

EXCELENTÍSSIMO E DOUTO JUÍZO DE DIREITO DA ___ª VARA FEDERAL DA COMARCA DE REDENÇÃO/CE.

**Distribuição
Ação Civil Pública**

ANTRA - Associação Nacional de Travestis e Transexuais, inscrita no CNPJ sob n.º 04.475.712/0001-18, com sede na Rua Doutor Nicolau Gragelli, n.º 232, Amambai, Campo Grande/MT, CEP 79008-570, neste ato representada por sua Diretora-Presidente, **Sra. Keyla Simpson Sousa** (*nome social*), **ABGLT** - Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, inscrita no CNPJ sob n.º 00.442.235/0001-33, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, n.º 336, cj. 43, Edifício Monte Carlos, Curitiba/PR, CEP 800010-130, neste ato representada por sua Diretora-Presidente, **Sra. Symmy Larrat Brito de Carvalho**, e **GADvS** - Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, inscrito no CNPJ n.º 17.309.463/0001-32, com sede na Rua da Abolição, n.º 167, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01319-010, neste ato representada por seu Diretor-Presidente, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, por seu advogado signatário, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 1º e seguintes da Lei n.º 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública - **LACP**) e dos artigos 319 e seguintes do Código de Processo Civil, ingressar com

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO c.c OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO-FAZER

Em face da **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de Direito Público, com endereço na Av. da Abolição, n.º 3 - Campus da Liberdade - Centro - Redenção/CE, CEP 62790-000, e da **UNIVERSIDADE DE INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA (UNILAB)**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 12.397.930/0001-00, com endereço na Avenida da Abolição, n.º 3, Centro, Redenção/CE, CEP 62790-000, pelas razões de fato e de Direito que passam a expor:

1. DOS FATOS e SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS DESTA ACÇÃO. Transfobia institucional. Cassação de edital que previa cotas de *vagas ociosas* a pessoas transexuais, travestis, pessoas não-binárias e intersexos, após fala de cunho preconceituoso do Sr. Presidente da República contra elas. Intervenção do MEC para isto viabilizar, por razão constitucionalmente e convencionalmente vedada (CF, art. 3º, IV). **LEGITIMIDADE ATIVA.** Entidades nacionais de defesa dos direitos da população LGBTI+. Direito difuso ou coletivo da população transgênero, amparável por ação civil pública (art. 1º, IV, da LACP). Subsidiariamente: rol meramente exemplificativo do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (ou, ainda, *omissão inconstitucional*, colmatável por interpretação extensiva ou analogia, por força do princípio da isonomia). **MÉRITO.** Caracterização de

discriminação direta (intencional) ou, no mínimo, de discriminação indireta (efeito discriminatório). Violação da garantia constitucional da autonomia universitária pela intervenção (discriminatória) do MEC. Dever estatal de superação de todas as formas de desigualdades sociais e enfrentamento de quaisquer formas de discriminação. Constitucionalidade e dever constitucional e convencional de ações afirmativas em geral e cotas em particular em favor de pessoas transgênero (travestis, transexuais, pessoas não-binárias e intersexos) – grupo socialmente vulnerável. PEDIDO INDENIZATÓRIO. Indenização por Dano Moral Coletivo, em razão da motivação discriminatória (motivação como parte integrante e condicionante da [in]validade dos atos administrativos). OBRIGAÇÃO DE FAZER. Restabelecimento do edital de cotas das mesmas vagas ociosas às pessoas travestis, transexuais e intersexos.

No dia 09 de julho de 2019, a Corrê UNILAB publicou o **edital n.º 29/2019**, pelo qual informou que destinaria a **ocupação de vagas ociosas** da Instituição de Ensino Superior (IES) a **pessoas transgênero** (travestis, transexuais, pessoas não-binárias e intersexos)¹, para ingresso no período letivo 2019.2 (segundo semestre de 2019). Que se tratava de preenchimento apenas de vagas ociosas foi algo que ficou expresso no **Aditivo II** do edital, que estabeleceu, em seu **item 3.1**, que “*As vagas ofertadas para o processo seletivo específico para candidatas(os) transgêneras(os) e intersexuais são para o provimento de 120 (cento e vinte) vagas ociosas nos cursos presenciais oferecidos pela Unilab para ingresso no período letivo 2019.2, no Campus da Liberdade e na Unidade Acadêmica dos Palmares, Ceará, e no Campus dos Malês, na Bahia, distribuídas conforme quadro 1!*” (destaque do original).

Contudo, no dia 16 de julho de 2019, uma **manifestação transfóbica do Sr. Presidente da República em sua rede social (twitter)**, denotando profunda indignação com a reserva de tais vagas ociosas a estes grupos socialmente estigmatizados (*a CAIXA ALTA ao se referir a tais grupos deixa bem explícito que se indignou pela reserva de vagas àqueles grupos específicos*), informou que **o Ministério da Educação (MEC) interviu para suspender e posteriormente anular o referido edital de ação afirmativa em favor das citadas populações**. Eis o teor exato de sua fala, devidamente transcrita por matéria da Folha de São Paulo de 16.07.2019:

*A Universidade de Integração da Lusofonia Afro-Brasileira (Federal) lançou vestibular para candidatos TRANSEXUAL (sic), TRAVESTIS, INTERSEXUAIS e pessoas NÃO-BINÁRIOS. Com intervenção do MEC, a reitoria se posicionou pela suspensão imediata do edital e sua anulação a posteriori.*² (destaques do original)

¹ Cf. <http://www.unilab.edu.br/wp-content/uploads/2019/07/PROCESSO-SELETIVO-TTT_2019-2_29_19.pdf>. Acesso em 29.07.2019.

² Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/07/bolsonaro-anuncia-suspensao-de-vestibular-para-trans-em-universidade-federal.shtml>>. Acesso em 29.07.2019.

Posteriormente, foi divulgado o **parecer da Advocacia-Geral da União (AGU)**, que “fundamentou” referida suspensão para posterior anulação do edital em questão, sob fundamento, em síntese, de ausência de lei que preveja cotas para pessoas transgênero e suposta violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ampla concorrência³ (***sem, contudo, em seu inteiro teor, sequer explicar a razão disso, limitando-se a mera alegação vazia, embora peremptória.***)

Contudo, referida medida é flagrantemente **inconstitucional e inconvençãoal**, por violadora do direito fundamental e humano à não-discriminação das pessoas transgênero (travestis, transexuais, pessoas não-binárias e intersexo), bem como por afrontar a garantia constitucional da autonomia universitária, pela **confissão da Corrê União, ante a fala do Sr. Presidente da República, sobre a intervenção do MEC para fins de cassação do vestibular em questão**, o que obviamente denotou alguma pressão política ao Reitor da Corrê UNILAB para cassar o vestibular.

Afinal, na síntese do **30° Princípio de Yogyakarta, alínea “e”** (direito à proteção estatal), oriundo da revisão dos célebres *Princípios de Yogyakarta* (Yogyakarta +10)⁴, devem os Estados “*desenvolver, implementar e apoiar a educação e programas de informações públicas para promoverem os direitos humanos e eliminar os preconceitos baseados na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais*”, sendo que um programa de **ação afirmativa educacional, por intermédio de cotas universitárias a populações vulneráveis vítimas de histórica opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica** obviamente se enquadra na ideia de desenvolver, implementar e apoiar a educação e a eliminação dos direitos humanos das populações (neste caso) de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias.

Da mesma forma, segundo a interpretação do **25° Princípio de Yogyakarta** (direito de participar da vida pública), oriunda da citada revisão (Yogyakarta +10), é dever dos Estados “*desenvolverem e implementarem programas de ações afirmativas para promoverem a participação pública e política de pessoas marginalizadas em razão de sua orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características sexuais*”, o que evidentemente incide relativamente ao citado programa de cotas para pessoas transgênero (por boa-fé, esclareça-se que *não se requer*

³ Eis a ementa do referido Parecer da AGU (PARECER n. 00081/2019/GAB/PFUNILAB/PGF/AGU): “DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO EDUCACIONAL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E POLÍTICA DE COTAS E RESERVA DE VAGAS EM INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR. I - É constitucional a política educacional de reserva de vagas para cotistas, nos termos estabelecidos na Lei 12.711/2012. II - Edital para ingresso de alunos na graduação, de participação exclusiva de candidatos transexuais, travestis, não binários e intersexuais, ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da ampla concorrência em seleções públicas. III - Pela desaprovação da minuta, com recomendação de suspensão do certame e posterior anulação do Edital”. Cf. citação constante de: <<file:///C:/Users/Paulo%20lotti/Downloads/document-62.pdf>>. Acesso em 29.07.2019.

⁴ Disponíveis em: <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf>. Acesso em 03.08.2019. Tradução livre, neste e no parágrafo seguinte.

“*cotas para lésbicas, gays e bissexuais*”, fique claro, que apesar da opressão que sofrem em razão de sua orientação sexual, conseguem ingressar nas universidades, seu problema sendo principalmente o de prevenção e repressão das opressões que ali sofrem).

Assim, não restou às Autoras outra alternativa senão ingressar com o presente litígio, para fins de condenação das Rés em dano moral coletivo (responsabilidade solidária), bem como da Corré UNILAB, para fins de elaboração de novo edital, para que garanta cotas universitárias aos grupos vulneráveis vítima da discriminação fruto da transfobia externada pelo Sr. Presidente da República.

1.1. LEGITIMIDADE ATIVA DAS AUTORAS.

A **legitimidade ativa** das Autoras encontra-se, *no mínimo*, no disposto no **art. 1º, IV, da Lei Federal n.º 7.347/1985**, que fala em ações de defesa de *qualquer interesse difuso ou coletivo*, como aquele relativo à repressão a atentados à dignidade das pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, consoante desenvolvido no *mérito* da presente ação. Por outro lado, considerando que a homotransfobia foi reconhecida como crime de racismo no histórico julgamento do STF da **ADO 26 e do MI 4733**, por consequência lógica as pessoas LGBTI+ foram reconhecidas, também, como *grupos racializados*⁵ – se o *racismo* é um conceito político-social, como bem afirmado pelo STF, então evidentemente os conceitos de *raça* e *grupo racial* também o são,⁶ donde a legitimidade ativa das Autoras encontrar-se-ia, neste caso, no **art. 1º, VII**, da mencionada lei.

⁵ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Racismo homotransfóbico e pessoas LGBTI como grupo racializado**. In: JOTA, 28.05.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019>>. Acesso em 31.07.2019.

⁶ Consoante desenvolvido no artigo citado na nota anterior, consoante a lição de **Adilson José Moreira**, “A *racialização* seria uma forma de construção e de diferenciação dos indivíduos, prática que possui um objetivo específico: a *raça* é uma marca que representa as relações de poder presentes em uma dada sociedade”, de sorte que “o *processo de racialização de grupos humanos* é um exercício de poder que proporciona os instrumentos para a dominação de certas populações, pois elas são criadas como diferentes e inferiores”. Cf. MOREIRA, Adilson José. **Racismo Recreativo**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Pólen, 2019, p. 41 e 45. Embora o autor fale a partir da população negra e, em outros momentos, vincule o racismo a elementos fenotípicos ou características físicas, esses seus conceitos de *raça* e *processo de racialização de grupos humanos* abarcam aquilo que, de fato, ocorre com a população LGBTI, de sorte que esta se configura, sim, como *grupo racial*, na acepção político-social do termo. Cabendo lembrar, aqui, parafraseando, a fala do ministro Maurício Correa, do STF, no julgamento do HC 82.424/RS: não importa o que o STF ou o grupo social pensa a respeito (sobre ser ou não uma “raça”), importa como esse grupo é socialmente tratado, donde se é tratado como uma “raça apartada” pela opressão social que lhe assola, o STF não pode fechar os olhos a essa realidade objetiva. Não somos nós, pessoas LGBTI, que nos consideramos uma *raça apartada*, são neonazistas e homotransfóbicos em geral que nos consideram uma “raça do demônio”, ou uma “raça maldita” a ser exterminada (neonazista, em 2014, em entrevista ao SBT, chamou homossexuais de “raça do demônio”, por exemplo, cf. Cf. http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/4703/No-Rastro-da-Intolerancia---Parte-1.html#.VJCM0SvF_T9 – último acesso em 16.12.14. Trata-se da primeira fala do vídeo, logo após o vigésimo segundo do vídeo. Para a segunda parte desta reportagem: <http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/12831/No-Rastro-Da-Intolerancia---Parte-2.html#.VJCPa3u4Ka9> (último acesso em 16.12.14). Esse dado da realidade objetiva não pode ser desconsiderado.

Caso disso se discorde, inequivocamente cabível **analogia** para equiparar as entidades Autoras aos *grupos raciais, étnicos ou religiosos*, por ser algo violador do **princípio da igualdade**, por caracterizar pura arbitrariedade garantidora de privilégios sociais, garantir o acesso da ação civil pública apenas a alguns grupos vulneráveis e não a outros. A se entender que a legitimidade ativa para a propositura da lei de ação civil pública seria decorrente de “*rol taxativo*” e caso se discorde das teses expostas no parágrafo anterior, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, então deverá ser declarada a *inconstitucionalidade incidental* da referida taxatividade legal (declaração de nulidade sem redução de texto, declarando-se inconstitucional a “norma implícita” que considere “taxativo” o rol ali apresentado), aplicando-se a *analogia* para reconhecer a legitimidade ativa das Autoras – visto que a isonomia, como *imposição constitucional relativa* (cf. Canotilho), não se compatibiliza com diferenciações arbitrárias, como aquela que permite legitimidade de ação civil pública para algumas minorias e grupos vulneráveis e não a outras e outros em situação equivalente de histórica opressão estrutural, sistemática e institucional. Ou, *alternativamente*, caso se adote a perspectiva da *omissão inconstitucional*, que se estenda a legitimidade ativa às entidades LGBTI+, como as Peticionárias, pela citada analogia, por força do citado princípio da igualdade.

Reconhecida a legitimidade ativa das Autoras para propor a presente demanda, o que desde já se requer, passa-se a desenvolver os temas de mérito.

2. DO MÉRITO.

2.1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS. Conceitos de orientação sexual, identidade de gênero e das categorias identitárias envolvidas neste litígio (travestis, transexuais, pessoas não-binárias e intersexos). Conceitos de transfobia, discriminação estrutural e institucional.

Primeiramente, é importante compreender os conceitos-chave objeto do presente litígio.

Orientação sexual se refere ao gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva.⁷ Refere-se ao gênero (masculino ou feminino) pelo qual a pessoa se atrai fisicamente e afetivamente. Relaciona-se, portanto, à heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, pansexualidade e assexualidade. *Não é objeto do presente litígio, embora caiba lembrar que é incorreto falar-se em “opção sexual” (sic), visto ninguém “escolher” conscientemente uma ou outra orientação sexual (ou identidade de gênero, cf. infra), mas simplesmente descobrir-se de uma forma ou de outra.*

⁷ Segundo os célebres **Princípios de Yogyakarta**, “Compreendemos **orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas” (grifo nosso). Cf. <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 03.08.2019.

Identidade de gênero refere-se ao *gênero* com o qual a pessoa se identifica.⁸ **Gênero** refere-se ao conjunto de características socialmente atribuídas (e esperadas) de uma pessoa, em razão de seu genital, ao nascer (ou, para outra corrente, em razão de seu “sexo biológico”)⁹. É a “vivência de um gênero (social, cultural) discordante com o que se esperaria de alguém de um determinado sexo (biológico), é uma questão de identidade, não um transtorno”¹⁰, restando claro que “o *sexo biológico*, [relativo a] macho e fêmea, pênis e vagina, é uma construção distinta da orientação sexual e da identidade de gênero”.¹¹ Na lógica do *binarismo de gêneros* socialmente hegemônico, *gênero* refere-se à masculinidade e à feminilidade, ou seja, às características que se espera de uma pessoa do *sexo masculino*, por ter nascido com um *pênis*, e àquelas que se espera de uma pessoa do *sexo feminino*, por ter nascido com uma *vagina*, donde a sociedade classifica tais pessoas, respectivamente, como *homens* e *mulheres*. A identidade de gênero refere-se, assim, à **cisgeneridade**, ou seja, à pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído, ao nascer, em razão de seu genital (pessoa cisgênero) e à **transgeneridade**, ou seja, à pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído, ao nascer, em razão de seu genital¹², e reivindica outro para si, a partir de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade (cf. Corte IDH, OC n.º 24/17)¹³. **Pessoas**

⁸ Também segundo os célebres **Princípios de Yogyakarta**, “Compreendemos **identidade de gênero** a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos” (grifo nosso). Cf. <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 03.08.2019.

⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **STF e o Registro Civil das Pessoas Transgênero**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.) *Transgêneros*, Brasília: Ed. Zakarewicz, 2019, p. 313; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, Cap. 02, item 3.5 (“As minorias sexuais e de gênero. Conceituação de orientação sexual, gênero e identidade de gênero”).

¹⁰ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Homofobia. Identificar e Prevenir**, Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2015, p. 54.

¹¹ JESUS, Jaqueline Gomes de & Colaboradores. **Transfeminismo. Teorias & Práticas**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2014, p. 71.

¹² VECCHIATTI, *Loc. Cit.*

¹³ É importante ficar claro que, com essa afirmação, não se nega que a biologia traga consequências físicas às pessoas (como a *mulher cisgênero* engravidar), apenas se nega que o *sexo (o genital)* defina um *destino social imutável* ou “natural” a homens e mulheres. É essa a posição clássica de **Simone de Beauvoir**, em seu célebre “O Segundo Sexo”. Sua famosíssima frase, muito citada mas pouco lida em seu contexto, é a conclusão de todo um primeiro volume, no qual a autora expressamente não nega a influência da biologia na pessoa humana, mas rechaça que ela (biologia) traga um *destino social imutável* à mulher, vítima da discriminação por gênero. Daí defender que as pessoas *nascem* com determinado “**sexo**” (como “machos” ou “fêmeas”, a partir de sua biologia e, assim, de seu genital e seus aparelhos reprodutivos), mas *tornam-se* pessoas de determinado “**gênero**” (como “homens”, relativamente à masculinidade, ou como “mulheres”, relativamente à feminilidade). Contemporaneamente, a doutrina de **Judith Butler** questiona a própria naturalidade do conceito de *sexo*, não no sentido de negar a *materialidade do corpo humano* (no sentido de influências biológicas na vida humana), mas para dizer que o *próprio conceito de “sexo” já é “generificado”* (“sex is gendered”), no sentido que a própria definição de “sexo” (de “macho” e de “fêmea”) é definida a partir da compreensão cultural sobre o gênero (em síntese interpretativa, a masculinidade é usada para interpretar o *sexo* de quem nasceu com pênis e a feminilidade é usada para interpretar o *sexo* de quem nasceu com vagina). Como se vê, a crítica de

transgênero dividem-se em *transexuais* (mulheres transexuais e homens trans), pessoas intersexo e pessoas não-binárias (cf. infra).

Em suma, na doutrina de **Jaqueline Gomes de Jesus**, Doutora em Psicologia Social, Professora de Psicologia no Instituto Federal do Rio de Janeiro e ativista trans:

Transgênero é o nome genérico que se dá a todas as pessoas que não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascimento. Todas as demais, que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascimento, são chamados de **cisgênero**. [...] Mais que vivenciar uma identidade de gênero, **ser transgênero** corresponde a representar uma identidade política¹⁴, pautada pela desconstrução da crença em papéis de gênero considerados ‘naturais’, construídos biologicamente; e pela visibilização de identidades historicamente estigmatizadas, tornadas invisíveis em determinados espaços sociais considerados ‘normais’, com base em determinações estatísticas ou moralistas.¹⁵ (*grifos nossos*)

Nos termos da **Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, integralmente referendada e

Butler denota que, longe do gênero ser interpretado a partir do sexo, é o sexo que é interpretado a partir do gênero, para usar as categorias de Beauvoir no contexto de Butler.

¹⁴ Esclareça-se que, obviamente, a pessoa não “se torna” trans por uma questão de “vontade” política (obviamente, não é esse o sentido que a autora utiliza). Quando se fala em *identidade política*, se fala em ter a coragem de assumir a sua *real identidade* (aquela com a qual a pessoa se identifica), a despeito de todos os preconceitos e discriminações de que *sabe* que será vítima. Por exemplo, quando na psicologia se fala em “*tornar-se gay*” e, por identidade de razões, “*tornar-se trans*”, não significa que a pessoa “deixa de ser” heterossexual para assumir outra orientação sexual ou “deixa de ser” cisgênero para assumir outra identidade de gênero. O que se aponta com isso é o fato de que a sociedade e a família nos educam, desde a tenra infância, a sermos heterossexuais e cisgêneros, mas como as pessoas LGBTI+ descobrem, *desde a infância*, terem uma orientação sexual ou identidade de gênero outra, passam a sentir uma espécie de *luto*, pela dificuldade de aceitação de que passarão a sofrer preconceitos e discriminações diversas, bem como não atenderão às expectativas familiares e sociais relativamente a si (as expectativas de relacionamentos heteroafetivos com filhos biológicos entre pessoas de identidade de gênero cisgênera). De sorte que o *tornar-se LGBTI+* refere-se ao árduo processo de aceitação da pessoa de descobrir e assimilar que, em sua essência, possui uma identidade não-heterossexual e/ou não-cisgênera – e isso independente de escolha (porque inexistente “opção sexual”, as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra em termos de identidades sexuais e de gênero). Nesse sentido, embora analisando apenas a questão da homossexualidade, vide ISAY, Richard A. *Tornar-se gay*. O caminho da autoaceitação. Tradução: Dinah Klebe. São Paulo: Summus, 1998, pp. 12-15 e 64-79, e VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, Cap. 02, item 3.2 (*Entendimento da ciência médica quanto à origem da homoafetividade*). Em suma, em trecho da citada doutrina de Isay: “*nós já vimos as muitas razões para as demoras neste processo, em especial a sua autoestima danificada, portanto, é só depois dos dezoito, dezenove anos, ou mesmo até depois da sua maioridade, que os adolescentes homossexuais são capazes de assumir para si mesmos a sua orientação homossexual. Para que o adolescente seja capaz de se assumir para si mesmo, é preciso que ele se sinta relativamente livre dos danos causados à sua autoestima, para poder se sobrepor à negação de seus sentimentos por pessoas do mesmo sexo, negação esta provocada pela sensação de ter sido rejeitado, primeiro pelos pais na infância, depois por seus amigos, por temer desapontar os pais, pela estigmatização social, estereótipos negativos e pela falta de modelos saudáveis para seguir. Para se assumir para si mesmo, ele tem que ter adquirido suficiente independência e autoconfiança a ponto de perceber que nunca será capaz de corresponder às necessidades de seus pais, no que diz respeito a uma vida convencional com uma família convencional. De certo modo ele tem que desistir de fazê-lo. Frequentemente a autoaceitação só ocorre depois que o rapaz descobre o amor, uma paixão suficientemente poderosa para ajudá-lo a superar a negação*”. ISAY, *Op. Cit.*, p. 77-80.

¹⁵ JESUS, *Op. Cit.*, p. 60, 64 e 79.

multicitada pelo **STF** no histórico julgamento da **ADI n.º 4275**, que reconheceu o direito de pessoas transgênero a retificarem seu prenome e gênero no registro civil independente de cirurgia, laudos e ação judicial:

a) Sexo [...] se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En ese sentido, puesto que este término únicamente. **b) Sexo asignado al nacer**: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre; **c) Sistema binario del género/sexo**: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex); [...] **e) Género**: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas; **f) Identidad de Género**: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo; asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no – la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. **g) Expresión de género**: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida; **l) Orientación sexual**: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas.¹⁶ (*grifos nossos*)

Consoante definido pelo **Conselho Federal de Psicologia**, na Resolução CFP n.º 01/2018:¹⁷

¹⁶ Cf. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 29.07.2019.

¹⁷ Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>>. Acesso em 03.08.2019.

CONSIDERANDO as expressões e identidades de gênero como possibilidades da existência humana, as quais não devem ser compreendidas como psicopatologias, transtornos mentais, desvios e/ou inadequações; **CONSIDERANDO** que expressão de gênero refere-se à forma como cada sujeito apresenta-se a parte do que a cultura estabelece como sendo da ordem do feminino, do masculino ou de outros gêneros; **CONSIDERANDO** que identidade de gênero refere-se à 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 e outras expressões de gênero; **CONSIDERANDO** que **cisnormatividade** refere-se ao regramento social que reduz a divisão das pessoas apenas a homens e mulheres, com papéis sociais estabelecidos como naturais, postula a heterossexualidade como única orientação sexual e considera a conjugalidade apenas entre homens e mulheres cisgêneros; **CONSIDERANDO** a **cisnormatividade como discursos e práticas que excluem, patologizam e violentam pessoas cujas experiências não expressam e/ou não possuem identidade de gênero concordante com aquela designada no nascimento**; **CONSIDERANDO** que a autodeterminação constitui-se em um processo que garante a autonomia de cada sujeito para determinar sua identidade de gênero; **CONSIDERANDO** que a estrutura das sociedades ocidentais estabelece padrões de sexualidade e gênero que permitem preconceitos, discriminações e vulnerabilidades às pessoas transexuais, travestis e pessoas com outras expressões e identidades de gênero não cisnormativas; **RESOLVE**: Art. 1º - As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, atuarão segundo os princípios écos da profissão, contribuindo com o seu conhecimento para uma reflexão voltada à eliminação da transfobia e do preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis. *(grifos nossos)*

Transexuais são pessoas transgêneras que se identificam com o gênero oposto àquele que lhes foi atribuído, ao nascer, em razão de seu genital – as **mulheres transexuais**, embora tenham nascido com um pênis, reivindicam-se como mulheres, por entenderem-se enquanto tais, enquanto **homens trans**, embora tenham nascido com uma vagina, reivindicam-se enquanto homens, por entenderem-se enquanto tais. Então, embora “a definição do que é ser homem ou mulher, surgiu a partir de uma divisão biológica, não obstante a experiência humana deixar evidente a existência de outras identidades que não se encaixam no conceito, sendo exatamente o que ocorre com os indivíduos chamados **transgêneros**, entre os quais, se incluem travestis, transexuais e intersexuais”.¹⁸

Travestis são pessoas transgêneras que, tendo sido designadas como pertencentes ao gênero masculino no nascimento, não se reivindicam propriamente como sendo homens ou mulheres, embora sua identidade e expressão de gênero sejam femininas, independente das alterações corporais que possam ou não ter realizado. Não há relatos de travestis que reivindicam uso de nomes ou identidade/expressão de gênero masculinas (logo, não existe “o” travesti, mas apenas “a” travesti”). **Diferentemente de transexuais**, portanto, não reivindicam o gênero oposto ao que lhes foi

¹⁸ NETO, Fernando Corsato. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **A Pessoa Transgênero, a Criminalidade e a Teoria das Janelas Quebradas no Brasil**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.) *Transgêneros*, Brasília: Ed. Zakarewicz, 2019, p. 646.

atribuído, ao nascer, em razão de seu genital. Muitas travestis dizem que não se entendem nem como homens, nem como mulheres, mas como *travestis*, querendo ser respeitadas enquanto tais. Daí poder-se enquadrá-las como uma identidade de gênero autônoma.

Esclareça-se que **não é a cirurgia o que diferencia travestis de transexuais**. Trata-se eminentemente de uma **questão identitária**,¹⁹ sobre como a pessoa se identifica (se com o gênero oposto ao que lhe foi atribuído ao nascer, ou de uma forma mais fluida, enquanto identidade de gênero própria). Afinal, há pessoas transexuais que não desejam realizar todas as etapas da chamada *cirurgia de transgenitalização*: muitos *homens trans* limitam-se à cirurgia de retirada de mamas, sem desejar a construção de um neofalo (um pênis artificial), até porque se trata de uma cirurgia ainda considerada experimental, pelo Conselho Federal de Medicina²⁰, com muitas *mulheres transexuais* limitando-se à cirurgia de construção de mamas, mas não realizando a cirurgia para retirar seu falo (pênis). Como se vê, o *mundo real* desmente a arrogante pretensão totalitária de parte da Medicina, de criar conceitos abstratos do que seria a pessoa “transexual de verdade”, decorrente do **cissexismo**, ou seja, a ideologia que prega que a cisgeneridade seria a única identidade de gênero “digna” ou a “mais digna” de ser vivida, negando igual respeito e consideração a pessoas transgênero relativamente a pessoas cisgênero, impondo-lhes opressões e discriminações estruturais, sistemáticas e institucionais (da mesma forma que o heterossexismo, ao pregar o mesmo em benefício de heterossexuais, inferiorizando homossexuais, bissexuais, pansexuais e assexuais).

Assim, na doutrina de **Jacqueline Gomes de Jesus**:

A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual,²¹ como geralmente se pensa, não é uma

¹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, Cap. 02, item 3.5 (“As minorias sexuais e de gênero. Conceituação de orientação sexual, gênero e identidade de gênero”).

²⁰ Embora, incoerentemente, não considere “experimental” a cirurgia de construção de neofalo de um homem cisgênero que tenha tido, por qualquer motivo, seu pênis decepado...

²¹ Em outra obra, a **autora** explica: “Apenas para citar um equívoco muito comum, não podemos pensar em transexualidade sem esquecer que nem toda ela é heterossexual, mais ainda, há transexuais que realizam a cirurgia de redesignação e preferem não ter relações sexuais. Essas diferenças internas são fundamentais para que possamos compreender mais e melhor as pessoas LGBT e aperfeiçoar nossas pesquisas acadêmicas, bem como capacitar os gestores de nossas políticas públicas. Além disso, não poderá se constituir um movimento sociopolítico transfeminista sem um conhecimento objetivo e amplo das diversas formas de expressão afetivo-sexual de transgêneros”. JESUS, Jaqueline Gomes de & Colaboradores. **Transfeminismo. Teorias & Práticas**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2014, p. 74. No mesmo sentido, problematizando a ideologia de gênero cisnormativa e heteronormativa dominante e criticando-a, **Berenice Bento** aduz que: “Para muitos profissionais não é possível compreender a homossexualidade entre os/as transexuais. Porém, quando uma pessoa diz: ‘Eu tenho um corpo equivocado, sou um homem/mulher aprisionado/a em um corpo de mulher/homem’, isto não significa que ser mulher seja igual a ser heterossexual. Quando a sociedade estabelece que o/a homem/mulher de verdade [sic] é heterossexual se deduz imediatamente que um/a homem/mulher transexual também deverá sê-lo e são construídos dispositivos em torno dessa verdade [artificial], visto

escolha nem é um capricho, ela não é uma benção nem uma maldição, é apenas mais uma identidade de gênero. [...] Cada **pessoa transexual age de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero: mulheres transexuais** adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. **Homens transexuais** adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens. Para a **pessoa transexual**, é imprescindível viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero.

[...]

São travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não gênero. A maioria das travestis prefere ser tratada no feminino, considerando insultoso serem adjetivadas no masculino, logo: *AS travestis, sim. Os travestis, não.*²² (grifos nossos)

Em outra obra, a **autora** complementa, na **relação entre indivíduo, escolha e sociedade**:

Se os indivíduos fossem meros fantoches da sociedade, todos seriam heterossexuais [e cisgêneros] (ELIA|S, 1994; ELSTER, 1989). A presença de não-heterossexuais [e transgêneros] é um indicio empírico que os indivíduos podem trilhar caminhos que não são os padronizados pelas *estruturas sociais* em que vivem, portanto, há uma margem de *relativa autonomia individual no*

que contrariedade pelo mundo real, onde há mulheres transexuais que se relacionam com mulheres, cis ou trans, e homens trans que se relacionam com outros homens, cis ou trans]”. BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo. Sexualidade e gênero na experiência transexual**, Natal: Ed. EDUFRN, 2014, p. 195. Após analisar as teorias oficiais hegemônicas e o descabimento de suas idealizações cissexistas e heterossexistas apriorísticas, conclui a **autora**: “A partir dos argumentos apresentados sobre a necessidade de desconstruir o transexual universal, tanto na sua vertente psicanalista, quanto na biológica, aqui nomeados de ‘transexual stolleriano’ e ‘transexual benjaminiano’, respectivamente, poder-se-ia deduzir que estou relativizando a importância da cirurgia. De fato, a relativizo no que se refere a formulá-la como o único caminho possível para a resolução dos conflitos entre corpo, sexualidade, identidade de gênero e toma-la como referência a partir da qual todos/as os/as transexuais são avaliados/as. Nas **teses oficiais**, tudo aparece unidirecionalmente: ‘o transexual tem uma rejeição absoluta ao seu corpo, deseja a cirurgia para que esse corpo esteja de acordo com a mente e, assim, exercer a sexualidade normal com uma pessoa normal’. O que tentei apresentar foram **histórias de transexuais** que: **(1)** não se relacionam igualmente entre si com suas genitálias, **(2)** não têm aversão total aos seus corpos; ao contrário, a autoimagem corporal é frequentemente positivada; **(3)** não fazem a cirurgia motivados fundamentalmente pela sexualidade, **(4)** a homossexualidade está presente entre as mulheres e os homens transexuais, **(5)** a eleição das diádes amorosas não ocorre de forma retilínea: homens/mulheres transexuais desejam homens/mulheres não transexuais (ou seja, ‘normais’, segundo Benjamin). Muitos casais são formados por pessoas que se definem como transexuais, seja em relações heterossexuais, sejam em relações homossexuais. Diante de uma considerável pluralidade de respostas sobre o papel da cirurgia, enfatizei que a questão cirurgia/identidade de gênero é uma entre outras. Mas isso não significa que se esteja diminuindo sua importância para aqueles que vivem o drama de terem em seus corpos partes abjetas, identificadas como as responsáveis por suas dores e exclusões. O reconhecimento da legitimidade das cirurgias, no entanto, não significa reafirmar a autoridade dos profissionais envolvidos no processo de produção do diagnóstico em decidir pelo/a transexual. A infantilização do/a transexual por parte do dispositivo da transexualidade é um dos subtextos que sustenta [...] **o direito a realizar as cirurgias não deve estar vinculado ao poder médico [e] a mudança dos documentos tampouco pode estar condicionada à realização das cirurgias.** [...]. BENTO, *Op. Cit.*, pp. 287-290. Grifos nossos.

