also clear that Law 1516/15, by Novo Gama, goes against Rousseau's ideals, especially with regard to the concept of the common good, which should guide the State's political decision-making.

KEYWORDS: Gender identity. Education. Unconstitutionality. Heteronormativity

INTRODUÇÃO

Locke (1999) ensina que o ser humano vem ao mundo como uma folha em branco, que vai se preenchendo ao longo da vida, pelos conhecimentos adquiridos e pelas experiências vividas.

É indiscutível que grande parte dos mais relevantes conhecimentos adquiridos são transmitido na escola. Eis a importância da educação: garantir ao aluno as ferramentas intelectuais básicas para se constituir e se determinar.

Tamanha é a importância da educação à constituição da pessoa, em sua individualidade, a partir da formação do "eu crítico", que é ela concebida como direito fundamental, pela Constituição Federal (BRASIL, 1988); e, não apenas direito fundamental de ser ensinado (art. 6º, *caput*), mas também de o ser, garantindo-se o pluralismo de ideias (art. 206, inciso III).

O município de Novo Gama (2016), Goiás, editou a Lei n. 1516/2015, vedando o ensino sobre identidade de gênero nas escolas. Facilmente se percebe a

inconstitucionalidade da norma local, quando aparecida à luz do que a Constituição Federal dispõe, sobre educação.

Assim sendo, não tardou para que o Supremo Tribunal Federal (2020), em sede de controle de Constitucionalidade, no julgamento da ADPF n. 457 reconhecesse a afronta da lei municipal referida à carta mãe.

No presente estudo se empreenderá análise jurídico-filosófica da referida decisão, à luz das ideias do pensador Genebrino, Rousseau, na Constituição Federal, sobretudo no que toca ao direito à educação.

No primeiro tópico se realizará abordagem da ADPF n. 457, sobretudo passando pelos principais fatos processuais ocorridos e os fundamentos jurídicos que a Suprema Corte se valeu para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei do município goiano.

Posteriormente, será abordada a Identidade de gênero, em especial sua terminologia, bem como os conceitos e temas correlatos, cuja compreensão se faz essencial a elucidar o presente estudo.

No terceiro tópico, empreender-se-á reflexão sobre a heteronormatividade, que consiste na ideia de que tudo que foge ao modo heterossexual – ou melhor, heteroafetivo – de viver e ser é errado. Consigna-se que este momento do estudo é de especial importância, não apenas porque será realizado estudo crítico de um dos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas também porque se abordará, sob aspecto jurídico-sociológico, os fenômenos da homofobia e transfobia.

Por fim, o quarto tópico do presente estudo, em que se atingirá o marco reflexivo, realizando análise jurídico-filosófica do todo até então exposto, à luz das ideias de Rousseau na Constituição Federal.

É certo que a problemática a ser abordada versa sobre tema, em muito, polemico, rechaçado com veemência por alguns, e defendido com fervor por outros, que militam pela igualdade. Diante deste cenário de confronto de crenças e ideais de matriz moral, religiosa, política, ideológica, deve aqui ser destacado que o presente estudo cuida de análise jurídico-filosófica, a partir da dogmática do direito.

A ADPF N. 457

Toda reflexão demanda conhecimento acerca da problemática a ser apreciada. Desde modo, necessário é que se inicie este artigo analisando a paradigmática ADPF n. 457, cujo objeto é o cerne da presente problematização.

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental – que daqui em diante será referida pela sigla ADPF – n. 457 (STF, 2020), foi proposta pelo Procurador-Geral da República, e teve como relator o Min. Alexandre de Moraes. Na referida ação de controle concentrado de constitucionalidade se buscava o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n. 1516/2015, elaborada pelo município de Novo Gama (2016), Goiás, que vedava abordagens acerca da temática da ideologia de gênero nas escolas municipais:

Art. 1º. Fica proibida a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais de Novo Gama-GO.

Art. 2º. Todos os materiais didáticos deverão ser analisados antes de serem distribuídos nas escolas municipais de Novo Gama-GO.

Art. 3º. Não poderão fazer parte do material didático nas escolas em Novo Gama-GO materiais que fazem menção ou influenciem ao aluno sobre a ideologia de gênero.

Art. 4º. Materiais que foram recebidos mesmo que por doação com referência a ideologia de gênero deverão ser substituídos por materiais sem referência a mesma.

Art. 5º. Esta Lei entre em vigor na data da sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário (NOVO GAMA, 2016).

O Procurador-Geral da República (STF, 2020) fundamentou o pleito alegando que a Lei Municipal em comento violava diversos preceitos previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Os fundamentos da Carta Mãe serão abordados a seguir, em tópico próprio; não obstante para uma melhor compreensão do tema devem ser eles aqui referidos. Segundo a chefia do Ministério Público Federal, a Lei Municipal Goiana violava o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); a vedação à censura em atividades culturais (art. 5º, inciso IX); o devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV); a laicidade do Estado (art. 19, inciso I); a competência legislativa privativa da União sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inciso XXIV); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, inciso III); e, o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inciso II).

Em 5 de junho de 2017 o Relator, Min. Alexandre de Moraes decidiu pela extinção do feito (STF, 2020), fundamentando-se na regra de subsidiariedade da ADPF, prevista no art. 4º, §1º da Lei nº 8882/1999 (BRASIL), segundo a qual “o Supremo Tribunal Federal só pode admitir arguição se inexistir outro meio eficaz para sanar a lesividade do ato” (BULOS, 2012, p. 331), que segundo o Min. Relator seria o controle por meio de Ação Direita de Constitucionalidade, no Tribunal de Justiça local. Contrapondo-se à decisão o Procurador-Geral da República, valendo-se de agravo regimental a refutou, reiterando os termos da inicial e acrescentando que seria cabível ADPF, no Supremo Tribunal Federal, em razão da divergência acerca da legitimidade do conteúdo da norma objeto da ação nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Goiás e Tocantins. Diante disso, dada a relevância da matéria e as divergências sobre tema no âmbito dos tribunais locais, foi decidido pelo afastamento da regra da subsidiariedade e a ADPF n. 457 foi recebida (STF, 2020).

Empreender profunda análise do andamento processual extrapolaria a proposta do presente artigo. Entretanto, para uma melhor compreensão do tema é salutar registrar os principais fatos processuais.

O Prefeito do Município de Novo Gama, donde adveio a lei controlada, embora intimado, não se manifestou nos autos; a Advocacia-Geral da União se manifestou pela

inconstitucionalidade formal da norma, por violação à competência privativa da União para dispor sobre diretrizes gerais da educação. Todavia, opinou pela constitucionalidade material, alegando que o ensino sobre gênero nas escolas é incompatível com o estágio intelectual e psicológico em que se encontram as crianças e adolescentes. O Procurador-Geral da República se manifestou pela parcial procedência da ação, diante do vício formal que paira sobre a lei municipal, cujo conteúdo pode ser legislado somente pela União; por fim, foi admitido o ingresso, na qualidade de *amicus curae*, do Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, e pela Aliança Nacional LGBTI (STF, 2020).

No dia 27 de abril de 2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade reconheceu a inconstitucionalidade formal e material da Lei Municipal que vedava o ensino sobre ideologia de gênero nas escolas, nos seguintes termos:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito Constitucional. Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama – Go. Proibição de divulgação de material com informação de ideologia de gênero em escolas municipais. Usurpação de competência privativa legislativa da União. Diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, xxiv, cf). Violação aos princípios atinentes à liberdade de apreender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento a arte e o saber (art. 206, ii, cf), e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, iii, cf). Proibição da censura em atividades culturais e liberdade de expressão (art. 5º, ix, cf). Direito à igualdade (art. 5º, caput, cf). Dever estatal na promoção de políticas públicas de combate à desigualdade e à discriminação de minorias. Inconstitucionalidade formal e material reconhecidas. Procedência (STF, 2020).

IDENTIDADE DE GÊNERO

O tema da identidade de gênero tem sido objeto de discussões em diversas pautas, no âmbito acadêmico, político-ideológico, político-filosófico, religioso, e jurisdicional. Neste último caso, Destaca-se a recente ADPF n. 457, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (2020), objeto do presente estudo, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação ao ensino sobre identidade e ideologia de gênero nas escolas.

Mas o que é gênero? Este momento será reservado a responder este questionamento.

Quando uma gravida é submetida à ultrassonografia é possível se saber o sexo do bebê. Todavia, este, ao vir ao mundo, em seus primeiros instantes de vida não detém a consciência do que é homem e mulher, e, tão pouco de como deverá se determinar. Conforme adquire consciência, a partir da vivência no seio do convívio humano, sobre os papéis do homem e da mulher, passa a viver seu gênero (JESUS, 2012).

Noutras palavras, o gênero consiste em como uma pessoa humana se determina, homem ou mulher, indo além da concepção do corpo físico. Percebe-se que sexo e gênero, embora constantemente confundidos pelo senso comum, são classificações diversas. “Sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: o que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto-percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente” (JESUS, p. 9, 2012).

Ainda sobre a o gênero, como uma dimensão social e não biológica do ser:

O conceito de gênero chegou até nós através das pesquisadoras norte-americanas que passaram a usar a categoria "gender" para falar das "origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e mulheres". A ênfase colocada na "origem social das identidades subjetivas" não é gratuita. De fato, não existe uma determinação natural dos comportamentos de homens e de mulheres, apesar das inúmeras regras sociais calcadas numa suposta determinação biológica diferencial dos sexos usadas nos exemplos

mais corriqueiros, como “mulher não pode levantar peso” ou “homem não tem jeito para cuidar de criança” (GROSSI, p. 5, 2015).

O gênero é subjetivo, atrelado à concepção da pessoa humana sobre seu papel na sociedade, ao passo que o sexo é biológico, é físico, é objetivo. Neste sentido, pode-se afirmar que qualquer médico, mesmo desconhecendo determinado paciente, é capaz de apontar, após superficial análise, o sexo daquele. Todavia, apenas o paciente pode afirmar seu gênero.

O ser humano é, em sua essência, um ser social, que reflete os valores do meio em que vive (TEIXEIRA, 2006), valores estes que ditam o ser, o agir, e, diversas vezes enraizados com tamanha profundidade no âmago daquele que nem percebe que está sendo ou agindo de determinada forma. E isto acontece com o gênero. Neste sentido, Grossi (2015) leciona que quando se preenche um formulário, como, por exemplo, para contratar serviço de um banco, e se seleciona a opção de gênero, masculino ou feminino – geralmente representada pelas letras “M” ou “F” – não se pensa com o sexo biológico, mas sim com o gênero.

Depois desta reflexão acerca do que é gênero, avançaremos ao tema da identidade e ideologia de gênero.

Antes de adentrar às análises terminológicas, insta ressaltar que a Lei declarada inconstitucional veda o ensino sobre ideologia de gênero. Há confusão semântica sobre o que é ideologia e identidade de gênero. A ideologia de gênero cuida do discurso político e ideológico acerca do tema (GUIMARÃES, 2018), sobre tudo o subjetivismo atrelado à identificação. Assim, observa-se que, na verdade, a ideologia congloba a identidade de gênero. Diante desta linha tênue terminológica, ao longo do presente estudo são empregados ambos os termos.

Sobre identidade de gênero, a terminologia se refere ao “gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento” (JESUS, 2012, p. 25). É o caso do sujeito que se vê e se

reconhece em gênero diverso daquele que se esperava que se reconhecesse, em razão do sexo.

Além da esfera acadêmica, identidade de gênero foi definida na convenção internacional, chamada Princípios de Yoarkata, que em 2007 foi reconhecida como diploma global, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Segundo o referido documento:

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 meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (ICJ, 2007).

Depreende-se, dos conceitos acima, que há latente equívoco no senso comum, que atribui à identidade de gênero conotação sexual, no sentido erótico da palavra; na verdade, a identidade de gênero é existencial, compreendendo a percepção da pessoa como ela se vê e se considera. Não muito além, distingue-se identidade de gênero e orientação sexual, que se relaciona com o sexo pelo qual sujeito se sente atraído, sexualmente (JESUS, 2012), que pode ser diverso do dele, hipótese de heterossexualidade, bem como pode ser pelo mesmo sexo, hipótese homossexualidade.

Tamanho é o abismo conceitual entre identidade de gênero e homossexualidade que, segundo Jesus (2012), podem ou não coexistirem. Ilustrando: a hipótese de uma pessoa que se sente atraída sexualmente por pessoa do gênero diverso daquele que se identifica; neste caso, o casal seria classificado como heterossexual. Todavia, pode ocorrer de uma pessoa que se identifica com determinado gênero se sinta atraída, sexualmente, por pessoa do mesmo. Pode-se citar, neste caso, a personagem Ivana, da telenovela de grande repercussão, “A Força do Querer”, que foi ao ar pela primeira vez em 2017, e posteriormente reprisada em 2021, pela Rede Globo de Televisão, em que se

abordava um transgênero, que embora tivesse nascido biologicamente mulher, identificava-se como homem, e, ao fim da novela, após se assumir como pessoa do gênero masculino, manteve seu relacionamento amoroso com outro homem, que já era seu par romântico, quando ainda se apresentava socialmente como mulher (MOREIRA; CAVALCANTE; SOUSA, 2018). A primeira hipótese retrata casal heterossexual, ao passo que, a segunda, casal homossexual, independentemente de serem, ou não, transgêneros.

Percebe-se que há confusão conceitual acerca dos termos envolvendo gênero e sexualidade. Em que pese esclarecê-los não seja o objeto do presente estudo, para melhor compreensão da problematização é essencial abordá-los.

Transgênero é “conceito “guarda-chuva” que abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento”. Em sentido contrário, há o cisgênero, que consiste na pessoa que se identifica com o gênero atribuído a ela no momento de seu nascimento (JESUS, 2012, p. 26).

Orientação sexual, como a pouco tratado, é termo que designa a atração sexual de um sujeito por outro, que pode ser homossexual, quando envolver sujeitos do mesmo sexo ou heterossexual, quando envolver sujeitos de sexos distintos. Ademais, há também os bissexuais, que sentem atração por pessoas de ambos os sexos, e os assexuais, que não sentem atração sexual por outrem (JESUS, 2012).

Há também o travesti, que seria a “pessoa que vivencia papéis de gênero feminino, mas não se reconhece como homem ou mulher, entendendo-se como integrante de um terceiro gênero ou de um não-gênero” (JESUS, 2012, p. 28).