²² JESUS, Jaqueline Gomes de. **Homofobia. Identificar e Prevenir**, Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2015, p. 54-55.

interior das sociedades, por mais totalitárias que sejam, por mais forte que sejam as estruturas, instituições, grupos sociais, classes sociais, padrões culturais etc (GIDDENS, 2004; HALL, 2000). Existindo alguma margem de autonomia, **o corpo pode dizer não para padrões sociais-sexuais [e de gênero] hegemônicos**. E como diz **Berenice Bento** (2011, p. 550-551), o corpo não é natural como se pensa, mas é também forjado pela cultura, pela sociedade em que nasce. **Ora**, se mesmo antes de nascerem, os corpos já estão inscritos em um ‘campo discursivo’ socialmente estruturado que é imposto pelo processo de socialização, então, precisamos repensar o modelo societário e democrático que temos, para que respeite de fato os direitos humanos das pessoas LGBT. Uma **democracia substantiva** poderia, e isso é razoável, oferecer garantias jurídicas e liberdade social para o **pluralismo de identidades sexuais [e de gênero]**. Isso envolve profundas transformações culturais e a construção de um novo arcabouço jurídico-político, pois **o fato social de que pessoas LGBT não seguiram as expectativas sociais majoritárias no campo de gênero e orientação sexual** não poderia excluir essas pessoas de direitos, como os direitos sociais, de expressão, convivência, manifestação, sexuais etc. Longe de qualquer tipo de **heteroterrorismo**, precisamos coletivamente, à luz do conhecimento psiquiátrico, psicológico, antropológico e sociológico atual, reconhecer o **pluralismo e a diversidade sexual [e de gênero]** e entendê-los como pontos fundamentais de uma **sociedade democrática e inclusiva** (ONU, 2013; CORRÊA & PARKER, 2011). Diversos autores têm demonstrado que esse **heteroterrorismo** não se dá apenas no **campo psíquico ou simbólico**, ele também se manifesta com **violência física contra pessoas LGBT, em especial, contra travestis e transexuais**.²³ (*grifos nossos*)

Intersexos são as pessoas que nasceram com caracteres sexuais culturalmente entendidos como pertencentes de ambos os sexos, na lógica do *binarismo de gêneros* masculino/feminino, ou seja, são pessoas que nasceram ou com um *genital ambíguo*, com caracteres tanto de um pênis quanto de uma vagina, e/ou com caracteres genéticos tanto de *machos* (XY) quanto de *fêmeas* (XX).²⁴ É o termo utilizado “*para definir socialmente o grupo de pessoas que possuem variações biológicas que as caracterizam com a ambiguidade sexual, ou seja, são aquelas pessoas que naturalmente não podem ser enquadradas no regramento binário feminino/ masculino adotado pelo coletivo*”.²⁵ Dessa forma, médicos(as), em conjunto

²³ JESUS, Jaqueline Gomes de & Colaboradores. **Transfeminismo. Teorias & Práticas**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2014, p. 68-70.

²⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Direito à Autodeterminação de Gênero das Pessoas Intersexos**. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. No mesmo sentido: “*É fato que existem pessoas, hoje chamadas de pessoas intersexos, que, por uma variedade enorme de condições, nascem com uma anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na definição binária de sexo masculino e feminino. [...] A intersexualidade é uma circunstância que se configura quando o indivíduo apresenta ambiguidades no componente biológico de sua identidade sexual, ou seja, no seu sexo cromossômico (cromossoma sexual – XX ou XY), endócrino (gônadas – testículos ou ovários) e/ou morfológico (genitália – pênis ou vagina)*”. LIMA, Márcia Fidelis. **Menino ou menina? E se o médico não souber dizer?** In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

²⁵ SASSO, Milena Macalós. **Por que definir o indefinido?** In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. Artigo que faz um belo histórico sobre a origem terminológica, tanto sobre o arcaico e abandonado termo “*hermafrodita*”, pela carga pejorativa adquirida pelo uso – basicamente, no mito de *Hermafroditus*, um “homem dotado de grande beleza”, enquanto filho mitológico da deusa Afrodite com o deus Hermes, que teve seu corpo unificado com o de uma ninfa, que desejou aos deuses nunca se separar de Hermafroditus, e teve seu desejo acatado, “transformando o corpo dos dois em um só” (com menção a posteriores menções, em diálogos de *Platão*, na mitologia

com a família, decidem qual o *sexo* que desejam para o bebê, e realizam uma *cirurgia*, para construir plasticamente um pênis ou uma vagina, em verdadeira *cirurgia mutiladora* ao nascerem, pois os médicos, sem saber em que “*sexo*” enquadrá-los, por possuírem elementos de ambos, fazem uma *escolha*, juntamente com a família, sobre qual “*sexo*” *desejam* que a criança tenha.

Segundo **Amiel Vieira**, Doutorando em m Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro e ativista intersexo, problematizando sua história pessoal – que descobriu ser intersexo somente aos 31 anos, o que mostra o nível da **ideologia de gênero cisnormativa, heteronormativa e machista**²⁶ (cf. item 2.2.2, infra), que impõe a um corpo intersexo que dela não necessita (visto que inexistente prejuízo à saúde clínica, como na grande maioria dos casos de intersexualidades) uma cirurgia autoritariamente paternalista e sequer se digna a contar à pessoa intersexo que ela foi operada pela Medicina hegemônica, em sua arrogância paternalista, não aceitou seu corpo intersexo como normal e, por isso, impôs-lhe outro, por cirurgia mutiladora enquanto bebê, visto que evidentemente desconsiderando a vontade da pessoa intersexo, ainda bebê:

O corpo intersexo provoca a biomedicina cujo padrão biológico está restrito a uma genitália de aparência “normal” que segue um conjunto de regras para detectar o gênero de uma criança, haja visto que é necessário disciplinar corpos e erigir padrões estéticos segundo uma tecnologia médica, como aponta Foucault em vários de seus escritos, que podem decidir a que sexo a criança deverá ser colocada. O padrão adotado, no entanto, esquece a funcionalidade do órgão sexual que se apresenta diante do médico. A biomedicina se preocupa com a necessidade de uma resposta a essa “emergência médica” que, segundo Damiani et al (2001), é aguardada até que a criança portadora de ambiguidade genital manifeste, aos três anos, com a fala totalmente desenvolvida, sua identidade de gênero ou se espere pelo tempo necessário (estipulado pelos médicos) e, ainda que não tenha essa definição, é possível que a equipe médica, seguindo o protocolo cromossômico ou hormonal, proceda com a redesignação no período pré-púbere. Percebe-se o corpo, perceber-se indivíduo de fato ocorre quando se corrige um corpo ‘imperfeito e que foge ao padrão sexual normativo, pois o ‘o corpo só tem sentido como sexuado, (já que) um corpo sem sexo é monstruoso’ (2014b, p. 131). Além disso, **a despeito do que vimos até aqui, é possível destacar que a regra de**

nórdica, ao manuscrito hebraico Talmud, relativamente a “pessoas de sexo misto”, e na referência bíblica “feita a Eva, de esta ser originada da costela de Adão, significa dizer que antes disto, os dois habitavam o mesmo corpo, portanto, um homem e uma mulher na mesma carne, configurando-se assim, a ambiguidade de sexos a um ser só”). **Contudo**, como mencionado, o termo “hermafrodita” foi abandonado, pelo histórico de preconceito e discriminação, que fez o termo adquirir forte carga pejorativa, sendo, por isso, rejeitado pelas pessoas respectivas, que passaram a preferir ser chamadas de **intersexos ou intersexuais**.

²⁶ É tão *ideológica* essa postura frente a bebês intersexos que, além do próprio CFM reconhecer, na horrenda Resolução CFM n.º 1.664/2003, que não há como garantir absoluta certeza se tal “*sexo*” escolhido cirurgicamente ao bebê será aquele com o qual ele se identificará, em termos de identidade de gênero, mesmo que o órgão genital seja biologicamente considerado um “pênis”, se tiver um tamanho considerado “muito pequeno”, será feita cirurgia para transformá-lo em um órgão sexual “feminino”, consoante o horrendo instrumento do “*falômetro*” (uma *régua*, que mede o tamanho do genital para, com base *também* nisto, definir qual o “*sexo*” que se atribuirá ao bebê).

ordenação do corpo adotada pelos médicos é visual e não cromossômica. Como se os olhos fossem finalmente os encarregados de estabelecer a verdade do gênero verificando a correspondência entre os órgãos anatômicos e uma ordem sexual ideal binária. Dito de outro modo, nós não somos capazes de visualizar um corpo fora de um sistema de representação sexual heterocentrado (2014b, p. 136).²⁷

Para **Raul Aragão Martins e Thaís Emilia de Campos dos Santos**, ele Doutor em Psicologia, ela Doutoranda em Educação, mãe de um bebê intersexo e ativista do Movimento Intersexo:

Intersexualidade trata-se de uma categoria socialmente construída devido a variações reais biológicas, sendo compreendida como uma variedade de condições em que o ser humano apresenta ambiguidade sexual biológica nos aspectos biológicos sexual, reprodutivo, genital, genética ou andrógina, ou seja, pessoas que parecem tanto como homem quanto como mulher esteticamente, que não se encaixam com essa concepção conservadora de sexo binário masculino ou feminino, antigamente conhecidas como hermafroditas. Sua prevalência é de 1,7% da população (FRASER; LIMA, 2012; DAMIANI et al, 2001). [...] Assim como a transexualidade desconstrói as normas sociais e tira o sexo do campo apenas biológico (ÁVILA, 2014), a intersexualidade rompe com esse e muitos outros conceitos que diferenciam sexo e gênero, desconstrói não só socialmente como biologicamente o binarismo em gênero/sexo, fortalece as concepções de sexo/gênero como produções culturais e como construção educacional através da tecnologia de controle social heteronormativo, e o acesso às pessoas intersexuais desconstrói a visão de aberrações sexuais/cromossômicas/sindrômicas (ARCARI, 2017). [...] **As possibilidades de viver no corpo intersexo, como escolha, por toda a vida, o que implica romper com o binarismo sexual e modificar a forma de educar, já está presente na literatura científica e, nesta linha, propomos formas de atuação na educação escolar e familiar que visem minimizar as violações nos corpos e mentes.** Essa abordagem não é nova, pois, desde a redemocratização do nosso país, consolidada na Constituição de 1988, temos uma política de inclusão de todas as crianças na escola (BRASIL, 2010). (*grifos nossos*)

Pessoas intersexos são aqui consideradas transgênero nos casos em que, quando crescem e adquirem senso de autonomia pessoal, passam a se identificar com o gênero oposto ao que lhes foi atribuído, ao nascer, de forma análoga ao que ocorre com pessoas transexuais – embora com a *agravante* da cirurgia *mutiladora* ao nascer. Trata-se de cirurgia *mutiladora* em bebês intersexos porque feita, obviamente, sem o consentimento da pessoa, que é um bebê recém-nascido, não sendo *mutiladora* em pessoas transexuais adultas porque estas a realizam no legítimo exercício de sua autonomia da vontade.

Nos termos da **Opinião Consultiva n.º 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos:**

²⁷ VIEIRA, Amiel Modesto. **Reflexões sobre corpos dissidentes sob olhar feminista decolonial-queer.** In. DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

d) Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son;

h) Tránsgendero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer⁵⁰. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona tránsgendero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como *hijra*, *tercer género*, *biespiritual*, *travesti*, *fa'afafine*, *queer*, *transpinoy*, *muxé*, *waria* y *meti*. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual;

i) Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

j) Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género – ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

k) Persona cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer;

t) Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.

u) Heteronormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

v) LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Tránsgendero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Travestis, Transexuales, entre otras. Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben

identidades de género no binarias (como, entre otros, los *hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara* o *dos-espíritus*). No obstante lo anterior, si la Corte no se pronunciará sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual. (*grifos nossos*)

Pessoas não-binárias são aquelas que não se identificam nem com a masculinidade, nem com a feminilidade. Não se consideram nem homens, nem mulheres, mas também têm uma identidade de gênero e uma expressão de gênero distinta daquela de travestis, até porque, como visto, a travestilidade é uma identidade de gênero sempre feminina, e há tanto homens quanto mulheres que se identificam como pessoas não-binárias. São, por isso, consideradas pessoas com *gênero fluido*, ou, ainda, como *pessoas trans não-binárias*, abrangendo pessoas que transitam entre vários tipos de gênero.²⁸

Esses são os grupos vulneráveis que seriam beneficiados pelas cotas cassadas de forma transfóbica (preconceituosa/discriminatória) pela citada ação do Sr. Presidente da República, um notório adversário dos direitos LGBTI+ em geral (como esquecer vídeo de 2013, em que diz que é “homofóbico sim, com muito orgulho”?)²⁹.

Sobre os conceitos de **discriminação estrutural e institucional**, que vitimizam pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias de forma histórica e sistemática, vale a doutrina de **Silvio Almeida**, que, tratando do racismo, divide a discriminação estrutural da institucional. A **opressão estrutural** é aquela que forma um “elemento que integra a organização econômica e política da sociedade”, enquanto “manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade”, de sorte que “fornece o sentido, a lógica e a

²⁸ “Entende-se por **Trans não binário** aquela pessoa que não é estritamente mulher, nem estritamente homem. Possui **gênero Múltiplo** aquela pessoa que combina os gêneros, podendo ser bigênero, trigênero, poligênero. A pessoa com **gênero fluido** é aquela cujo gênero muda no curso do tempo entre qualquer combinação de gênero (dois ou mais). As pessoas de gênero fluido estão inclusas na **não binariedade**, bem como as de múltiplos gêneros (LVEQ, 2018). É possível, portanto, ser múltiplo ou fluido sem se sentir homem ou mulher. Pode-se ser fluido, por exemplo, entre o neutro e o agênero etc. A confusão entre fluido e múltiplo se instala quando os gêneros homem e mulher estão implicados. Segundo atesta a La vie em Queer: ‘Note também que uma pessoa de gênero fluido pode ter qualquer expressão de gênero (roupas, maquiagem, gostos etc). Sua expressão de gênero não tem que flutuar com seu gênero – mesmo que ela possa. Sua expressão de gênero não precisa ser andrógina. Uma pessoa de sexo fluente pode ser predominantemente feminina ou predominantemente masculina, qualquer que seja sua designação no nascimento, não é um gênero fluido porque a expressão de gênero não é a mesma do gênero! Uma pessoa fluida pode também usar qualquer pronome(s): aceite todos eles, alterne, use vários ou apenas um. [...]’”. WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Gênero Fluido: Diversidade e Proteção da Identidade Sexual**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.) *Transgêneros*, Brasília: Ed. Zakarewicz, 2019, p. 408-409 e 416. Grifos nossos.

²⁹ Cf. <<https://catracalivre.com.br/cidadania/sou-homofobico-sim-com-muito-orgulho-diz-bolsonaro-em-video/>>. Acesso em 29.07.2019.

tecnologia para as formas de desigualdades e violência que moldam a vida social contemporânea”, sendo, em suma, “uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional”³⁰. Ainda no contexto do racismo (mas, obviamente, não limitada a ele, não obstante, relembre-se, a homotransfobia tenha sido reconhecida como espécie de racismo pelo STF, no julgamento da ADO 26 e do MI 4733), a **opressão institucional**, “significa que, de algum modo, a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar”. Como se vê, embora próximos e muitas vezes interligados, os conceitos não se confundem: pode haver discriminação institucional a determinada pessoa sem que ela integre um grupo estruturalmente discriminado pela sociedade.