A HETERONORMATIVIDADE

Um dos fundamentos que o Relator da arguição de descumprimento fundamental n. 457 se valeu para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 1516/2015, do Município de Novo Gama, Goiás, que vedou o ensino sobre ideologia de gênero nas escolas foi o fortalecimento da heteronormatividade e o ensejo da homofobia:

Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF) (STF, 2020).

O significado de homofobia é de fácil compreensão para a maioria, inclusive àqueles distantes do debate acadêmico, isto porque abordado constantemente nos veículos de comunicação. Segundo Borrillo:

Foi apenas em 1998 que o termo “homofobia” apareceu, pela primeira vez, em um dicionário de língua francesa; dez anos antes, ele era ainda ignorado, até mesmo pelos léxicos especializados. Segundo parece, a invenção da palavra pertence a K. T. Smith que, em um artigo publicado em 1971, tentava analisar os traços da personalidade homofóbica; um ano depois, G. Weinberg definirá a homofobia como “o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo. Ao apresentar sempre essa hostilidade contra os homossexuais, exclusivamente sob sua dimensão fóbica, diferentes especialistas sugeriram, no mesmo período, outros termos: “homoerotofobia” (Churchill, 1967), “homossexofobia” (Levit; Klassen, 1974), “homossexismo” (Lehne, 1976) e “heterossexismo” (Morin; Garfinkle, 1978) (2013, p. 21-23).

E o que é heteronormatividade? Segundo Bagagli, este termo se refere à heterossexualidade compulsória, ou seja, a concepção de que a única forma de viver e ser, sob o ponto de vista sexual e afetivo, é a heterossexualidade (2021). Neste mesmo sentido, Jesus pontifica que é a “crença na heterossexualidade como característica do ser humano “normal”. Desse modo, qualquer pessoa que saia desse padrão é considerada fora da norma, o que justificaria sua marginalização” (2012, p. 30).

Araújo leciona que, embora o termo “heteronormatividade” não tenha sido cunhado por Michel Foucault, atribui-se a ele a compreensão do seu modo de operação como filtro de separação e classificação dos indivíduos nos espaços sociais (2018). No primeiro volume de sua obra “História da Sexualidade”, o pensador francês defende que no século XVII houve a persistente e continua solicitação de que a sexualidade fosse colocada em discurso:

Denominar o sexo seria, a partir desse momento, mais difícil e custoso. Como se, para dominá-lo no plano real, tivesse sido necessário, primeiro, reduzi-lo ao nível da linguagem, controlar sua livre circulação no discurso, bani-lo das coisas ditas e extinguir as palavras que o tornam presente de maneira demasiado sensível. Dir-se-ia mesmo que essas interdições temiam chamá-lo pelo nome. Sem mesmo ter que dizê-lo, o pudor moderno obteria que não se falasse dele, exclusivamente por intermédio de proibições que se completam mutuamente: mutismos que, de tanto calar-se, impõe o silêncio (1999, p. 20).

Foucault atribui, também, a fortificação do fenômeno em estudo à evolução pastoral católica, após o concílio de Trento, sobretudo no que tange ao sacramento da confissão, que (...) “tenta impor regras meticulosas de exame de si mesmo” (1999, p. 22).

Ocorre que, conforme as lições de Reale (2012), o direito é composto por três dimensões: fato, valor e norma, ou seja, reflete os valores contemporâneos ao seu reconhecimento, atuando o Estado de modo a valorar os fatos sociais e tutela-los por

meio de normas. Deste modo nascem as normas jurídicas que regulam a vida em sociedade.

Assim sendo, por volta do século XVIII:

(...) Nasce uma incitação política, econômica, técnica, a falar do sexo. E não tanto sob a forma de uma teoria geral da sexualidade mas sob forma de análise, de contabilidade, de classificação e de especificação, através de pesquisas quantitativas ou causais. Levar "em conta" o sexo, formular sobre ele um discurso que não seja unicamente o da moral, mas da racionalidade, eis uma necessidade suficientemente nova para, no início, surpreender-se consigo mesma e procurar desculpar-se (FOUCAULT, 1999, p. 25-26).

Em suma, a temática que, *a priori*, era abordada apenas no âmbito do discurso, da moral, e da religião, tornou-se pauta da atuação estatal, no seu âmbito jurídico-político; o sexo passa a ser uma questão de administração pública, instaurando o que Foucault denominou polícia do sexo (ARAÚJO, 2018).

Desde de os primórdios do convívio humano, quando se optou por constituir os primeiros corpos sociais, há normas – não na acepção jurídica – impondo como agir e não agir. Tratam-se dos chamados instrumentos de Controle social, que para Bentioli (2013) seriam: a moral, a religião, as normas de trato social e o direito. Sobre a finalidade dos referidos instrumentos de controle:

Nenhuma sociedade poderia subsistir se ela se omitisse diante do choque de forças sociais e do conflito de interesses que se verificam constantemente no seu interior. Não haveria vida coletiva se fosse permitido que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais, sem respeitar os interesses dos demais” (BETIOLI, 2013, p. 46).

Percebe-se que a heteronormatividade, enquanto controle exercido pelos heterossexuais sobre a forma de viver dos homossexuais se amolda, desde sempre, em múltiplas das espécies de instrumentos acima trazidas, isto, pois, segundo as lições de Foucault, a pouco estudadas, inicialmente a sexualidade foi colocada em discurso – pode-se associar o controle, neste contexto, à moral, haja vista que se passou a refletir o que era certo e errado, o correto e incorreto; posteriormente, a sexualidade foi trazida à baila pela reflexão cristã; por fim, o tema que era objeto do debate moral e religioso passou a ser controlado pelo Estado, a quem incumbe reconhecer os direitos daqueles que o formam.

Os corpos sociais existentes, desde sempre, realizam controle social, partindo do pressuposto que o convívio humano só é harmônico quando há limites e restrições na vontade individual, em favor da vontade geral, do bem comum – concepção esta extraída da teoria contratualista (Rousseau, 2012), que a diante será abordada. Ocorre que nem sempre o controle social exercido é legítimo, fundamentando-se esta afirmativa na premissa de que grande parte das maiores atrocidades que a humanidade vivenciou ocorreram quando determinado grupo desempenhou controle social, impondo à minoria, em determinada situação de fragilidade, imperativos de “ser” ou “não ser”, “fazer” ou “não fazer”, “viver” ou “não viver”; destaca-se, a título exemplificativo: a santa inquisição, em que pessoas, sobretudo mulheres, eram executadas por terem comportamentos incomuns à época; a escravidão dos negros, em que pessoas eram reduzidas ao *status* de coisa, sendo-lhes tolhidas, no todo, liberdades básicas, por simplesmente serem fisicamente diferentes; o holocausto judeu, ocorrido durante o regime nazista, em que milhões de sujeitos tiveram suas vidas ceifadas pelo fato de serem oriundos de determinado grupo étnico. É certo que estes controles sociais foram exercidos em contextos históricos, cenários políticos e fundamentos diversos da presente análise da heteronormatividade, extrapolando a temática ora abordada. Mas é salutar a referência a eles, para demonstrar que o controle de uma maioria sobre o modo de ser e de viver nem sempre é legítimo.

Todavia, a quem cabe a tarefa de auferir esta legitimidade? Ao judiciário.

Desde de teoria da tripartição dos poderes do Estado, de Montesquieu (2010), o judiciário – a boca da lei – é o responsável por reconhecer os direitos lesados e acautelá-los, fazendo-o por meio da jurisdição, termo este que (...) “vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), querendo significar a dicção do direito, correspondendo à função jurisdicional, que, como as demais emana do Estado” (ALVIM, 2014, p. 64), sendo esta a função típica, essencial, do poder judiciário, tal como a função típica do poder legislativo é criar normas primárias, ou seja, inovar na ordem jurídica, e do poder executivo é concretizar direitos previstos em lei.

Em especial, no que concerne ao controle da (i)legitimidade da heteronormatividade, reconhece-se papel de destaque do judiciário:

Poder Judiciário possui um papel fundamental na declaração de direitos às minorias sexuais, pois, quando provocado sobre tais temas, a jurisprudência se manifesta de maneira bastante positiva e que deve ser aplaudida, por exemplo, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o casamento (VICENTE; RIBEIRO, 2012, p. 6).

É possível se destacar inúmeros avanços na desconstrução da heteronormatividade em decorrência da atuação do poder judiciário, a começar pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADPF n. 132 e da ADIN n. 4277 (2011). Em relação à problemática ora tratada, a decisão da corte suprema foi de relevância histórica, em razão da abrangência do decidido; não se decidiu pela possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e nem pela possibilidade do casamento entre eles, mas sim que família pode ter como núcleo central a união homoafetiva: percebe-se que a decisão pode ter seus efeitos estendidos à inúmeras hipóteses de relações familiares que envolvam homossexuais.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.183.378/RS (2012), decidiu pela possibilidade da conversão da união estável entre

pessoas do mesmo sexo em casamento civil. Todavia, a modalidade de recurso apreciada pela corte especial não gera efeitos vinculantes, o que ensejou o descumprimento da decisão por diversas serventias registrais. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça, em 2013 (BRASIL), editou a Resolução n. 175, determinando que todos ofícios de registros civis formalizassem o casamento homoafetivo, sob pena de responsabilização das autoridades competentes.

Ainda sobre a fortificação do reconhecimento das famílias homoafetivas, deve ser exaltada o REsp eleitoral n. 24.564/PA, em que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu como família as uniões homoafetivas (2014), a fim de estender a causa de inelegibilidade do artigo 14, §7º, da Constituição Federal.

Destaca-se também o reconhecimento da paternidade socioafetiva, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.026.981/RJ (2010), bem como pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no RE n. 898.060/SC (2016). Acerca do que é paternidade socioafetiva, Lobo (2006) leciona que a doutrina especializada a denomina como a paternidade - e filiação - que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho”, ou seja, é a possibilidade de se reconhecer o vínculo de parentesco, com lastro no afeto, independente do vínculo sanguíneo. Trata-se de notável avanço na desconstrução da heteronormatividade, pois a partir do fato de que o afeto se tornou qualificador da relação “pai e filho”, desconstruindo-se a ideia de que pai e mãe são apenas aqueles que geram ou adotam, facilitou-se, em muito, o reconhecimento de relações de paternidade e maternidade, envolvendo pessoas inseridas em relacionamentos homoafetivos.

Outrossim, deve ser destacado o reconhecimento do crime de homofobia, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO n. 26 e do MI n. 4733/DF (2019), de Relatoria do Min. Edson Fachin, em que se estendeu a incidência da norma que tipifica o crime de racismo às ocorrências de homofobia, em razão da inconstitucionalidade, por omissão, do legislador ordinário, que até então não criou tipo específico. Deve-se salientar que não é pacífico, no âmbito da doutrina, se a decisão a pouco referida é legítima (REIS, 2020), isto porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso

XXXIX (BRASIL, 1988), e o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 1º, preveem o Princípio da Legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena sem previa cominação legal”; em outras palavras, estatuem que só pode ser criado crime por meio de lei, e, de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Não obstante, independente das críticas formais, atreladas à forma de concepção do crime de homofobia, é irrefutável a sua importância enquanto passo em direção à desconstrução da heteronormatividade.

É notório que há mora legislativa, no que tange aos direitos daqueles que não se enquadram nas exigências heteronormativas, sendo de notável relevância a atuação do poder judiciário, no exercício da função jurisdicional, sanando as omissões legais (VICENTE; RIBEIRO, 2012); e não poderia ser diferente, haja vista que o próprio ordenamento jurídico, no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) – conhecida pelos operadores e, a partir deste momento, também referida neste estudo como LINDB –, atribui ao poder judiciário a vocação de suprir as lacunas presentes nele próprio, a partir dos institutos de integração de normas, que serão a seguir abordados.

Um dos institutos de integração de normas é a analogia, em que, diante da omissão em determinado dispositivo, extrai-se o conteúdo de outro, a fim de suprir àquele, criando-se uma terceira norma. Neste sentido é a lição de Nunes sobre o tema:

Quanto à analogia, ela é indicada como modelo a ser utilizado pelo interprete no preenchimento de lacuna, com base em outra norma jurídica que não foi feita para o caso examinado. Assim, esse meio de integração consistiria na aplicação da norma feita para um caso em outro, que não tenha previsão nomeada no sistema (2011, p. 323).

A LINDB, em seu artigo 4º, também prevê que poderá ser suprida a lacuna de lei por meio dos costumes, que segundo Tartuce são “as práticas e usos reiterados com conteúdo lícito e relevância jurídica” (2019, p. 13). Para o autor, classificam-se, os

costumes, em “segundo a lei” (*secundum legem*), quando há referência expressa a eles no texto legal; em “na falta da lei” (*praeter legem*), consistentes naqueles a serem aplicados diante da inexistência de norma jurídica para regulamentar determinado tema; e “contra a lei” (*contra legem*), que seriam aqueles que contrariam disposição legal.

Insta salientar que não é qualquer costume que tem o condão de suprir lacunas na lei; se fosse assim, haveria insegurança jurídica maior do que a gerada em razão omissão legal. Gonçalves (2012) entende que o costume, para servir como ferramenta de integração de normas deve ser composto por dois elementos: uso ou prática reiterada de um comportamento (elemento externo ou material); e, a convicção de sua obrigatoriedade pela sociedade (elemento interno ou psicológico).

Percebe-se que na analogia o interprete retira de uma lei o conteúdo para suprir a lacuna de outra; embora haja a criação de uma nova norma jurídica, o aplicador não extrapola o direito positivo. Já nos costumes, o interprete vai além do direito objetivo, buscando o suprimento das lacunas legais pelos usos e costumes da sociedade. Por esta razão, prevalece o entendimento de que:

O costume é, também, fonte supletiva em nosso sistema jurídico, porém está colocado em segundo plano, em relação à lei. O juiz só pode recorrer a ele depois de esgotadas as possibilidades de suprir a lacuna pelo emprego da analogia. Daí diz-se que o costume se caracteriza como fonte subsidiária ou fonte supletiva (GONÇALVES, 2012, p. 74).

Por fim, caso a analogia e os costumes não sejam suficientes para suprir a lacuna da lei o artigo 4º, da LINB prevê uma terceira ferramenta: os princípios gerais do Direito. Ocorre que há divergência na doutrina sobre o que e quais seriam os “princípios gerais do Direito” (NUNES, 2011), isto porque, enquanto há quem defenda que se trata de método interpretativo, de integração de normas (GONÇALVES, 2012), outra linha de pensamento, que encontra seu sustento nas lições de Dworkin e Alexy defendem que os princípios são espécies de normas jurídicas, assim como as regras (MENDES;

BRANCO, 2015); partindo-se desta premissa, princípios não seriam apenas métodos integrativos e interpretativos de normas, mas sim normas jurídicas propriamente ditas.