No mesmo sentido, a doutrina de **Adilson José Moreira**, para quem:

“A ***discriminação estrutural*** ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para a ***estratificação***, o que coloca certos grupos em uma ***situação de subordinação durável ou permanente***”, de sorte que “mecanismos discriminatórios como *racismo* ou *sexismo* não são apenas expressões comportamentais, mas sim *sistemas de controle social* que informam diferentes aspectos da vida dos indivíduos. Ou seja, essa forma de discriminação leva em consideração a cumulação de desvantagens sofrida por um determinado grupo. Por esse motivo, *ações afirmativas* não podem ser vistas como práticas discriminatórias, porque tentam reverter um quadro que mantém certos grupos em uma situação subalterna. [...] ***A discriminação estrutural adquire sua legitimação por meio de ideologias sociais que podem atuar para afirmar a inferioridade de um grupo, a harmonia entre a exclusão social e normas legais ou também para manter a invisibilidade social dessas práticas***”. Por isso, “a discriminação terá um *caráter estrutural* quando sistemas como a política, a economia, a cultura e a educação opera[m] ***para situar indivíduos em lugares específicos dentro da estrutura social***. Por esse motivo, a discriminação estrutural acontece não em função de atos discriminatórios [diretos], mas por causa do lugar da raça na estrutura da sociedade. A ausência de pessoas negras em uma instituição não significa necessariamente a presença de práticas discriminatórias naquela organização, ela pode ser causada exatamente pelo *acúmulo de desvantagens* que impedem a igualdade de oportunidades entre os diferentes grupos”³¹ (*grifos nossos*).

A ***discriminação institucional*** “ocorre quando seus agentes tratam indivíduos ou grupos a partir dos *estereótipos negativos* que circulam no *plano cultural*. Esse tipo de tratamento tem um ***objetivo específico***: a utilização de certas categorias como critérios de ação institucional com o objetivo específico de *promover a subordinação e manter o controle social* sobre membros de um

³⁰ ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural**, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018, pp. 15-16 e 38-39.

³¹ MOREIRA, *Op. Cit.*, pp. 136-138. Grifos nossos.

determinado grupo”. Possui uma “**dimensão coletiva** porque expressa a forma como as instituições sociais atuam para promover essa subordinação”, de sorte que “membros dos grupos dominantes controlam os mecanismos de acesso às várias instituições sociais e elas passam a operar segundo normas e práticas que, embora formuladas em termos gerais, expressam os interesses desses segmentos sociais. [...] As *prisões arbitrárias de homens negros*, tão comuns na sociedade brasileira, são um exemplo clássico de *discriminação institucional*. Elas estão baseadas em *estereótipos* sobre a suposta periculosidade desses indivíduos, o que motiva as forças policiais a prender um número significativamente maior de negros do que de brancos, mesmo quando componentes desse grupo se encontram em situações semelhantes. Porém, prisões e mortes arbitrárias não são vistas como práticas racistas, são apresentadas como atos decorrentes da atividade rotineira da instituição”. Na classificação de Richard Freeman, ela pode ser: **(i) estrutural**, quando “designa padrões de participação de grupos minoritários dentro de uma sociedade, padrões que podem operar de acordo com um modo horizontal ou hierárquico”; **(ii) procedimental**, quando “uma série de políticas e procedimentos possibilitam a reprodução do aspecto estrutural da discriminação”, mediante “práticas que não são dirigidas a certos grupos, mas que têm efeitos negativos sobre eles porque estão predicadas sobre elementos como nível educacional ou *status econômico*”; **(iii) sistêmica**, quando *relações de interdependência* “permite[m] que os padrões de tratamento de grupos minoritários se reproduzam nas interações e nas determinações entre essas instituições, fazendo com que a discriminação adquira um *caráter sistêmico* porque caracteriza a forma como diferentes instituições que compõem um sistema de interações sociais tratam membros de determinado grupo”; e **(iv) ideológica**, quando “*ideologias sociais* que legitimam práticas discriminatórias” na forma como as instituições operam. Por exemplo, “a escola é um ambiente hostil a crianças negras, as instituições policiais tratam negros como cidadãos de segunda classe e o sistema judiciário, dominado por homens brancos, também não considera a morte de uma pessoa negra como algo socialmente relevante”³².
(grifos nossos)

Passemos, agora, à questão do Direito aplicável ao presente caso, aplicando os conceitos até aqui desenvolvidos.

2.2. DO DIREITO.

2.2.1. Direito das Minorias e o critério da autoidentificação. O direito à diferença quando a igualdade homogeneizante nos oprime (cf. Boaventura de Souza Santos).

Qualquer sistema de cotas é baseado no critério da autoidentificação. É assim com as já tradicionais cotas raciais e sociais e seria assim também com as cotas a pessoas transgênero (travestis, transexuais, intersexos e pessoas não-binárias).

O **critério da autoidentificação** decorre do direito das pessoas de se integrarem às identidades hegemônicas, se assim quiserem. Evita paternalismos e mesmo autoritarismos estatais, de classificar

³² MOREIRA, *Op. Cit.*, pp. 132-135. Grifos nossos.

“objetivamente” as pessoas e impor a elas determinadas condições de vida social. **No presente caso, temos pessoas que se *autoidentificam enquanto pessoas de identidades extremamente marginalizadas socialmente, e isto normalmente já em tenra idade*** (existem crianças e adolescentes que não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascer, querendo identificar-se com outro gênero, sendo esta a generalidade das pessoas transgênero, embora muitas só consigam isto realizar após a idade adulta). Ao contrário do que críticas *levianas*, pautadas em puro *simplismo acríptico de conveniência* querem fazer crer, não há um “risco” de pessoas se autoidentificarem como “transgênero” para terem acesso a direitos específicos desta população. Isso é algo *irreal*, que provavelmente nunca ocorreu, e ainda que tenha ocorrido, se deu de forma tão *ínfima* que seria profundamente *inadequado* e *desnecessário* (no sentido técnico dos subprincípios da adequação e necessidade, do princípio da proporcionalidade) simplesmente fechar os olhos e nada fazer para combater a opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica às populações de pessoas transgênero. Então, para quem tem o temor *ad terrorem* absolutamente infundado que se acaba de citar, a mera convivência cotidiana com referidas pessoas e a indagação de suas histórias de vida deixará bem claro quem efetivamente é transgênero (travesti, transexual, intersexo ou pessoa não-binária) e quem não é, o que possibilitará procedimentos repressivos de fraudes, *a posteriori* (sempre com o devido processo legal, ainda que na seara administrativa, claro). Até porque ***a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada***, consoante célebre princípio geral de Direito, de sorte que não se pode presumir, por lógica de puro ***dano hipotético*** (que basilares lições de *Direito Civil – Responsabilidade Civil* demonstram que não é um critério juridicamente válido, sequer configurando *nexo causal*, por pautado em meras elucubrações inverossímeis ante as *regras da experiência ordinária*, para usar o parâmetro de julgamento cível constante do art. 375 do CPC/2015).

Aqui, temos pessoas que assumem e vivenciam ao longo de toda sua vida uma identidade de gênero que notoriamente lhes traz discriminações sociais diversas. Embora não se trate de uma “escolha” da pessoa, ela tem plena ciência das consequências de assumir uma identidade socialmente tão hostilizada. Não que seja “fácil” esconder sua verdadeira identidade sexual (orientação sexual) ou identidade de gênero. Não é. Tanto que o Conselho Federal de Psicologia, em *amicus curiae* em um dos processos que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo³³, explicou o quanto a homofobia e a transfobia prejudicam o bem-estar psicológico e social das pessoas LGBTI+, bem como os danos psicológicos do *não-assumir-se*, ou seja, o viver a farsa de uma identidade heterossexual e cisgênera sem, de fato, com ela se identificar. Em síntese, a pessoa sofre, adquirindo traumas psicológicos e deixando de produzir tanto quanto poderia, ao esconder sua *verdadeira identidade* (sexual ou de gênero), pois da mesma forma que se considera natural e inevitável pessoas heterossexuais falarem de

³³ O *amicus* está na **ADO 26**, embora também tenha sido julgado o MI 4733 no mesmo sentido, movido pela Coautora ABGLT, representada pelo advogado signatário (que também representou o PPS/Cidadania na ADO 26).

seus relacionamentos afetivos com pessoas do outro gênero (fotos, anéis de noivado/casamento etc), também pessoas LGBTI+ desejam fazer a mesmíssima coisa (sendo pessoas homossexuais ou em relacionamentos homoafetivos, incoerentemente, acusadas de quererem “revelar o que fazem entre quatro paredes” pelo simples fato de exporem, em mesas de trabalho, fotos com companheiros/as homoafetivos/as e condutas absolutamente aceitas quando feitas por pessoas heterossexuais sobre seus relacionamentos heteroafetivos).

Lembre-se que pessoas transgênero sofrem profunda discriminação nas escolas, não só de alunos(as), mas também de Professores(as) e da Direção, que ao invés de reprimir a transfobia de alunos(as), reprimem o(a) aluno(a) trans (e LGBTI+ em geral). O caso das pessoas trans é o mais dramático da sigla LGBTI+, pois, em síntese simplificadora, enquanto os direitos de orientação sexual se referem ao direito de amar, os direitos de identidade de gênero se referem ao direito de ser. Imagine-se crianças que se identificam com o outro gênero, querem vestir-se e portar-se de acordo com o gênero com o qual se identificam e são reprimidas por isso. Isso gera profunda EVASÃO ESCOLAR E FAMILIAR de crianças trans (que os Movimentos de Travestis e Transexuais bem nomeiam de expulsão de escolas e famílias), por serem profundamente reprimidas por sua identidade de gênero autopercebida.

Sem contradizer o drama que é esconder sua própria orientação sexual, pelos traumas psicológicos que isso gera, é fato OBJETIVO da realidade empírica (do mundo real) que crianças trans acabam tendo que fugir da escola e de casa (evasão escolar praticamente forçada pela transfobia que são vítimas), donde ficam sem educação formal, donde acabam tendo que apelar à prostituição para sobreviver, desde a adolescência (submetendo-se, ainda, ao pernicioso silicone industrial, no caso de mulheres transexuais e travestis, que traz efeitos futuros muitas vezes devastadores). Sempre ressalta-se, nos Movimentos Sociais, que a pessoa *maior e capaz* tem todo o direito de se tornar profissional do sexo se estar for sua genuína autonomia da vontade, enquanto direito de liberdade substantiva (fazer o que quiser, desde que não prejudique terceiros), o problema é que **aproximadamente 90% (NOVENTA POR CENTO) da população de travestis e transexuais precisa apelar à prostituição para sobreviver**, consoante dados há muitos anos divulgados pela Coautora ANTRA, a partir de relatos empíricos que colhe ao longo de sua história. Nesse sentido, **não há nada que justifique a quase totalidade de um grupo socialmente vulnerável ter que apelar à prostituição para sobreviver que não seja a opressora e estrutural TRANSFOBIA SOCIAL, manifestação concreta do CISSEXISMO**, ideologia *racista* (cf. STF, ADO 26 e MI 4733) que prega uma desumanizante inferiorização estrutural de pessoas transgênero relativamente a pessoas cisgênero.

Daí a constitucionalidade e convencionalidade das cotas destinadas às pessoas transgênero (travestis, transexuais,

intersexos e pessoas não-binárias) pelo Edital n.º 29/2019 da Corrê UNILAB, bem como o caráter discriminatório (transfóbico) e, portanto, inconstitucional e inconvenção da suspensão e anulação de dito edital, a partir da conduta transfóbica do Sr. Presidente da República, ao determinar, violando a garantia constitucional e convencional da autonomia universitária, que a Corrê UNILAB assim procedesse.

Esclareça-se, para evitar mal entendidos: ninguém nunca defendeu a necessidade de “cotas” universitárias para pessoas lésbicas, gays e bissexuais. Embora vítimas estruturais de discriminação social em razão de sua orientação sexual, normalmente conseguem se inserir no ambiente universitário, sendo o problema das cotas universitárias exclusivo das pessoas transgênero. Fala-se isso apenas para atestar a boa-fé e a razoabilidade dos pleitos que aqui se formulam.

Passemos, agora, ao tema da constitucionalidade do programa de cotas relativas ao edital objeto do presente litígio, por se tratar de hipótese que se beneficia das **mesmas *ratione decidendi* das históricas decisões do STF sobre a constitucionalidade dos programas de cotas raciais e sociais – STF, ADPF 186** – ao passo que desnecessário que lei formal preveja a possibilidade de cotas, visto que o princípio constitucional e convencional da autonomia universitária possibilita à qualquer IES a sua instituição, enquanto concretização dos princípios da igualdade material, da não-discriminação e do pluralismo social em defesa da dignidade humana das populações beneficiadas).

2.2.2. Dever constitucional e convencional de proteção e integração social respeitante do direito à diferença de minorias e grupos vulneráveis. Constitucionalidade e dever constitucional e convencional das cotas para pessoas transgênero. Grupo historicamente, estruturalmente e institucionalmente marginalizado, que necessita de ações afirmativas por intermédio do Estado. Princípio da igualdade substantiva (tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade).

Na célebre máxima de **Boaventura de Souza Santos**,³⁴ ***“Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”***.

Pessoas transgênero são socialmente estigmatizadas de forma estrutural, sistemática, institucional e por “ousarem” exercer seu direito à diferença. São extremamente discriminadas em suas famílias e nas escolas, sendo, assim, forçadas a abandonar o lar e a escola para não sofrerem agressões físicas e verbais, bem como discriminações diversas. Essa é a história cotidiana de travestis e transexuais. Ao passo que pessoas

³⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

intersexos e não-binárias sofrem de profunda invisibilidade social, vítimas de profunda ignorância e desprezo, por uma **ideologia de gênero heterossexista, cissexista e machista** que impõe a heterossexualidade cisgênera *compulsória*, no sentido de oprimir e discriminar pessoas que “ousam” viverem suas vidas de outra forma, mesmo sem prejudicar a ninguém por isso. *Tal ideologia de gênero heterossexista, cissexista e machista teve sua existência reconhecida e foi afirmada como inconstitucional pelo STF, no célebre julgamento que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo*³⁵ (**STF, ADO 26 e MI 4733**, voto do Min. Celso de Mello, que conduziu a maioria, como Relator da primeira e primeiro a votar neste julgamento conjunto).

³⁵ Nos termos do **voto do Min. Celso de Mello na ADO 26 e no MI 4733**: “Não obstante as questões de gênero envolvam, inegavelmente, aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana, ainda assim integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da **controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”**, a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica, que visam a limitar, quando não a **suprimir, prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, culminando, até mesmo, em algumas situações, por tratá-los, absurdamente, a despeito de sua inalienável condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos**, como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência. Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, **motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana**, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”), **tal como denuncia o Advogado e Professor PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, em substanciosa obra sobre o tema**, de cujo teor extraio o seguinte fragmento (“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais do Legislativo”, p. 441, item n. 1, 2019, Pessotto): “Veja-se a que ponto chega a **ideologia de gênero heteronormativa e cisnormativa**, ao impor a heterossexualidade e a cisgeneridade compulsórias: quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas, que impõem um tipo específico de masculinidade, absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens, como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas na expressão bela, recatada e do lar. Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem ‘ousa’ delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, **sob o espantinho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral, relativamente à chamada ideologia de gênero (sic), para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cisnormatividade, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cisgêneras, bem como o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero** (as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras, que se configuram como as ‘maiorias sexuais’, no sentido do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade), cabe destacar que, se algo aqui é ‘ideológico’, no sentido pejorativo (...) de algo contrário à realidade objetiva, é a tese que defende que as pessoas ‘nascem’ heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual (sic), posteriormente, passam a ‘escolher alguma identidade sexual não-heterossexual ou identidade de gênero transgênera.’ (grifei) **Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida”**. (grifos nossos). Íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em 31.07.2019.

Lembre-se que o juízo de constitucionalidade e convencionalidade de atos normativos em geral não supõe que o Judiciário concorde com o mérito político do tema, mas apenas que ele reconheça que não há *arbitrariedade* (algo irracional/injustificável) nem violação a qualquer *norma constitucional e convencional* sobre o tema.

Nesse sentido, sobre a **constitucionalidade de ações afirmativas por intermédio de cotas universitárias**, vejamos o quanto decidido pelo **Supremo Tribunal Federal** no histórico julgamento da **ADPF 186**, relativamente à constitucionalidade de ações afirmativas por intermédios de cotas raciais e sociais a grupos vítimas de discriminações estruturais, institucionais, sistemáticas e históricas:

[...]

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam **reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade** que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - **Metodologia de seleção diferenciada** pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, **de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias**, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - **Justiça social**, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas **são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem**. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo,

outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

(STF, **ADPF n.º 186**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 26.04.2012, DJe de 17.10.2014. Grifos nossos)

Todas essas *ratione decidendi* se aplicam para pessoas transgênero (especialmente travestis, transexuais e intersexuais, mas também pessoas não-binárias). Afinal, os **fundamentos determinantes** do entendimento pela constitucionalidade das cotas raciais e sociais se referiram às “**ações afirmativas**” que atinjam “**grupos sociais determinados**” “**superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares**”, visando “**reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade**”, de modo a “**assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias**”, medidas estas consideradas constitucionalmente legítimas [e não “privilégios” arbitrários] enquanto “**sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem**”.