Sobre a natureza normativa dos princípios, Amaral (2002) leciona que aqueles se subdividem em duas espécies, os princípios constitucionais ou superiores, e os princípios institucionais ou legislativos, que se encontram em plano inferior, não podendo se sobrepor à lei, cuidando-se de mero instrumento de integração normativa. A problemática reside no fato de que, para o autor seriam princípios constitucionais apenas os previstos no artigo 1º, da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana, soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e pluralismo político, o que não vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência; basta se observar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, fundamentados em princípios diversos desses, inclusive, reconhecendo a preponderância em detrimento de leis. Destaca-se, neste sentido, o precedente a pouco referido, firmado no julgamento da ADPF n. 132 e da ADIN n. 4277 (2011), em que se reconheceu, como entidade familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo; o fundamento preponderante da paradigmática decisão foi o princípio da igualdade, que partindo do posicionamento defendido por Amaral não seria norma jurídica. Destaca-se que o mesmo autor (2012) defende que os princípios que regem o direito de família, como a igualdade entre filhos e a igualdade entre cônjuges seriam princípios institucionais, portanto, não teriam natureza de norma jurídica propriamente dita. Por fim, acrescenta-se que doutrina contemporânea, que advoga a ideia de “Constitucionalização do Direito Privado” (TARTUCE, 2019) reconhece estes princípios como desdobramento imediato da igualdade em sentido amplo, prevista no artigo 5º, *caput*, do Constituição Federal, mesmo dispositivo que o Supremo Tribunal Federal invocou para fundamentar o reconhecimento das famílias homoafetivas.

A verdade é que este dissenso doutrinário acerca da natureza normativa dos princípios gerais do direito ocorre em razão da redação ambígua do artigo 4º, da LINDB, que dá a entender que aqueles seriam mero instrumento interpretativo subsidiário, a serem adotados apenas se, na hipótese de inexistência de lei não for

possível a realização de analogia, e quando inexistir costumes jurídicos, o que não prospera. Segundo Nunes:

É que, em função do que ficou prescrito e da prática interpretativa implementada por essas regras, a doutrina e a jurisprudência ficaram com a ideia de que a aplicação do princípio é hierarquicamente inferior à analogia e aos costumes jurídicos, bem como que eles incidem apenas na lacuna, cuja colmatação é regulada por esses dispositivos. Mas urge que se dê nova roupagem interpretativa a tais normas, sob pena de remanescerem noções equivocadas em relação aos princípios jurídicos, que são fundamentais (2011, p. 2020).

Em suma, conclui-se que os princípios não são apenas métodos de interpretação ou integração de normas; muito mais, são verdadeiras normas jurídicas, propriamente ditas.

Por fim, faz-se necessário uma ponderação. É irrefutável a importância do decidido na ADPF n. 457 (2020), objeto da presente reflexão, em todos seus aspectos, no que toca a desconstrução da heteronormatividade. Todavia, deve-se ressaltar que o conteúdo da decisão toca muito mais o tema da “cisnormatividade”, que consiste na cisgeneridade compulsória, ou seja, a crença de que apenas o cisgênero, a pessoa que se identifica com o sexo atribuído a ela em seu nascimento vive corretamente (BAGAGLI, 2017).

Conforme exposto anteriormente, a questão do gênero e da sexualidade não se confundem: gênero se relaciona ao modo de determinação do sujeito, enquanto a orientação sexual se relaciona à atração sexual; pode determinado sujeito ser cisgênero heterossexual ou homossexual, bem como ser transgênero heterossexual ou homossexual. Diante disso, tratando-se de controle da constitucionalidade do ensino sobre identidade – ideologia – de gênero nas escolas, o mais técnico e adequado seria a utilização da terminologia “cisnormatividade” ao invés – ou conjuntamente – à

“heteronormatividade”. Todavia, como dito, cuida-se de importante decisão, que efetivamente é um passo rumo à desconstrução do preconceito e da discriminação, e que deve ser exaltada, não sofrendo deméritos em razão de “tecnicismo”.

A ADPF N. 457, A CONSTITUIÇÃO E ROUSSEAU

Kelsen (2009) propõe a ideia de supremacia da Constituição, ou seja, toda lei deve buscar seu fundamento de validade na Constituição Federal, e, caso não encontre, deverá ser retirada do ordenamento jurídico, o que é feito, no Brasil, por meio de controle de constitucionalidade.

A seguir empreendermos reflexão sobre a ADPF n. 457, ação judicial em que o Supremo Tribunal Federal (2020) realizou o controle de constitucionalidade da Lei do município goiano que vedou o ensino sobre identidade – ideologia – de gênero nas escolas.

Inconstitucionalidade formal

Segundo Bulos, “diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando é elaborada por um procedimento contrário à constituição, ou quando emana de órgão incompetente, ou, ainda, quando é criada em tempo proibido” (2012, p. 143).

Foi abordado, outrora, que um dos fundamentos arguidos na ADPF n. 457 foi a incompetência legislativa, para a criação da lei municipal. Logo, partindo-se do transcrito acima, a norma local seria formalmente inconstitucional, o que realmente se verifica.

A Lei do Município de Novo Gama, em seu artigo 1º, vedava toda divulgação de material que abordasse a temática da ideologia de gênero nas escolas municipais. Ocorre que a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXIV, prevê que compete,

privativamente, à União, ente federal, legislar sobre diretrizes e bases da educação. Eis a questão: o que são diretrizes bases? Este questionamento é respondido pelo próprio ordenamento jurídico, que estatui a Lei 9394/1996 (BRASIL), que dispõe, especificamente sobre as diretrizes bases educacionais. Segundo o artigo 26, da Lei Federal:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

O que se prevê, em verdade, é a competência privativa da União para dispor sobre o currículo educacional, ou seja, os temas que serão lecionados nas salas de aula. Vislumbra-se razoável o conteúdo da norma em comento, tendo em vista a garantia de que será – ou pelo menos deverá ser – ensinado a todos os alunos do Brasil, onde quer que estejam, as mesmas temáticas.

Em momento oportuno será feita análise axiológica das normas fundamentais da Constituição, relacionadas a presente reflexão. Mas desde já se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, a importância do caráter universal do currículo educacional, isso porque, segundo Silva “a educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem de ser comum a todos” (1998, p. 800).

Noutras palavras, a educação é instrumento para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, isso porque é a partir dela, em todas as suas esferas, em especial na educação básica, que segundo o Capítulo II, da Lei 9394/1996, compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que o sujeito adquirirá conhecimento, e não apenas da ciência, do mundo, mas, principalmente de si, e é esse conhecimento que o permitirá se determinar enquanto pessoa humana. Logo, não seria razoável que as lições ensinadas em determinado Estado fossem diversas das lições

ensinadas em outro Estado ou Município; neste aspecto reside a importância da padronização do ensino.

Inconstitucionalidade Material

A inconstitucionalidade formal já seria suficiente para a realização do controle de constitucionalidade da Lei Municipal Goiana. Ocorre que, segundo o Supremo Tribunal Federal a referida norma também é materialmente inconstitucional. Mas o que é inconstitucionalidade material? Segundo Bulos:

A inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca é a que afeta o conteúdo das disposições constitucionais. Mas o que significa afetar o conteúdo dos preceitos constitucionais? Significa violar a matéria de fundo presente na Constitucional. Matéria de fundo é assunto, o tema, a substância que está por trás dos artigos, incisos ou alíneas da constituição. Não diz respeito ao procedimento, nem à técnica formal de produção legislativa; relaciona-se à conveniência ou inconveniência de editar, ou não, determinada lei ou ato normativo. Nisso abrange os grandes princípios formulados pelo constituinte e o quadro de valores supremos inseridos na mensagem positivada (2012, p. 146).

Em suma, é materialmente inconstitucional norma que afronta conteúdo e substância da Constituição Federal; e, como se demonstrará a seguir, a vedação ao ensino sobre identidade – ideologia – de gênero, bem como a vedação à circulação de materiais versando sobre afrontam mandamentos constitucionais.

Conforme foi exposto em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei Municipal em estudo afrontou o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que prevê como objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos (BRASIL, 1988, on-line).

Esta concepção de bem de todos pode parecer um tanto quanto abstrata, ou até mesmo, para alguns, meta física. Mas quando se busca fundamento no pensamento dos teóricos contratualistas, percebe-se ser algo concreto, até mesmo pragmático, que deve ser seguido para a construção de uma sociedade justa e harmônica.

Segundo Rousseau (2012), o ser humano em sua essência, em seu estado mais primitivo, é bom; diferente de outros autores, como Hobbes, que defende que o homem, em seu estado de natureza é ruim, é mal; é, segundo este autor, o responsável pela guerra de todos contra todos (HOBBS, 2012).

Ocorre que esta essência naturalmente boa, que faz do homem um bom selvagem (FORTES, 1989) foi desvirtuada, por ele próprio.

Maluf explica que:

(...) Para sua felicidade, a princípio, e para a sua desgraça, mais tarde, o homem adquiriu duas virtudes que o extremam dos outros animais e que, pouco a pouco modificaram o seu estado primitivo: a primeira, a faculdade de aquiescer ou resistir; e a segunda, a faculdade de aperfeiçoar-se” (MALUF, 2014, p. 103).

Em suma, em determinado momento da existência humana a própria pessoa se desvirtuou, quando descobriu a vantagem – que posteriormente se tornou desvantagem – de se sobrepor aos semelhantes.

Insta ressaltar que não se trata de uma cadeia cronológica; aqui não se está expondo fatos históricos. A teoria contratualista de Rousseau (2012) tem por finalidade propor uma ficção filosófica, que explica a essência do homem, em seu estado de natureza, o surgimento do Estado, enquanto instituição política, e a finalidade deste.

Rousseau explica que em razão do homem ter se desvirtuado, fez-se necessária a instituição de um ente soberano, responsável por proteger o homem dele mesmo.

E como se deu este surgimento? Teoriza o pensador genebrino que cada pessoa humana, que é dotada de um poder soberano intrínseco, natural, de uma liberdade absoluta, abdica de uma parcela desse poder individual, e a soma destas parcelas de poder, de cada indivíduo do grupo, constitui o pacto social. Nas palavras de Rousseau: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo (2012, p. 34).

Em suma, cada pessoa humana doa uma parcela de seu poder soberano, e a soma da soberania de cada um faz nascer o ente político, com soberania absoluta, que tem legitimidade para proteger o homem dele mesmo:

Essa pessoa comum assim formada pela união de todas as outras tinha outrora o nome de Cidade e tem agora o nome de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membro Estado, quando passivo, Soberano, enquanto ativo, Potência, quando comparado a seus semelhantes (ROUSSEAU, 2012, p. 34-35).

Embora a princípio pareça que o contrato social de Rousseau explique a formação do Estado, a melhor leitura da teoria é mais profunda:

Para Rousseau, o contrato social, a rigor não cria sociedade ou o Estado: é um programa que diz como eles devem ser, para o bem da humanidade; nele, são estipuladas as condições que permitem aos homens retornar a viver sob os benefícios de um estado de natureza aperfeiçoado e no qual reencontravam a sua autentica natureza humana” (GALVES apud BETIOLI, 2013, p. 43).

Em suma, em que pese haver uma linha tênue entre uma e outra forma de vislumbrar o Contratualismo, é fato que o pacto social visa instituir a direção que o

Estado deve seguir, na construção de uma sociedade justa e harmônica, direção esta denominada por Rousseau (2012) como vontade geral. Sobre ela, leciona Gatti:

No discurso escreve que a *volonté générale* é uma regra de justiça. Isso quer dizer que não é a vontade empírica dessa ou daquela assembleia soberana, mas o critério regulador que cada assembleia deve seguir para fazer as leis. Tal critério é que a vontade dos cidadãos reunidos em corpo seja conforme, de forma justa, e, como tal, finalizada para o bem do todo (GATTI, 2015, p. 60).

Ao se debruçar sobre o termo vontade geral, a princípio, tem-se a impressão de que se trata da vontade da maioria. Mas indaga-se: a vontade da maioria é sempre justa? A vontade da maioria é sempre legítima? Conforme foi abordado outrora, quando se refletiu os instrumentos de controle social, muitas das maiores atrocidades da humanidade eram consideradas legítimas pela maioria do povo de determinado local e época, e, assim, foram positivadas em lei.

Ademais, é salutar se refletir que o contrato social é um pacto que envolve todos os membros da sociedade. Assim sendo, a vontade geral deve atender a todos. Logo, o bem de todos, estampado na Constituição Federal, no seu artigo 3º, inciso IV, e o bem comum idealizado por Rousseau só é alcançado quando todos, minorias e majorias, têm seus direitos fundamentais reconhecidos.

Em consonância com o pensador contratualista é a ideia de bem comum tecida por Dallari; segundo ele, o Estado, “como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meios para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares” (1989, p. 91).

Assim, o bem comum só é atingido quando se garante que cada pessoa humana viva, em plenitude, suas individualidades. Deve ser observado que a Lei Municipal que veda o ensino sobre identidade de gênero nas escolas vai na contramão do bem comum, em relação a todos os personagens envolvidos no contexto: os alunos, teriam reduzidas

as possibilidades de desenvolvimento de suas individualidades, em razão da falta de ensino de um tema de tamanho relevo; os professores, que teriam tolhida a liberdade de ensinar, de propagar conhecimento, direitos estes que como se verá a seguir são textualizados, expressamente, na Constituição Federal; e, por fim, a comunidade Transgênero, que permaneceria vítima do preconceito, fruto da falta de instrução e conhecimento dos jovens sobre quem são eles.

Conforme já exposto, sobre a problemática em apreço o Supremo Tribunal Federal pronunciou que é traço das democracias modernas proteger os direitos das minorias, em detrimento da vontade da maioria. Percebe-se que este fundamento se amolda à concepção de bem comum proposta por Rousseau e textualizada, na Constituição Federal.

Ademais, este fundamento também encontra amparo em outro dispositivo constitucional: a natureza de Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 1º, caput, da Constituição Federal.