Necessário, ainda, explicitar o **significado de universalidade, no que tange a políticas de cunho universalista**, ante a ideologia reacionária, ultraliberal individualista, do Sr. Presidente da República (que, pelo visto, quer implementar uma espécie de *liberalismo laissez-faire na economia*, embora com maximalismo estatal no âmbito dos costumes, na incoerente postura de “liberal na economia, mas conservador nos costumes”, ou seja, na incoerente postura de “Estado Mínimo apenas naquilo que lhe convém...”). Bem como do Sr. Presidente da Câmara dos Deputados, que chegou ao despautério de dizer que a Justiça do Trabalho “*nem deveria existir*”³⁶, aparentemente a partir do mito liberal pelo qual particulares (cidadãs e cidadãos) “sempre” estariam “necessariamente” em relações “horizontais”, de “igualdade” (o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, por exemplo, trazem regras mais protetivas precisamente por reconhecer as *relações hierárquicas de poder* que existem mesmo nas relações de particulares entre si, a demandar proteção estatal a particulares em situação de vulnerabilidade frente a outros particulares).

Sobre o tema, a **paradigmática doutrina de Adilson José Moreira**³⁷ explica com perfeição a evolução do conceito de *leis gerais* e de *universalidade*, a partir do princípio da *especificação/categorização* dos direitos humanos, que, em síntese, significa que a norma jurídica será *geral* se, a despeito de não abranger toda a sociedade, se visar a pessoas concretamente indeterminadas e indetermináveis, ou seja, se direcionada à

³⁶ Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodrigo-maia.shtm>>. Acesso em 31.07.2019.

³⁷ MOREIRA, Adilson José. **O que é Discriminação?**, São Paulo: Ed. Letramento, 2017, pp. 60-61 e 65-67.

proteção de coletividades humanas e não de pessoas concretas (de apenas alguns indivíduos):

As **transformações da interpretação do princípio da igualdade no paradigma do constitucionalismo social** estão relacionadas com um fenômeno que ganha corpo nesse novo paradigma constitucional: o **processo de categorização do direito**. O abandono da noção abstrata do indivíduo presente no constitucionalismo liberal impulsionou esse movimento no paradigma do constitucionalismo social. A **concepção liberal da individualidade** que subjaz à **noção de igualdade formal** desconsidera as múltiplas determinações presentes na vida dos indivíduos concretos e o papel das interações sociais na constituição da vida das pessoas. A noção de igualdade formulada a partir dessa representação abstrata da subjetividade torna-se **insuficiente** porque não leva em conta a importância dos meios materiais para o exercício dos direitos individuais. Essa igualdade formal se aplica aos seres humanos como seres abstratos, acentuando assim a desigualdade real existente entre os indivíduos reais. **O processo de categorização do direito caracteriza-se por um abandono gradual da representação abstrata dos seres humanos em direção da consideração das diferenças reais existentes entre os indivíduos**. Apesar da noção de igualdade no paradigma do **constitucionalismo social** ainda pressupor a noção de uniformidade, **o princípio da igualdade material passa a se referir a categorias de indivíduos**. Não se trata mais do homem considerado na sua abstração, mas sim dos grupos sociais como beneficiários de direitos. [...] **O processo de categorização do direito conhece um aprofundamento ainda maior no atual paradigma [do Estado Democrático de Direito], processo causado pela existência dos movimentos pela proteção da identidade**. Processos discriminatórios atuam diretamente sobre o pertencimento das pessoas a certas coletividades, motivo pelo qual certas características devem ser tratadas como **parâmetros especiais de proteção**. A categorização do direito representa uma expansão do princípio da igualdade, pois **no lugar da consideração do ser humano como ente abstrato, temos o seu reconhecimento de que ele está envolto por relações hierárquicas de poder, razão pela qual precisa ser protegido enquanto membro de certos grupos**. Observamos que o movimento descrito possui um caráter dinâmico que se aprofunda com as demandas de igualdade elaboradas nos diversos paradigmas constitucionais. É por esse motivo que atualmente a **questão da alteridade** adquire relevância central para a reflexão dos direitos fundamentais, porque não se trata mais de afirmar apenas a universalidade dessa categoria de direitos, mas sim de incorporar a **questão da diferença** entre os indivíduos para que a construção de uma existência integrada seja possível para todos. **A homogeneização do corpo social pretendida pelo liberalismo não pode promover a inclusão social de todos os grupos sociais, o que requer a criação de meios para a promoção da integração de certos grupos para que eles possam ter uma vida digna**. [...] **A categorização do direito decorrente das lutas pela eliminação da discriminação demonstrou que o processo de aplicação da igualdade não deve ser restringido ao papel de limite do poder de regulação estatal. O princípio da igualdade tem também uma função transformadora, impondo ao Estado a obrigação da criação de políticas públicas que possibilitem a inclusão de grupos sociais**. [...] Vemos no mundo contemporâneo o surgimento de uma noção de **igualdade inclusiva**, princípio baseado na ideia de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas capazes de

atender as demandas de redistribuição e reconhecimento. A *eliminação gradual de diferentes formas de discriminação* tem sido alcançada graças à utilização [dessa] nova perspectiva de interpretação da igualdade. [...] (*grifos nossos*)

Note-se, ainda, que o STF falou, genericamente, em **grupos sociais determinados**, não limitando sua tese geral apenas a grupos “raciais” e provenientes de “escola pública”³⁸. Lembre-se, em termos de **doutrina de vinculação a precedentes**, que são as **ratione decidendi** que geram a vinculação e fundamentação do resultado do julgamento. Afinal, cada julgamento analisa um caso ou tema *concreto*, particular. Embora o tema concretamente julgado foi o das cotas *raciais* [relativas a pessoas negras e indígenas] e *sociais* [relativas a pessoas provenientes de escolas públicas], o que a doutrina de vinculação a precedentes demanda é que um **outro caso ou tema receba o mesmo tratamento, quando as situações forem consideradas equivalentes** (a máxima da igualdade, pela qual se deve *tratar igualmente situações iguais ou equivalentes*). Então, rechaça-se de antemão, acusando-se desde já uma tal argumentação como provida de má-fé, eventual alegação de que o precedente da Suprema Corte (ADPF 186) não se aplicaria, por ter tratado especificamente de cotas destinadas a pessoas negras e provenientes de escolas públicas. Uma tal afirmação denotará profunda ignorância da doutrina da vinculação a precedentes, uma verdadeira teratologia jurídica, manifestamente incompatível com o padrão de conduta imposto pelo **princípio da boa-fé objetiva**, pois profissionais do Direito têm a *obrigação de saber, sob pena de inépcia profissional*, a que se refere a doutrina de vinculação a precedentes.

Nesse sentido, **pessoas transgênero são vítimas de discriminação estrutural, sistemática, institucional e histórica em nossa sociedade**. São *demonizadas*, inclusive *desumanizadas*, vistas como “seres abjetos” (sic) que não mereceriam mínima consideração social. Não à toa, **o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo**, consoante relatam a **ONG Transgender Europe**³⁹ e a Coautora **ANTRA**, juntamente com o GGB – Grupo Gay da Bahia e o Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE)⁴⁰.

Pessoas transgênero são cidadãs e cidadãos que não conseguem obter uma educação formal com a mesma qualidade de

³⁸ Este o significado de “sociais” na decisão (por se referir a cotas de pessoas provenientes de escola pública), obviamente distinto daquele referido anteriormente (sobre o “grupos sociais determinados”), lembrando-se que é notório que a mesma palavra pode ter significados diferentes de acordo com o contexto, ao passo que não faria sentido a decisão se referir a “grupos sociais determinados” como gênero e depois a grupos “sociais” como uma de suas espécies se os significados respectivos fossem diferentes.

³⁹ Cf. <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-segue-no-primeiro-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais-23234780>>. Acesso em 31.07.2019.

⁴⁰ Cf. <https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/14/brasil-continua-lider-no-ranking-de-paises-que-mais-mata-transexuais-diz-ong_a_23589407/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAFe9JqPqx8oPUBEyIPmgKT1K7JaAIYEzET3GiccG6NC7hMFSVvgqgYogG_dzG2fkHVOAIGY4r1mOXpuf-nZmHQUIMECVgm5NovjjBD5KXJ-m-O936jOgWD-lwcr2dZXrGSUFhRMTNROC3-1D1R3x3go8wMgdhVX7t466hhCk3--Y>. Acesso em 31.07.2019.

peças cisgênero, tendo em vista a transfobia estrutural que sofrem nas escolas públicas e privadas, tendo que apelar à prostituição (ainda adolescentes) para sobreviver em grande parte dos casos (*lembre-se que aproximadamente 90% da população de travestis e transexuais tem que apelar à prostituição para sobreviver, consoante dados da Coautora ANTRA, cf. supra*). A partir do momento que crianças transgênero assumem gênero distinto daquele que lhes foi atribuído, ao nascer, em razão do seu genital, passam a sofrer profunda ojeriza de colegas, Professores(as) e Direção das escolas. Embora isso ocorra com crianças LGBTI+ em geral, é algo especialmente mais insidioso com crianças travestis e transexuais, ao passarem a se portar de acordo com o gênero com o qual se identificam (maior do que aquela contra crianças lésbicas, gays, bissexuais e pansexuais, não obstante o profundo sofrimento destas com a lesbofobia, gayfobia, bifobia ou panfobia que lhes é direcionada).

Nesse sentido, valem as lições de **Jaqueline Gomes de Jesus**, Doutora em Psicologia Social, Professora de Psicologia no Instituto Federal do Rio de Janeiro e ativista trans:

A população transgênero é historicamente estigmatizada, marginalizada e perseguida, devido à crença na sua anormalidade, decorrente do estereótipo de que o 'natural' é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que se julga ser o 'adequado' para esse ou aquele gênero. [...] Há uma **mobilização internacional contra a psiquiatrização das identidades trans** e pelo reconhecimento social e legal do gênero com o qual se identificam, em luta pelo direito à autodeterminação. Esse é um dos aspectos políticos centrais da ação coletiva relacionada às pessoas transgênero. O espaço reservado a elas é de **exclusão extrema**, sem acesso a **direitos civis básicos**, sequer ao direito a viver sua identidade de gênero (é comum que mulheres transexuais tenham negada sua condição de mulheres, ou que ela sequer seja considerada. O mesmo ocorre com os homens transexuais, no que se refere à sua demanda por serem reconhecidos como homens). Têm de lutar muito para terem garantidos os seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida. Em seu **cotidiano, as pessoas trans** são alvo de **preconceito, desatendimento de direitos fundamentais** (diferentes organizações não lhes permitem utilizar seus *nomes sociais* e elas não conseguem sequer adequar seus registros civis na Justiça), **exclusão estrutural** (acesso dificultado ou impedido a educação, ao mercado de trabalho qualificado e até mesmo ao uso de banheiros) e de **violências variadas**, de ameaças a agressões e homicídios, o que configura a extensa série de percepções estereotipadas negativas e de atos discriminatórios contra homens e mulheres transexuais e travestis, denominada **transfobia**.

Dados da **pesquisa Transrespect versus Transphobia Worldwide (TvT)**, conduzida pela organização não-governamental **TransGender Europe – TGEU**, identificam um total de **816 assassinatos de pessoas transgênero em 55 países**, entre primeiro de janeiro de 2008 e 31 de janeiro de 2011. Desses 816 homicídios, a maioria ocorreu na América Latina (643 – 78,80% do total), com **expressiva participação brasileira**, que conta com 325 assassinatos no período de 3 anos (39,33% do total). Somente em 2011, 248 pessoas foram **assassinadas por serem transexuais ou travestis. O Brasil é o país onde**

mais foram reportados assassinatos de pessoas integrantes da população transgênero nesse ano: 101, seguido do México, com 33 assassinatos, e da Colômbia, com 18. Já em 2010, o GGB apontava, a partir de suas estatísticas, que **o risco de uma travesti ser assassinada neste país é 262 vezes maior que a de um gay**. A pesquisa mais atualizada da TGEU identificou que, entre outubro de 2013 e setembro de 2014, 226 pessoas trans foram assassinadas no mundo, sendo que metade dos crimes ocorreu no Brasil. Em segundo lugar permanece o México, com 31 assassinatos, seguido por Honduras (doze), Estados Unidos e Venezuela, com dez assassinatos cada um. Uma das vítimas da **letal transfobia** foi a jovem Gabi Pereira Dantas, de apenas 17 anos. Ela tinha se mudado de Aracaju para Lagarto, no estado de Sergipe, a fim de trabalhar como faxineira. Foi alvejada no meio de uma rua, no dia 27 de outubro de 2011. **Razão**: ser uma mulher transexual.

A transfobia é uma questão de gênero, por meio da qual mulheres trans são, preconceituosamente, consideradas inferiores às outras mulheres; homens trans são também [preconceituosamente] considerados como inferiores aos demais homens; e travestis sequer são tidas como gente. [...] **O transfeminicídio se caracteriza como uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans no Brasil, motivada pelo ódio e nojo.** Qual quantidade de mortes é suficiente para chegar a esta conclusão? [...] ⁴¹ (grifos nossos)

No mesmo sentido, a doutrina de **Márcia Fidelis Lima**:⁴²

Pessoas cujas características biológicas não coincidem completamente nem com o sexo feminino nem com o masculino, ou ainda, cuja autoidentidade de gênero é diversa de seu sexo biológico (e registral) são estigmatizadas; o que leva à exclusão social, discriminação de toda ordem, violência moral e física. Estão nessa mesma situação, vivenciada pelos **intersexos**, os **transexuais**. E o dissabor causado por tudo isso, o sentimento de não pertencimento e inadequação, por outro lado, podem levar à depressão, a outras doenças mentais e até mesmo ao suicídio. (grifos nossos)

Relativamente a pessoas intersexo e não-binárias que não tenham sofrido essa opressão característica de travestis e transexuais, o fundamento jurídico para termos cotas universitárias que as incluam está no dever constitucional e convencional de promoção do **pluralismo social** nas universidades. Universidade não se limita a “mérito” acadêmico (boas notas), não obstante as cotas universitárias resguardem o *núcleo essencial* do mérito, na medida em que impõem notas de corte mínimas para aprovação de candidatas e candidatos cotistas. Universidade supõe **diversidade social**, para que os novos adultos possam conviver com pessoas diferentes de si, algo indispensável ao desenvolvimento da **alteridade**, do **respeito** e mesmo da **tolerância**.

⁴¹ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Homofobia. Identificar e Prevenir**, Rio de Janeiro: Ed. Metanoia, 2015, p. 61-63.

⁴² LIMA, Márcia Fidelis. **Menino ou menina? E se o médico não souber dizer?** In: In. DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

Nesse sentido, segundo **Amiel Vieira**, Doutorando em m Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro e ativista intersexo:

Não só corpos trans, mas também corpos intersexo se manifestam rumo ao fim da invisibilidade propagada pela medicina assignadora, e para além dos desafios a serem transpostos para a despatologização de seus corpos. São movimentos corpóreos que criticam a sociedade e o que María Lugones (2014) teorizará como o estabelecimento do sistema hierarquizado de gênero que trouxe, em sua prática, a desumanização do outro e a colonização do ser. **Apontar a manutenção da desumanização como política e reclamar por uma existência plena a fim de que se produza uma reflexão sobre como se apresentam diante de nós os corpos à margem da existência, é ultrapassar a fronteira do ininteligível para o inteligível.** É permitir a leitura e reconhecimento desse novo corpo-símbolo, e que corpos escrevam novas histórias e façam de si signos que penetrem na fissura social da discussão civil da sexualidade e gênero, marcando presença e causando impacto positivo.⁴³ (grifos nossos)

Sobre o papel de escolas, em tema também aplicável às Universidades, veja-se o quanto afirmado pela **Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (PGJ/SP)**, em parecer proferido na ADI/TJSP n.º 2216281-23.2017.8.26.0000, em prol da inconstitucionalidade *material* de lei municipal que visava proibir o debate de gênero nas escolas:

O art. 237 da CE (que encontra correspondências nos **arts. 205 e 206 da Constituição Federal**) indica que **a educação, além de ter como meta o preparo da pessoa para a cidadania e como princípio o pluralismo, vem assentada nos princípios de liberdade e solidariedade humana e visa à compreensão dos direitos e deveres da pessoa humana e dos demais grupos que compõem a comunidade, ao respeito à dignidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana e ao desenvolvimento da capacidade de elaboração e reflexão crítica da realidade**, passando necessariamente pela repulsa a qualquer tratamento desigual ou preconceituoso inclusive por motivo de sexo.⁴⁴ (grifos nossos)

Ademais, o disposto no **art. 214, V, da Constituição Federal**, ao estabelecer que a educação, “em seus diversos níveis” (“caput”), deverá promover a “*formação humanística*” de estudantes (inc. V), evidentemente também engloba o **dever constitucional de garantia do pluralismo social** nas universidades, algo que as cotas aqui defendidas, em favor de pessoas transgênero, evidentemente garantem.

Assim, é perfeitamente plausível, razoável e, portanto, racional estabelecerem-se cotas universitárias vocacionadas a pessoas transgênero. Logo, ao contrário do quanto *arbitrariamente* afirmado

⁴³ VIEIRA, Amiel Modesto. **Reflexões sobre corpos dissidentes sob olhar feminista decolonial-queer.** In. DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

⁴⁴ PGJ/SP, in ADI/TJSP n.º 2216281-23.2017.8.26.0000 (p. 371 dos autos eletrônicos).

pelo parecer da AGU que opinou pela suspensão e posterior anulação das cotas aqui defendidas (cf. item 1 desta peça), longe de violá-los, **as cotas voltadas a pessoas transgênero concretizam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Trata-se de medida absolutamente justificável (logo, racional, portanto, possuidora de razoabilidade), além de medida *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*, na medida em que apta a realizar um enfrentamento da transfobia social que assola a população transgênero, para permitir um mínimo de pluralismo social trans nas universidades (adequação), inexistindo meio menos gravoso de curto prazo para tanto, já que o fim da opressão *estrutural* escolar e familiar demanda uma profunda transformação da cultura social, para deixar de ser transfóbica/cissexista, algo de muito longo prazo, donde as pessoas transgênero reais não podem isto aguardar (necessidade), sendo que o fato de algumas pessoas cisgênero perderem suas vagas, a despeito de notas *um pouco* melhores, para pessoas transgênero é perfeitamente compensado pela maior pluralidade social universitária e a ausência de qualquer risco de deixarmos de ter pessoas cisgênero nas universidades, donde a superação do paradigma liberal-individualista em prol de uma compreensão de Estado de Bem-Estar Social, vocacionado a combater discriminações sociais, como inequivocamente o é aquele fundado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual *aquilo que se ganha* supera consideravelmente aquilo que supostamente *se perde* (proporcionalidade em sentido estrito).

Em termos do terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, entende-se aqui que *sequer há o que ponderar*, isso no que tange às cotas em geral, mas obviamente também nas cotas em favor de travestis, transexuais, intersexos e pessoas não-binárias, visto que, embora *alguns poucos indivíduos* integrantes de maiorias (como as pessoas cisgênero) acabem perdendo vagas para pessoas cotistas, a população cisgênera continuará enormemente representada no ambiente universitário (como esmagadora maioria, aliás, mesmo com as cotas, visto que travestis, transexuais, intersexos e pessoas não-binárias configuram, proporcionalmente, pequena minoria social).

Logo, **longe de haver perda de representatividade social com as cotas, referida representatividade é aumentada por elas, deixando o ambiente universitário de ser um universo exclusivamente cisgênero para se tornar um ambiente *minimamente* diverso, em termos de diversidade de gênero, ou seja, de pessoas com identidade de gênero distinta da cisgênera. **Especialmente** por se tratarem de vagas *ociosas*, característica esta que afasta, por completo, a alegação de qualquer “prejuízo”, pois eram vagas não ocupadas pela sociedade em geral, após vestibular específico.**

Portanto, reitere-se, **é perfeitamente plausível, razoável e, portanto, racional estabelecerem-se cotas universitárias vocacionadas a pessoas transgênero**, donde a procedência da presente ação é medida de rigor, para condenar as Rés em indenização por dano moral coletivo, por

transfobia institucional, e em obrigação de fazer, relativa à elaboração de novo edital de cotas universitárias, com igual número de vagas, em favor de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, o que desde já se requer (cf. infra, onde se especifica e justifica o valor indenizatório).

2.2.2.1. O conceito de discriminação. A discriminação direta praticada pela Corrê União Federal, por determinação do Sr. Presidente da República e por intermédio do MEC.

Sobre o caráter pernicioso da discriminação, enquanto negadora da própria *cidadania* de suas vítimas, leciona Adilson José Moreira⁴⁵:

Discriminar significa impor desvantagens a grupos de pessoas, significa agir de forma arbitrária. Ações dessa natureza violam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, preceitos que regulam a produção, interpretação e a aplicação das normas de direito. **Os sistemas jurídicos dos regimes democráticos estão baseados na noção de justiça, que está diretamente relacionada com a ideia de racionalidade. Agir de forma justa significa agir de forma justificada, e a possibilidade de justificação existe na medida em que um ato ou uma norma pode estar fundada em uma razão válida.** O ideal de justiça decorre da expectativa que uma pessoa será tratada de acordo com as normas que governam uma determinada situação jurídica, essa expectativa está fundamentada na noção de *justiça como racionalidade*. Práticas que violam a racionalidade imanente ao sistema jurídico, racionalidade baseada no pressuposto de que a produção e a aplicação das leis têm o propósito de realizar a dignidade humana. Ato que violam o dever de que o tratamento dos indivíduos e entre indivíduos deve ser justo criam problemas de outra ordem. *Direitos fundamentais* não são apenas normas jurídicas, eles têm outra dimensão relevante. Eles possuem um aspecto material que expressa o *consenso político* de uma comunidade sobre as formas como indivíduos devem ser tratados dentro de uma comunidade política. **A discriminação desestabiliza a ordem jurídica porque foge do consenso moral expresso pelas normas legais sobre o tratamento de pessoas. Ato discriminatório violam as diferentes dimensões do princípio da igualdade, o que, mais uma vez, dificulta a realização do princípio da dignidade humana.** [...] Tratar pessoas a partir de fatores arbitrários implica a desconsideração do valor moral delas. [...] Jeneth Karst pensa que a discriminação compromete o funcionamento da democracia porque esse regime político está baseado no **princípio da cidadania**, uma categoria que pressupõe o reconhecimento de todos os membros da comunidade política como pessoas merecedoras da **mesma consideração e respeito**. A cidadania implica uma forma de igualitarismo moral necessário para o funcionamento de uma sociedade fundada em princípios morais. Para o autor, a noção de cidadania está centrada no **ideal do pleno pertencimento**, o que pode acontecer quando a sociedade procura implementar uma **ética do respeito mútuo e estima recíproca**. Isso significa que as diferentes categorias de direitos deverão ser estendidas a todos para que eles possam sentir-se como membros da sociedade. Por esse motivo, a discriminação impede a afirmação da cidadania, porque ela reproduz estigmas

⁴⁵ MOREIRA, *Op. Cit.*, pp. 85-86 e 90.

sociais responsáveis pela construção do outro como seres incapazes de atuar no espaço público de forma competente. ***Estigmas sociais que legitimam a discriminação são incompatíveis com o propósito da expansão e afirmação da cidadania, embora nem todas as desigualdades entre pessoas produzam o estigma, as desigualdades, afirma o autor, pressupõe a inferioridade da pessoa.*** Segundo Karst, a existência de estigmas já é uma violação de direitos. (grifos nossos)

O presente caso se enquadra na tradicional forma de discriminação, a chamada **discriminação direta, porque intencional e motivada por razões arbitrárias/preconceituosas**. Nesse sentido, vejamos novamente a doutrina de **Adilson José Moreira**, que bem diferencia a chamada “discriminação negativa”, inconstitucional, das chamadas **discriminações positivas, consubstanciadas em programas de ações afirmativas**, como aquele arbitrariamente suspenso e eventualmente anulado por determinação preconceituosa do Sr. Presidente da República:

a) A **discriminação direta** “possui um caráter comparativo: [sua identificação] exige a demonstração de que uma pessoa não seria tratada de forma desvantajosa se fosse membro de um grupo semelhante. [...] Esse *ideal de justiça simétrica* estabelece que um agente não pode tratar outro de forma desfavorável quando comparados a partir de um critério moralmente e juridicamente irrelevante. [...] **a discriminação direta implica as noções de intencionalidade e arbitrariedade** [...]”. Esse tratamento arbitrário decorre de seu pertencimento a um grupo, onde o agente discriminador acredita que o discriminado é inferior a ele. **O desprezo por membros de determinadas classes de pessoas baseado em estereótipos negativos motiva várias práticas que criam desvantagens sistêmicas para indivíduos em várias situações sociais**”⁴⁶;

a.1) **Situação diferente**, merecedora de reconhecimento de sua constitucionalidade, refere-se à **discriminação positiva**, que “pode ser distinguida da discriminação negativa porque ela **cria uma vantagem temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em uma situação de vulnerabilidade. Procura-se atingir um objetivo [constitucionalmente] e moralmente justificado que é a melhoria de condições de vida de grupos sociais**. Assim, a discriminação positiva tem a *finalidade de reverter os processos de marginalização* que promovem a estratificação social ao longo de várias gerações ou então proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em uma condição específica”⁴⁷ [que justifica racionalmente esta proteção diferenciada];

b) A **discriminação indireta** se verifica quando “uma norma dirigida à generalidade das pessoas, não fazendo, portanto, menção a quaisquer características [tem] **efeitos discriminatórios. Ela afeta negativamente membros de um grupo porque atores públicos e privados não levam em consideração todos os efeitos que uma norma ou prática pode ter no status social de diferentes segmentos**. Por esse motivo, um ato que

⁴⁶ MOREIRA, Adilson José. **O que é Discriminação?**, São Paulo: Ed. Letramento, 2017, pp. 98, 100 e 102. Grifos nossos.

⁴⁷ MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 31. Grifos nossos.

estabelece uma mesma consequência jurídica a todas as pessoas pode afetar grupos específicos que já sofrem as consequências de outras formas de exclusão. [...] Portanto, **a discriminação indireta está marcada pela ausência de intencionalidade explícita de discriminar pessoas**. Isso pode acontecer porque a norma ou prática não leva em consideração ou não pode prever de forma correta as consequências da norma.. [...] Segundo, deve haver um **impacto desproporcional** em alguns grupos que já sofrem desvantagens. Esse *impacto negativo* aumenta o nível de opressão dos membros desse grupo, impedindo que eles possam atingir os mesmos propósitos que membros de outros grupos com os quais possam ser comparados. Se **a discriminação direta geralmente expressa práticas discriminatórias contra indivíduos, a discriminação indireta tem um caráter coletivo, pois tem como pressuposto a identificação de formas que afetam grupos específicos como um todo**. [...] Assim, *normas facialmente neutras* podem *acentuar a exclusão social* em função das *assimetrias de poder* que persistem dentro de uma sociedade. [...] Parte-se do pressuposto de que a falta de uma representação balanceada dos diferentes segmentos sociais, por exemplo, na força de trabalho, pode significar que a discriminação indireta está operando. Acredita-se que os membros de diferentes segmentos sociais deveriam estar proporcionalmente representados nas várias esferas e ocupações em uma sociedade na qual o princípio da igualdade opera de forma adequada. Mas pode existir algum obstáculo ao alcance desse resultado, sinal de que algum procedimento impede o seu próprio alcance. Por estar associada à noção de igualdade de resultados, a verificação da discriminação indireta depende muitas vezes de demonstração estatística, elemento que um número significativo de tribunais brasileiros se recusa a reconhecer como prova de discriminação⁴⁸.

O presente caso se enquadra no conceito de discriminação direta, pela fala do Sr. Presidente da República em sua rede social (twitter) ter sido explícita no foco nos grupos vulneráveis relativos às pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, donde há inequívoca intencionalidade de discriminar tais grupos, na sua determinação, enquanto autoridade máxima da Corré União Federal, para que o MEC intervisse na Corré UNILAB para suspender e depois anular o edital em questão.

Subsidiariamente, *no mínimo* há de se enquadrar o tema como discriminação *indireta*, porque, caso prevaleça incrível versão de *pós-verdade* de suposta “ausência de intenção discriminatória” do Sr. Presidente da República no presente caso, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, é incontestável o **efeito discriminatório** de tal decisão na cidadania de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, que perderam a oportunidade de ter um mínimo de representatividade identitária no ambiente universitário da Corré UNILAB, como demanda o princípio constitucional da promoção do pluralismo social, que, ao demandar a diversidade no ambiente universitário, não se contenta com um universo puramente cisgênero nas Universidades.

⁴⁸ MOREIRA, *Op. Cit.*, pp. 102-105. Grifos nossos.

2.2.2.2. Desnecessidade de lei formal autorizando a criação de cotas: princípio da autonomia universitária, enquanto concretizador dos princípios da igualdade material, da não-discriminação e do pluralismo social em defesa da dignidade humana das populações beneficiadas.

Como visto no item 1 desta peça, o parecer da AGU que opinou pela suspensão e posterior anulação das cotas aqui defendidas aduziu que seriam constitucionais *apenas* as cotas *estabelecidas por lei*. **Contudo**, esse fundamento é manifestamente equivocado, tendo em vista que as universidades, públicas e privadas, são protegidas pelo **princípio da autonomia universitária**, que obviamente lhes garante autonomia organizacional e administrativa (além de financeira), que é mais que suficiente para permitir que as universidades instituem sistema de cotas. **Ou seja**, é desnecessária uma *lei formal* que possibilite expressamente a criação de cotas universitárias, pois isso é algo logicamente decorrente do princípio constitucional e convencional da autonomia universitária. **Especialmente** relativamente a vagas *ociosas*, característica esta que afasta, por completo, a alegação de qualquer “prejuízo”, pois eram vagas não ocupadas pela sociedade em geral, após vestibular específico.

Segundo a doutrina de **Marcos Augusto Maliska**, ao comentar o **art. 207 da CF/88**, que estabelece o princípio da autonomia universitária:

A autonomia das Universidades está compreendida na noção geral de autonomia caracterizada como um **‘núcleo de competência autônoma, assinalado pela Constituição, dentro do qual agem por sua conta e risco**, atendidos, por evidente, os limites constitucionais’. Aqui é importante ressaltar que ‘a competência para legislar sobre o que lhe é próprio tem por escopo a colmatação das áreas de peculiar interesse propositalmente não preenchidas pelo legislador (por determinação constitucional), com vistas à consecução de seus objetivos institucionais’. Deste modo, ‘revestidas de tais atributos (e desde que emitidas validamente), **as normas universitárias integram a ordem jurídica como preceitos de valor idêntico ao da lei formal na escala de suas fontes formais, e de idêntica hierarquia em relação às demais normas, gerais e especiais, que promulgadas com base no art. 24, IX, da Constituição Federal**, disponham sobre matéria de cunho didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, e cujo sujeito passivo sejam as universidades’.⁴⁹ (*grifos nossos*)

Portanto, embora seja evidente que *autonomia* não seja sinônimo de *soberania* e que, portanto, o princípio da autonomia universitária não confere às Instituições de Ensino Superior (IES) o direito de ignorar leis gerais da educação nacional, o fato é que **não há lei proibitiva** da instituição de cotas universitárias fora dos casos expressamente regulados em leis

⁴⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Comentários ao art. 207**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio (coord. científica). **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, pp. 2.048-2.049.

específicas e, pelo contrário, a **constitucionalidade das ações afirmativas por intermédio de cotas universitárias em favor de grupos sociais discriminados de forma estrutural, institucional, sistemática e histórica** já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no célebre julgamento da ADPF n.º 186 (cf. supra), ao passo que o regime de cotas universitárias é uma decorrência lógica do **princípio da autonomia universitária**. Então, não há violação de nenhuma *norma geral*, constitucional ou legal, que possa ser usada como “fundamento” para se exigir lei formal autorizativa de cotas.