Bulos atribui a origem da expressão Estado Democrático de Direito à Doutrina Constitucional Alemã:

Estado de Direito, sem o qualificativo democrático, é a tradução literal da palavra alemã *Rechtsstaat*, usada desde o começo do século XIX. Com o tempo, o termo incorporou-se ao vocabulário jurídico e político, significando o oposto de *Polizeostaat* – Estado de Polícia (Estado Absolutista). Lembre-se, ainda, que foi Nicoló Di Bernardo Dei Machiavelli o criador do vocábulo Estado, cuja raiz latina (*status*) compunha a ideia de estabilidade (2012, p. 507).

Nery e Nery Junior explicam a concepção de Estado Democrático de Direito prescrita na Constituição Federal:

O Estado de Direito no Brasil é democrático, o que significa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente (CF 1.º par.ún.). A CF 14 é expressa ao determinar o modo de exercício da soberania popular: voto secreto e direto, com valor igual para todos, garantidos pelo sufrágio universal (2009, p. 144.).

Constata-se que a atual concepção de Estado Democrático de Direito é consonante com as ideias propostas por Rousseau, no sentido que cada cidadão soberano exerce a sua soberania votando naquele que reconhece legítimo representante; e, os representantes do povo, eleitos, irão editar normas de convivência que limitarão a liberdade individual, em prol do bem comum.

Todavia, há de se refletir se a vontade geral da Teoria Contratualista, que é o bem comum, tem fim nela mesma, ou seja, sendo fruto de um Estado Democrático, a simples vontade da maioria eleita, por ser maioria, legitima as normas que serão impostas ao povo? Se for deste modo é legítima a lei municipal que veda o ensino sobre identidade – ideologia – de gênero nas escolas, porque o diploma legislativo municipal, sob o ponto de vista formal, foi democraticamente aprovado.

É certo que não, pois como bem dito, na decisão da ADPF em estudo, um Estado Democrático deve proteger não apenas os direitos da maioria, mas também das minorias, quando aquela buscar usurpá-los. Esta é a concepção de democracia substancial atribuída a Ferrajoli, que vai além da democracia formal, proposta por Kelsen, que se limita à legitimar a vontade da maioria, por ser maioria. Barroso bem diferencia essas duas concepções democráticas:

Luigi Ferrajoli, ao contrário de Hans Kelsen, direcionou seus estudos não na democracia como modelo de formação da ordem social, em caráter estritamente formal, mas sim num modelo normativo de direito, o qual batizou de Garantismo. Distintamente da democracia tida como forma de exercício de poder coloca o garantismo ou Estado de Direito como estrutura

do poder, entendido como sistema de limites substanciais, que se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático (2007, p. 8)

Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), a ideia de democracia perfeita é utópica, nunca tendo se concretizado em nenhum local ou contexto do mundo. Todavia, democracia é aquela que condensa, em um único modelo, a democracia formal e substancial, ou seja, obtém a vontade da maioria – formal – mas garantindo a preservação dos direitos de todos, mesmo daqueles alheios às camadas majoritárias.

À luz deste pensamento, conclui-se que só é possível a construção de um Estado Democrático e de Direto, como estabelecido na Constituição Federal e consonância com o pensamento de Rousseau, sobre o que é bem comum quando a vontade geral, ou seja, a direção que o Estado deve seguir, prestigiar os direitos das minorias. Neste sentido, entende-se necessário que seja assegurado o direito da Comunidade Transgênero de ser estudada nas escolas, para que assim seja conhecida e menos marginalizada. Não muito além, deve ser assegurado o direito dos alunos de estudarem sobre o tema da identidade – ideologia – de gênero, para que, a partir do conhecimento lhes transferido possam construir suas visões de mundo e se autodeterminarem segundo elas. E, deve ser assegurado aos docentes a liberdade e autonomia para que possam desempenhar suas funções, transmitindo os conteúdos que entenderem necessários à formação intelectual dos discentes. Só assim, se construirá uma democracia social, que direciona seus olhos a todos, visando concretizar os mandamentos previstos na Constituição Federal em busca do bem comum:

O *caput* do art. 1º expressa, ainda, sermos um Estado Democrático de Direito. Somos um Estado Democrático (participação do povo nos afazeres do Estado) e, também, em Estado de Direito. Estado de Direito é sinônimo de Estado em que prevalece a ordem jurídica. Ordem e Progresso! Mas o Brasil evoluiu para um Estado Democrático e Social de Direito. Esta evolução para o “Social” significa que o Estado brasileiro deve desenvolver prestações

positivas a favor dos indivíduos, e não assumir postura passiva e inerte face aos ditames da Constituição (PIRES, 2014, p. 49).

Vislumbra-se que Contrato Social (2012) tem um ponto central: a concepção instrumental de Estado, pois o pacto social – soma de força dos indivíduos, que faz nascer a vontade geral, que deverá ser a vontade do Estado – tem por finalidade atingir o bem comum. Percebe-se mais uma convergência entre a referida teoria e a Constituição Federal, tendo em vista que esta também atribui uma natureza instrumental ao Estado, no sentido de que este não tem fim nele mesmo, mas sim nos que o formam, e é por essa razão que logo no artigo 1º está prevista a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da ordem jurídica (BRASIL, 1988).

Sobre este caráter instrumental do Estado, diante da dignidade da pessoa humana, lecionam Nery Júnior e Nery:

É tão importante esse princípio que a própria CF 1.º III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade da pessoa humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. Os antigos já diziam que todo direito é constituído *hominum causa* (2009, p. 151).

Em outras palavras, a pessoa humana há de ser a maior preocupação do Estado, o bem maior a ser protegido, de modo que nenhuma norma será constitucional se instrumentalizar os sujeitos que estejam envolvidos na situação jurídico-fática, independentemente de serem heterossexuais ou homossexuais, transgênero ou

cisgênero, haja vista que todas pessoas humanas são constituídas em dignidade por simplesmente serem pessoas humanas. Independente de qualificativos, atributos, subjetividades, determinado sujeito é dotado de uma intangibilidade, que é a mesma de seu semelhante, pois “a dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser pessoa” (NUNES, 2011, p. 231).

É certo que os direitos fundamentais, em regra, são relativos (BULOS, 2012). Todavia, é inegável que a norma do município de Novo Gama fere a dignidade da pessoa humana ao desconsiderar os direitos dos alunos de adquirirem conhecimento sobre a identidade de gênero, e assim construírem senso crítico quanto ao tema.

Não obstante à reflexão axiológica envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana e a educação como instrumento de construção do sujeito que se autodetermina, deve-se observar que o artigo 205, da Constituição Federal prevê que a educação deverá ser fornecida visando o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. Para que o aluno se desenvolva, em sua plenitude, é intragável a limitação heteronormativa e cisnormativa do conteúdo a ser ensinado, mormente porque estes versam sobre sujeitos que são discriminados e marginalizados.

Sob o ponto de vista dos transgêneros, Igualmente é inegável que na Lei em análise há violação à dignidade da pessoa humana, haja vista que há supressão do direito daqueles de serem conhecidos pela sociedade, que tanto os marginalizam e os discriminam.

Outrossim, constata-se violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, no que toca aos docentes, que são tolhidos de sua liberdade de expressão, pessoal e profissional, estampadas como direitos fundamentais, no artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal.

Insta ressaltar que tamanha é a preocupação do constituinte com o direito de ser educado, do aluno, e de educar, do professor, que no artigo 206, inciso II é assegurada a: “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (BRASIL, 1988).

Por fim, vislumbra-se mais uma convergência entre a Constituição Federal e as ideais de Rousseau: a importância da educação.

Conforme dito a pouco, a Constituição Federal, em seu artigo 205, prevê que a Educação visa a construção da cidadania. No mesmo sentido, Rousseau, em sua obra “Emílio” (2018) defende que a educação é essencial para se preparar o ser humano para a vida em sociedade, sobretudo a fim de que viva conforme a vontade geral, ou seja, visando o bem comum. Neste sentido, leciona Gatti:

Até mesmo a educação pública é, em sua opinião, um instrumento essencial para tal fim, talvez até o mais importante de todos, porque deve acostumar os membros da sociedade, desde jovens, a se sentir parte do corpo político e a não sacrificar o interesse público pelo privado (2015, p. 64-65).

É a educação que construirá uma sociedade justa, harmônica, em consonância com a ideia de bem comum tão defendida pelo pensador genebrino e expressamente transcrita na Constituição Federal. Mas para que este instrumento essencial atinja o máximo do seu potencial civilizatório deve ser garantido que todos os conhecimentos sejam transmitidos em sala de aula, independente dos valores heteronormativos ou cisnormativos presentes na maioria dos cidadãos.

A humanidade já viveu tempos de trevas, em que livros eram queimados, docentes eram perseguidos por lecionarem determinadas lições. Em um Estado Democrático – e Social – de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é a vigamestra do ordenamento jurídico, o princípio dos princípios, não se pode permitir retroceder àquele tempo.

Descartes (1979) diz que quem pensa logo existe. A afirmativa referida vai além de um argumento filosófico: exprime a verdade sobre o desenvolvimento humano, pois aquele desprovido de senso crítico, de capacidade de contestação e reflexão, aquele que

não conhece, não desenvolverá, plenamente, o seu papel no mundo; e, é a educação o principal meio para o desenvolvimento destas potencialidades.

A Constituição Federal, em seu artigo 206, inciso III, previu que o ensino terá como princípio o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Além de uma norma deôntica, que impõe um fazer aos órgãos de educação, trata-se de um verdadeiro comando que visa a concretização da vontade geral, que o Estado deve perseguir, para se atingir o bem comum, teorizado por Rousseau, e positivado na própria Carta Mãe.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- ARAÚJO, Dhyego Câmara de. Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 640-662, bimestre. abr./jun. 2018. DOI 10.1590/2179-8966/2017/25191. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n2/2179-8966-rdp-09-02-640.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. Orientação sexual na identidade de gênero a partir da crítica da heterossexualidade e cisgeneridade como normas. **Letras Escreve**, Macapá, ano 2017, v. 7, n. 1, p. 137-164, 1. Sem. 2017. DOI 10.18468/letras.2017v7n1.p137-164. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/letras/article/view/3073> . Acesso em: 9 abr. 2021.
- BARROSO, Rosana Carrijo. Da democracia formal à democracia substancial. **Direitos Fundamentais e Democracia**. São Paulo, ano 2007, n. 1, p. 1-16, Jun. 2007. Disponível em: https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/democracia-formal-substancial-75775303?_ga=2.178256930.603898302.1620998998-91896061.1620998998. Acesso em: 14 mai. 2021.

- BENTIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília: 1998.
- BORILLO, Daniel. **Homofobia** – história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2013.
- BRASIL. **Constituição** (1988). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- _____. **Código Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- _____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- _____. **Lei n. 9394/1996**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- _____. **Lei n. 8882/1999**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- _____. **Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DESCARTES, René. Trad. Jacob Guinsburg; Bento Prado Jr. **Discurso do Método**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1979.
- FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau: o bom selvagem**. São Paulo: FTD, 1989.
- FOUCAULT, Michel. Trad. J. A. Guilhon Albuquerque; Maria Thereza da Costa Albuquerque. **História da Sexualidade I – A vontade de Saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- GATTI, Roberto. **Rousseau**. Trad. Alessandra Siedschlag. São Paulo: Ideias & Letras, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROSSI, Miriam Pillar. Identidade de Gênero e Sexualidade. **Antropologia em Primeira Mão**, Florianópolis, ano 1998, n. 4, p. 1-18, 1998.

GUIMARÃES, Frederico Sidney. Ideologia ou Identidade de gênero? Os equívocos constitutivos nas propostas curriculares. **Cadernos de Letras da UFF**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 135, 2018.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). **Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**. 2007.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2. ed. Brasília, 2012

KELSEN, Hans. Trad. João Baptista Machado. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fones, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 11-14, jul./set. 2006.

LOCKE, John. Trad. Anoar Aiex. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Trad. Roberto Leal Ferreira. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, Jéssica; CAVALCANTE, Marlon; SOUSA, Mônica C. P. Visibilidade e representatividade transexual: a personagem Ivana em “A Força do Querer”. **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação**: 41º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Joinville, ano 2018, p. 1-12, 2018. XIV Jornada de Iniciação Científica em Comunicação, evento componente do 41º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVO GAMA. Lei Ordinária n. 1516/2015, de 30 de junho de 2016. **Imprensa Oficial do Município de Novo Gama**. Disponível em:

<https://acessoainformacao.novogama.go.gov.br/legislacao/lei/id=49>. Acesso em 17 mai. 2021.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Antonio Fernando. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Wanderlei José dos. Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/DF e MI n.º 4.733/DF)? **Connectio Line**: Revista Eletrônica do Univag, Cuiabá, n. 23, p. 1-25, dez/2020. DOI DOI:10.18312. Disponível em:

<http://www.periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/issue/view/83/showToc> . Acesso em: 23 abr. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Trad. Roberto Leal Ferreira. **Emílio – ou Da Educação**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. Trad. Paulo Neves. **Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF n. 457. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Dj: 03/06/2020. **STF**, 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processo/detalhe.asp?incidente=5192888>. Acesso em 12 mai. 2021.

_____. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO : ADO n. 26; MANDADO DE INJUNÇÃO : MI n. 4733/DF. Relator: Celso de Mello. Dj: 01/07/2019. **STF**, 2020. Disponível em 17 mai. 2021.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso Em

_____. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF n. 132; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADIN n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Dj: 14/10/2011. **STF**, 2011. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 17 mai. 2021.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE n. 898.060/SC. Relator: Luiz Fux. Dj: 29/05/2019. **STF**, 2020. Disponível em

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em 12 mai.

2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp n. 1.183.378/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dj: 01/02/2012. **Jusbrasil**, 2012. Disponível em

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em 17 mai. 2021.

_____. RECURSO ESPECIAL : REsp n. 1.026.981/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Dj: 23/02/2010. **Jusbrasil**, 2012. Disponível em

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>. Acesso em 17 mai. 2021.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil** – volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do direito**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

TSE. RECURSO ESPECIAL : REsp n. 24564/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dj: 01/10/2004. **Jusbrasil**, 2004. Disponível em

<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14647145/recurso-especial-eleitoral-respe-24564-pa-tse>. Acesso em 17 mai. 2021.

VICENTE, Laila Maria Domith; RIBEIRO, Victor Oliveira. **A Heteronormatividade das Instituições Jurídicas**. Disponível em:

<https://www.periodicos.ufes.br/gepss/article/view/3887/3102>. Acesso em: 23 abr. 2021.