Lembre-se, ainda, que mesmo no Direito Administrativo, criado originalmente sob o dogma da legalidade estrita para fins de atuação da Administração Pública, tem reconhecido a superação do *princípio da legalidade estrita* pelo **princípio da juridicidade**, em construção doutrinário-jurisprudencial que visa reconhecer justamente que não é necessária uma lei expressa para se reconhecer a juridicidade de algo quando este algo seja decorrente da interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis ao caso. Assim, a legalidade exigida para a atuação da Administração Pública deve ser entendida como em sentido amplo, no sentido de poder a Administração agir quando autorizada pela lei ou pelas normas constitucionais (**legalidade constitucional**), consoante já reconhecido pela **doutrina administrativista contemporânea**⁵⁰. Nada mais natural que tal

⁵⁰ Segundo JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**, 10ª Edição, Editora JusPODIVM, 2011, p. 67, “Entende-se por juridicidade a moldura jurídica com a qual deve a Administração Pública conformar os seus atos e a sua atuação. Desse modo, **o dever de juridicidade é aquele que impõe à Administração Pública somente agir nos termos da ordem jurídica, de modo a compatibilizar as suas atividades com a Constituição, as leis e as normas administrativas. Cumpre esclarecer que o dever de juridicidade é mais do que o dever de legalidade. Isto porque a Administração Pública não está vinculada e sujeita apenas à lei, mas à ordem jurídica como um todo, que contempla outros parâmetros jurídicos (dever de razoabilidade, dever de proporcionalidade, dever de impessoalidade, dever de moralidade, dever de motivação, dever de respeitar os direitos do cidadão administrado etc)**” (grifos nossos). No mesmo sentido, PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito Administrativo**, 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 27, 29 e 31, que, ao tratar das tendências contemporâneas do Direito Administrativo, trata como realidade do Direito Administrativo Contemporâneo o “alargamento do princípio da legalidade (para abranger, não só a lei, mas também princípios e valores)”, no sentido de “**O Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas no Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição. Nesse sentido, o artigo 20, §3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, estabelece que ‘o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito’. Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa. No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico em menção a valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da economicidade, entre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante ao Direito, no sentido assinalado. Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao Direito**”, donde, “Com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, **a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios)**”. No mesmo sentido, NETO, Diogo de Figueiredo Camargo. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 213-214, “A palavra legalidade é aqui tomada em seu sentido amplo, como sinônima de juridicidade, envolvendo, portanto, a legalidade estrita, a legitimidade e a licitude [...] O princípio da legalidade, que já havia sido conceituado em seu aspecto objetivo como sujeição do agir à lei, se reapresenta, agora, em seu aspecto subjetivo, como

evolução da exigência de legalidade estrita para juridicidade para legitimar a ação estatal, visto que a exigência de *lei formal* para a atuação estatal surgiu em uma época em que não se falava em aplicabilidade imediata das normas constitucionais (verdadeira *pré-história do Estado Constitucional*), donde o *neoconstitucionalismo* e o *pós-positivismo* da contemporaneidade exige que se permita a atuação estatal pela concretização de normas constitucionais e não apenas mediante autorização legal expressa. Assim, havendo permissivo constitucional para o casamento civil homoafetivo, não há que se negar o direito de casais homoafetivos ao acesso ao casamento civil – especialmente, considerando que a exigência de permissão normativa para a atuação estatal surgiu como forma de se garantir que o Estado não violasse arbitrariamente os direitos individuais dos cidadãos⁵¹ e considerando que o ato estatal de permitir o acesso de casais homoafetivos ao casamento civil não viola direito de ninguém (ao contrário, reconhece um direito já decorrente da concretização das normas constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da liberdade real), não se pode ver óbice ao reconhecimento do direito de casais homoafetivo terem acesso ao casamento civil. Ao contrário, o *dever de agir*⁵² da Administração Pública impõe o reconhecimento do direito de casais homoafetivos de terem acesso ao casamento civil como forma de respeito aos citados princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade real.

Logo, desnecessária uma lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, que autorize as universidades a estabelecerem programas de cotas, visto que elas têm autonomia constitucional para

garantia da supremacia do interesse juridicamente protegido”. Tamanha é a aceitação da juridicidade constitucional como parâmetro de ação da Administração Pública que o citado autor, em edição posterior de sua obra, passou de chamar o seu “Capítulo X” objeto de tal transcrição de “*Controle de Legalidade*” para nominá-lo de “*Controle de Juridicidade*”, igualmente alterando o primeiro tópico de “*Princípio da Legalidade*” para “*Princípio da Juridicidade*”, afirmando que “*O princípio da juridicidade, assim integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela licitude, se dirige a atender à mais importante finalidade do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a ordenação das atividades juridicamente relevantes da Administração*” (NETO, *Op. Cit.*, 20ª Edição, p. 247), em obra da qual extrai-se o seguinte: “*O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica*”

⁵¹ Cf., *v.g.*, NETO, Diogo de Figueiredo Camargo. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 213, para quem “*A mais importante finalidade do Direito Administrativo, e que por si só o justificaria, é a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados. Para esse efeito, a Administração, como braço executivo do Estado, tem o seu poder contido por duas técnicas juspóliticas: a limitação e o controle*” (na 20ª Edição, o trecho está na p. 247, transcrito na nota anterior).

⁵² Segundo **Dirley da Cunha Junior**, “*se para o particular prevalece a liberdade/faculdade de ação, para a Administração existe um dever de ação, sempre que a ordem jurídica lhe impõe uma providência ou ela se mostre necessária em face das circunstâncias administrativas. Não pode, destarte, a Administração Pública deixar de praticar ato de sua competência, sob pena de responder por sua omissão na via administrativa ou judicial. É que, na omissão do gestor ou silêncio da Administração Pública que se abstém de seu dever jurídico de agir, pode o cidadão-administrado manejar os remédios jurídicos disponíveis para obter o ato ou a providência omitida, ou para ser indenizado do dano causado pela omissão do Estado. Nesse sentido se pacificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [STF, RE n.º 121.140/RJ] e do Superior Tribunal de Justiça [STJ, AgRg n.º 822.764/MG]*” (JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 66).

fazê-lo, se o quiserem, independente de prévia lei autorizativa, por força do princípio constitucional da autonomia universitária.

2.2.3. DO DANO MORAL COLETIVO. Transfobia institucional, por discriminação direta, ofensiva à dignidade das pessoas transgênero (travestis, transexuais, intersexos e não-binárias).

Primeiramente, lembre-se que, segundo o **Superior Tribunal de Justiça**, “Embora o art. 3º da Lei 7.347/1985 disponha que ‘a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’ (grifei), é certo que a conjunção ‘ou’ contida na citada norma (assim como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981) opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública, instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados, por exemplo inviabilizando a condenação em dano moral coletivo” (STJ, AgInt no AREsp n.º 1.137.714/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 14.06.2019).

Ademais, também segundo decidido pelo **Superior Tribunal de Justiça**, “O **dano moral coletivo**, assim entendido o que é **transindividual** e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é **passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento**, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) **O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos**” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010). No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que **o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana**. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015”. (STJ, REsp n.º 1.410.698/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 30.06.2015. Grifos nossos).

E, segundo outro precedente do **E. STJ**, citado pelo nteiro teor do último dos supra citados, “**dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social**”, donde “O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima” (STJ, REsp n.º 1.245.550/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 16.04.2015. Grifo nosso).

Em suma, “O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta

ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes” (STJ, REsp n.º 1.517.973/PE, 04ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 01.02.2018. Grifos nossos).

Como se vê, está consolidada na jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** a possibilidade jurídica de indenização por dano moral coletivo, senão vejamos a partir do seguinte precedente:

Na doutrina, já há vários pronunciamentos pela pertinência e necessidade de reparação do dano moral coletivo. José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth e José Júlio Lozano Júnior informam a evolução doutrinária:

Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo: *Limongi França* sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral "à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico". *Carlos Augusto de Assis* também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que se ria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral. A sustentar e esclarecer seu posicionamento, aponta Carlos Augusto de Assis, a título de exemplo: 'Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certo que os advogados, de uma maneira geral, experimentaríamos penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicam desprestigiada. Seria de admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofrido pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem qualquer reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas'. *Carlos Alerto Bittar Filho* leciona: 'quando se fala em **dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico'.**

Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação. Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: 'dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.) através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional)'. (in Dano moral. Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 34-5).

(STJ, REsp n.º 1.057.274/RS, 02ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 26.02.2010. Grifos nossos)

No presente caso, temos inequívoco dano moral coletivo à população transgênero (pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias), tendo em vista a *conduta discriminatória* da Corrê União Federal, a partir da **manifestação transfóbica do Sr. Presidente da República, ao divulgar sua ação de *determinar* ao MEC que *intervis*se perante a Corrê UNILAB, para que esta cancelasse o edital de cotas de vagas ociosas em favor de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias.**

Temos aqui um ***direito difuso*** da população de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, visto que qualquer pessoa tal, de qualquer lugar do país, poderia prestar vestibular para a Universidade Federal da Corrê UNILAB (sendo *fato notório* que pessoas de todos os lugares do país prestam vestibulares para universidades públicas, como as federais). Prejudicou-se, ainda, um ***direito coletivo em potencial***, na acepção legal estrita de direitos *coletivos*, como aqueles titularizados por pessoas em razão de uma *mesma relação jurídica base*, que seriam as pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias que se inscrevessem no vestibular em questão.

Como se vê, analisando sob os sentidos técnico-jurídicos estritos dos direitos *difusos* e *coletivos*, temos caracterizado um ***dano moral difuso***, pela transfobia institucional da manifestação do Sr. Presidente da República e intervenção efetiva da Corrê União Federal para implementá-la, por intermédio da interferência do MEC na Corrê UNILAB, bem como um ***dano moral coletivo, por perda de uma chance***, relativamente a pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias que pretendiam se inscrever no vestibular do programa de cotas universitárias em questão. Não houve tempo para se formar a “relação jurídica base” pela intervenção imediata da Corrê União Federal, por intermédio do MEC, mas é *fato incontestável*, pelas *máximas da experiência ordinária* que pautam o julgamento civil (CPC/2015, art. 375) que pessoas integrantes dos citados grupos vulneráveis iriam se inscrever para tal programa de ações afirmativas. Essa ***verossimilhança*** de fatos evidentes gera, assim, o *nexo causal* caracterizador da incidência da *teoria da perda de uma chance*, que já se encontra respaldada pela jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, segundo a qual:

1. “A *perda de uma chance* é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado” (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012).

2. **Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a**

perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

3. No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação.

4. A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado.

(STJ, REsp n.º 1.540.153/RS, 04ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 06.06.2018. Grifos nossos)

Aqui, tem-se inclusive que **era certo que haveria pessoas inscritas** no referido vestibular de cotas para pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias. É absolutamente *inverossímil* presumir que ninguém nele se inscreveria, por isso violar as *regras da experiência ordinária* (CPC/2015, art. 375). Então, temos, inclusive, **dano moral coletivo por dano emergente às coletividades transgêneras em questão**, pois é certo que algumas pessoas destas coletividades iriam se inscrever e ser aprovadas em referido vestibular, ocupando as cotas sociais em questão. **Dano emergente** por conta da **afrenta à dignidade de tais populações**, pela insurgência da Corrê União Federal, manifestada na manifestação pública do Sr. Presidente da República, à destinação de cotas a tais populações.

Contudo, *subsidiariamente*, no mínimo há que se falar em **dano moral difuso por perda de uma chance às populações de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias**, enquadrando-se o caso com perfeição ao quanto consagrado no citado precedente do Superior Tribunal de Justiça que se acabou de citar, no sentido de que **“A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado”**. Afinal, sem a conduta da Corrê União Federal, por intermédio do MEC, por determinação de seu mandatário máximo, o Sr. Presidente da República, o referido programa de cotas universitárias às populações transgêneras em questão não teria sido suspenso e eventualmente anulado.

Nem se argumente, como exemplo típico da deplorável *era de pós-verdades* que nos assola, que o Sr. Presidente da República não teria tido a “intenção” de discriminar com sua fala e conta. **Ora**, o mesmo fez questão de destacar em sua fala (com *letras maiúsculas*) os grupos sociais que seriam beneficiados pelas cotas universitárias em questão, o que obviamente denota que o que mais lhe chamou a atenção foram os grupos sociais beneficiados por tal ação afirmativa. Isso, aliado ao **notório histórico homotransfóbico** do Sr. Presidente da República, no sentido de contrário a

todas as demandas do Movimento LGBTI+ Brasileiro⁵³, faz com que, à luz do **princípio da boa-fé objetiva**, enquanto padrão de conduta impositivo à pessoa mediana, seja simplesmente *indefensável* negar-se o caráter discriminatório e mesmo da intenção discriminatória da citada manifestação do Sr. Presidente da República, representante máximo da Corré União Federal. Afinal, “O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma, explica que **a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade**”, pois, consoante inclusive decidido pelo **E. STJ** (REsp n.º 1.192.678, 02ª Turma, DJe de 26.11.2012), “**a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. É o chamado venire contra factum proprium (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente)**”. Ademais, em outro precedente (HC n.º 143.414, 06ª Turma, DJe de 13.12.2012), relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, reiterou-se que o princípio da boa-fé objetiva gera a “**proibição de comportamentos contraditórios**”⁵⁴.

Nesse sentido, seria profundamente *contraditório* a Corré União alegar que o Sr. Presidente da República “não teria tido a intenção” de prejudicar programa de ação afirmativa, por intermédio de cotas universitárias, vocacionado especificamente aos grupos vulneráveis de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, ante ele próprio ter *destacado, com caixa alta*, os grupos (vulneráveis) que seriam beneficiados por tais cotas (de vagas ociosas, reitere-se sempre), o que *evidentemente* foi um fundamento *determinante* para sua postura.

Nem se argumente, ainda, que o Sr. Presidente da República “não teria sido” transfóbico, por não incitar a violência contra pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias em sua fala. É mais do que evidente que a **transfobia** não se limita apenas a atos de violência e incitação à violência. Quando se afirma que alguém agiu de maneira *fóbica* (transfóbica, homofóbica, sorofobia etc), o que se quer dizer é que a pessoa propaga a **discriminação**, ou seja, o tratamento diferenciado arbitrário, injustificado – em suma, preconceituoso. E isso não necessariamente por “pavor fóbico”, na acepção psiquiátrica do termo, como argumentação

⁵³ A saber: casamento civil igualitário (cf. <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2018/11/o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-casamento-gay-cjo8s50gq0cej01pic5s5hulk.html>>), reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (cf. <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/bolsonaro-disse-que-decisao-do-stf-sobre-homofobia-foi-completamente-equivocada.ghtml>>), não-discriminação na doação de sangue a homens que fizeram sexo com outros homens nos últimos doze meses (cf. <<https://www.huffpostbrasil.com/2015/04/14/antes-de-pedir-para-deixar-o-pp-jair-bolsonaro-afirma-que-sangu-a-21675476/>>) e respeito à identidade de gênero das pessoas transgênero – retificação de prenome e gênero independente de cirurgias, laudos e ação judicial (cf. <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/parlamentares-quer-extinguir-%E2%80%9Cnome-social%E2%80%9D-nas-escolas-para-lgbt-e-transgeneros/>>). Acessos em 31.07.2019.

⁵⁴ Cf. <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em 31.07.2019.

convenientemente simplória, em interpretação literal acrítica, por vezes quer fazer crer. Mas, simplesmente, por desejo de discriminar (*discriminação direta*) ou efeito discriminatório não-intencional de uma conduta (*discriminação indireta*).

Nem se argumente, ainda, que a Corrê UNILAB seria mera “vítima” dessa situação, por ter suspenso e eventualmente anulado o edital em questão após *intervenção* do MEC, violadora do princípio constitucional da autonomia universitária. Embora, em certo sentido, também seja vítima, por ter agido após presumível e incontestável pressão política (e mesmo *ameaças políticas*, embora obviamente fora do parâmetro do *crime* de ameaça), **fato é que a Corrê UNILAB poderia e deveria ter resistido à pressão discriminatória do MEC, oriunda da manifestação discriminatória do Sr. Presidente da República**. Contudo, ao coadunar com referida posição do MEC e, assim, da Corrê União Federal, a Corrê UNILAB com isso, expressamente, concordou, por sua postura de atender este pleito discriminatório/transfóbico do Sr. Presidente da República, por intermédio da Corrê União Federal. Afinal, **há ônus e bônus da prerrogativa de autonomia, e um dos ônus é assumir as consequências de ter tomado decisão dentro dessa esfera – no caso, autonomia de acolher o pedido do MEC, que embora certamente tenha vindo sob a forma de “ordem”, na prática era um pedido, visto que a Corrê UNILAB tinha a prerrogativa, pelo princípio constitucional da autonomia universitária, de a isto se recusar**.

Assim, absolutamente caracterizado o **dano moral coletivo (difuso, por dano emergente, ou coletivo em sentido estrito, por perda de uma chance, cf. supra)**, donde se requer desde já seu reconhecimento. Passa-se, agora, a estimar o valor da reparação.

2.2.3.1. DO VALOR DO DANO MORAL COLETIVO. Aspecto pedagógico-punitivo imanente à indenização por danos morais, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Bem se sabe a extrema dificuldade de se valorar o dano moral, tanto que, antes de a Constituição Federal de 1988 *impor* o reconhecimento da possibilidade jurídica da existência e reparação de danos morais, estes eram tidos como pedidos “juridicamente impossíveis”, por ser “impossível” tornar alguém *indene*, ou seja, sem dano, retornando a pessoa ao *status quo ante*, como a teoria clássica da reparação civil de danos *materiais* prega. Por isso, tecnicamente, o correto é falar-se em *compensação* dos danos morais (usando-se *indenização* apenas por ser expressão consagrada na doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como perante a sociedade).

Aponte-se, inicialmente, que se considera lamentável como a jurisprudência brasileira fixa valores *ínfimos* a título de indenização por danos morais. Embora, incoerentemente, invocando o aspecto pedagógico-punitivo imanente à referida indenização, acabam fixando valores verdadeiramente baixos, sob o *topos* da vedação do enriquecimento ilícito da

vítima. Fossem as indenizações fixadas mais elevadas, em patamares que levem em conta o princípio da individualização das penas (aplicável, obviamente, também nas punições cíveis), no sentido de levando em consideração o *porte econômico* da pessoa ofensora, *certamente* teríamos uma diminuição do número de práticas ilícitas, caracterizadoras de danos morais, em nosso país. Nesse sentido:

Anos atrás [em 2013], o Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, protestou afirmando que o Judiciário se tornou o *call center* das empresas, para defender ‘filtros’ para recursos subirem ao STJ e métodos alternativos de resolução de conflitos⁵⁵. Bem, considerável parte da culpa por isso é do próprio Superior Tribunal de Justiça, tanto por negar o cabimento de indenização por danos morais em casos de ‘meros’ (sic) descumprimentos contratuais quanto, especialmente, por conceder valores indenizatórios verdadeiramente irrisórios na generalidade dos casos. **O verdadeiro preconceito do Tribunal da Cidadania com a aplicação de valores elevados, que realmente constroem as empresas e pessoas em geral a não cometer condutas caracterizadoras de danos morais, tem como consequência que fornecedores de produtos e serviços em grande escala possam considerar “mais barato” pagar indenizações de uns “poucos mil reais” em alguns casos do que efetivamente garantir que suas dezenas de milhares de produtos ou serviços tenham qualidade suficiente a evitar os transtornos justificadores de tais indenizações.**⁵⁶ (*grifo nosso*)

Como se vê, pleiteia-se que a *jurisprudência evolua*, para uma melhor reparabilidade dos danos morais, especialmente no sentido da *prevenção geral negativa* que se espera, relativa ao *efeito dissuasório* que a indenização deve gerar na pessoa ofensora, para que não volte a reincidir na conduta ilícita em questão.

No presente caso, temos como peculiaridade o fato de se tratar de **dano moral coletivo por discriminação a grupos vulneráveis, oprimidos de forma histórica, estrutural, institucional e sistemática**, a partir de **motivação preconceituosa (e, especificamente, transfóbica)** do Sr. Presidente da República, que gerou a atuação da Corré União Federal neste caso, por intermédio do MEC. Essa é uma situação de **extrema gravidade**, violadora do dever constitucional e convencional de prevenção e repressão a quaisquer formas de discriminação (**art. 3º, IV, da CF/88**), que obviamente abarca a proibição de discriminação por identidade de gênero, ante a cláusula final da proibição de *quaisquer formas* de discriminação.

⁵⁵ Cf. <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em 31.07.2019. A chamada da entrevista é emblemática, sobre frase proferida pelo Ministro Salomão: **“Empresas transferiram seu call center para o Judiciário”**.

⁵⁶ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Inexistência de sucumbência recíproca no pedido de danos morais à luz do CPC/2015, que não superou a Súmula 326 do STJ**. In: Revista Empório do Direito, 06.12.2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/inexistencia-de-sucumbencia-reciproca-no-pedido-de-danos-morais-a-luz-do-cpc-2015-que-nao-superou-a-sumula-326-do-stj-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>>. Acesso em 31.07.2019.

Trata-se, sempre, de uma tarefa árdua comparar valores de danos morais em distintos precedentes, pela irrepetibilidade de cada caso concreto sobre o tema – tanto que o Superior Tribunal de Justiça aprovou *súmula* aduzindo não caberem *embargos de divergência*, para gerar decisões idênticas, relativamente ao valor de danos morais, tendo em vista que eles decorrem das peculiaridades de cada caso concreto (**STJ, Súmula 420** – do que se discorda, por serem possíveis analogias de pessoas submetidas a situações equivalentes, mas não é necessário desenvolver isto agora). Também por isso, o Superior Tribunal de Justiça também sumulou (correto) entendimento, não alterado pelo atual Código de Processo Civil,⁵⁷ não haver “sucumbência *recíproca*” pela fixação de um valor indenizatório por danos morais inferior àquele postulado na ação (**STJ, Súmula 326**), tendo em vista que a ***ratio decidendi*** dos precedentes que geraram dita *súmula* refere-se ao fato de a “indenização” (tecnicamente, a *compensação*) por danos morais ser fixada segundo o ***prudente arbítrio do Estado-juiz***, fixado segundo o ***“subjetivismo fantástico”*** deste (sic – cf. STJ, EDiv no REsp n.º 63.520/RJ, DJ de 27.08.2001), por escapar o valor a ser fixado do controle da pessoa ofendida (sic – STJ, REsp n.º 575.078/RO, DJ de 27.09.2004), não tendo a parte, assim, como adivinhar previamente o valor que será exatamente fixado, pois pessoas racionais e de boa-fé notoriamente discordam na definição do valor devido por danos morais. Ademais, referida *Súmula* funda-se no fato de a pretensão principal ser obter a indenização por danos morais, não se podendo chegar ao paradoxo de a parte vencedora ter que pagar honorários sucumbenciais com a procedência do seu pedido, que inclusive podem ser superiores ou equivalentes à indenização recebida, caso o valor pretendido fosse vultoso e a indenização concedida fosse baixa, fundamento este que não resta infirmado por nenhum dispositivo do CPC/2015.

Parece muito mais adequado utilizar-se como precedente aquele que fixou em um milhão de reais indenização por danos morais coletivos, sob fundamento de que ***“A veiculação, em caráter nacional, de propaganda/publicidade atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, nos mais diversos pontos deste país de projeção continental, sobretudo quando divulgada por meio da televisão – dos mais populares meios de comunicação de massa - gera, portanto, indiscutivelmente, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 681111/MS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dje de 13/08/2013; AgRg no REsp 1038389/MS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira”*** (STJ, REsp n.º 1.101.949/DF, 04ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 30.05.2016. Grifos nossos).

Aqui temos uma aplicação perfeita do **critério da extensão do dano**, que o **art. 944 do Código Civil** estabelece como parâmetro para fixação do valor indenizatório. No presente caso, temos uma **conduta de extrema gravidade, dada a intenção discriminatória de**

⁵⁷ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Inexistência de sucumbência recíproca no pedido de danos morais à luz do CPC/2015, que não superou a Súmula 326 do STJ**. In: Revista Empório do Direito, 06.12.2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/inexistencia-de-sucumbencia-reciproca-no-pedido-de-danos-morais-a-luz-do-cpc-2015-que-nao-superou-a-sumula-326-do-stj-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>>. Acesso em 31.07.2019.

ninguém menos que o Sr. Presidente da República, que, longe de assumir a condição de *estadista* e governar para toda a Nação, continua agindo como se em campanha estivesse, governando apenas para seu *núcleo ideológico duro*, tratando-se de **pessoa com histórico discriminatório contra pessoas LGBTI+ em geral**, como supra mencionado e demonstrado, por rodapé com notícias de suas declarações e posições homotransfóbicas – e, obviamente, a Corré União Federal é civilmente responsável pelos atos de seu mandatário supremo, à luz da **responsabilidade civil objetiva do Estado por atos de seus mandatários**, nos termos do **art. 37, §6º, da CF/88**.

Não se esqueça, ainda, da **difusão de caráter nacional da manifestação, via twitter, do Sr. Presidente da República**, pelas redes de televisão em geral. E **nem se diga** que o Sr. Presidente e, portanto, a Corré União Federal não seriam responsáveis por isso, na medida em que é absolutamente incompatível com o **princípio da boa-fé objetiva** (cf. supra) que um Presidente da República que ataca constantemente as mídias tradicionais e, por isso, utiliza suas redes sociais para se comunicar com o povo brasileiro (principalmente o *twitter*, onde fez a manifestação objeto da presente demanda) venha eventualmente dizer que “não sabia” que sua fala repercutiria nas principais redes de televisão, rádio e jornalismo país afora. Obviamente, sabia que isso ocorreria e, evidentemente, proferiu sua manifestação precisamente com esse intuito – do contrário, teria simplesmente determinado a nefasta e discriminatória intervenção violadora da autonomia universitária em questão, pelo MEC, sem divulga-la da forma como divulgou. **Então, temos o mesmo elemento de extensão do dano do citado precedente do E. STJ**, relativamente à “*veiculação, em caráter nacional, de propaganda/publicidade atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, nos mais diversos pontos deste país de projeção continental, sobretudo quando divulgada por meio da televisão – dos mais populares meios de comunicação de massa [que] gera, portanto, indiscutivelmente, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível.* [Consoante] *Precedentes do STJ*”, **a justificar, assim, o mesmo valor indenizatório**.

Nem se diga que o precedente citado não seria aplicável por tratarem de temas de fundo diferentes (propaganda enganosa x transfobia), pois a questão não é essa: a **ponto em comum** encontra-se no aspecto da **extensão do dano**, que, como visto de transcrição acima, foi predominante na fixação do valor indenizatório em *um milhão de reais*, em razão “*veiculação, em caráter nacional, de propaganda/publicidade atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, nos mais diversos pontos deste país de projeção continental*”, donde cabível a fixação do mesmo valor. Daí a analogia justificadora de idênticos valores indenizatórios.

Ademais, como elemento justificador de alto valor indenizatório, temos: **(i) o alto grau de culpa** da Corré União Federal, visto que o ato do Sr. Presidente da República foi abertamente **discriminatório (transfóbico)**, especialmente dado seu notório e incontestado histórico de oposição a qualquer reconhecimento da igual dignidade e igual respeito e

consideração devida(o) à população LGBTI+ e, assim, às pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias; **(ii)** o contexto social de profunda opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica das citadas populações, lembrando-se que o Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, a demandar integração social e não uma horrenda conduta de discriminação direta como a perpetrada pelas Rés; **(iii)** o elevado porte econômico da Corré União Federal, ante o orçamento vultosamente inestimável da Corré União Federal, sendo que a Corré UNILAB é Universidade Federal e, por isso, tem orçamento relacionado com o da União; **(iv)** o fato de a lei impor a destinação do dinheiro a fundo gerido em conjunto com o Ministério Público, de sorte que sua aplicação será destinada a promover a cidadania de populações vítimas de opressões sociais estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas, de sorte que não há que se falar em “enriquecimento ilícito” nem desatendimento dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto ser medida *apta* a promover o início do enfrentamento do cissexismo e da transfobia social, *necessária* no contexto de dano moral coletivo, que precisa ser reparado pela via indenizatória ante a legislação vigente e *proporcional em sentido estrito*, pela cidadania das pessoas transgênero dever prevalecer ante a postura transfóbica do Sr. Presidente da República e, conseqüentemente (neste caso), da Corré União Federal e da Corré UNILAB (proporcionalidade), afigurando-se como medida racional e justa, jamais arbitrária, portanto (razoabilidade).

Portanto, tendo em vista considerar-se o valor de *cinquenta mil reais*, de alguns precedentes, extremamente baixo para a gravidade da **difusão da transfobia pelo Sr. Presidente da República em seu perfil oficial**, em que dialoga enquanto Chefe de Governo e de Estado da Nação, então, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na lógica do aspecto pedagógico-punitivo imanente à indenização por danos morais, que visa evitar que a pessoa ofensora volte a reincidir na conduta ilícita, opina-se seja deferida indenização **não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)**, a serem revertida nos termos do **art. 13 da Lei n.º 7.347/1985**, para *fundo a ser gerido por Conselho Federal ou Estadual, a ser composto necessariamente por integrantes do Ministério Público e da comunidade*, no caso, de lideranças dos Movimentos de Travestis, Transexuais (mulheres transexuais e homens trans), Intersexos (homens e mulheres) e Pessoas Não-Binárias, por serem as coletividades efetivamente vítimas do dano moral coletivo em questão, o que desde já se requer.

2.4. DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO-FAZER.

Como visto acima, o **art. 3º da Lei 7.347/1985** estabelece a possibilidade *tanto* de indenização por danos morais coletivos *quanto* a condenação das Rés em *obrigação de fazer*, no que obviamente se inclui as *obrigações de não-fazer*. Trabalhem ambas as obrigações:

2.4.1. DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. Elaboração de novo edital de cotas universitárias, com igual número de vagas, em favor de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias.

Consoante os termos do art. 3º da Lei Federal n.º 7.347/1985, reiterando todo o exposto sobre a constitucionalidade, necessidade social e *dever constitucional e convencional* das cotas universitárias destinadas às pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias para fins de sua mínima integração social universitária, em homenagem aos princípios constitucionais e convencionais da promoção do bem-estar de todos, sem discriminações de quaisquer naturezas, e da promoção do pluralismo social (**itens 2.2.2 e 2.2.2.1, supra**), entende-se que deve ser a Corré UNILAB condenada em **obrigação de fazer, com tutela de urgência deferida em sentença, afastando efeito suspensivo de eventual apelação**, consistente na elaboração de novo programa de ação afirmativa, por intermédio de cotas universitárias às populações citadas, no mesmo número de vagas e nas mesmas (ou melhores) condições do seu Edital n.º 29/2019, o que desde já se requer (além de ser condenada solidariamente, junto à Corré União Federal, em dano moral coletivo, cf. item 2.3, supra), o que desde já se requer.

2.4.2. DA OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER. Proibição da União Federal interferir para impedir a realização de programas de ação afirmativa em favor de minorias e grupos vulneráveis. Indignação por razões legais, constitucionais ou convencionais que deve ser feita apenas por intermédio de ação judicial.

Também consoante os termos do art. 3º da Lei Federal n.º 7.347/1985, e igualmente reiterando todo o exposto sobre a constitucionalidade e necessidade social das cotas universitárias destinadas às pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias para fins de sua mínima integração social universitária, em homenagem aos princípios constitucionais e convencionais da promoção do bem-estar de todos, sem discriminações de quaisquer naturezas, e da promoção do pluralismo social (**itens 2.2.2 e 2.2.2.1, supra**), bem como a violação do princípio da autonomia universitária para conduta de pura censura da Corré União Federal, por intermédio do MEC, para suspender e eventualmente anular o edital de ação afirmativa em questão, entende-se que deverá ser a Corré União Federal condenada em **obrigação de não-fazer, também com tutela de urgência deferida em sentença, afastando efeito suspensivo de eventual apelação**, consistente em se abster de, por intermédio do Ministério da Educação (MEC) ou qualquer outra instância ou forma, interferir na autonomia universitária das Universidades Federais, proibindo-lhe de determinar “suspensão”, “anulação” e qualquer outra forma de embaraço a programa de ações afirmativas em geral (não só “cotas”), em favor de minorias e grupos vulneráveis em geral, relegando-se eventual opinião da Corré União Federal sobre suposta “ilegalidade”, “inconstitucionalidade” ou “inconvencionalidade” de programas tais apenas pela via jurisdicional repressiva, ou seja, por ação

judicial *ex post facto*, e não pela verdadeira *censura* que perpetrou neste caso, o que desde já se requer.

3. DA TUTELA DE URGÊNCIA EM SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Urgência social das referidas cotas, inviabilizada para este semestre letivo (2019.2), mas possível já para o primeiro semestre de 2020 (2020.1). Protesto por apresentação de pedido *imediato*, caso a sentença não seja proferida ainda este ano, para possibilitar o cumprimento da obrigação de fazer já para o primeiro semestre de 2020.

Deixa-se de requerer tutela de urgência neste momento porque, apesar da **verossimilhança** das alegações, consoante o supra exposto (e sintetizado no título do **item 1** desta ação), tem-se que, considerando que resta inviabilizada a realização de novo edital para novo vestibular de ação afirmativa por cotas universitárias para este segundo semestre de 2019, aparentemente falta, **neste momento**, o requisito legal do ***periculum in mora***, o que se afirma para, uma vez mais, demonstrar a boa-fé das entidades Autoras da presente ação.

Contudo, ante a urgência social de integração universitária das populações de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias (cf. itens 2.2.2 e 2.2.2.1, supra), entende-se que deverá haver antecipação de tutela em sentença, para que esta produza efeitos imediatos, afastando-se o efeito suspensivo de eventual apelação das Rés, na provável hipótese de procedência desta ação em geral e deste pleito em particular, o que desde já se requer.

Nesse sentido, lembre-se que “a **jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** já se manifestou no sentido de que o artigo 520 do CPC deve ser interpretado teleologicamente, a fim de que se considere como hipótese de incidência, não só a confirmação, mas também o **deferimento de tutela de urgência na sentença**. Há diversos precedentes nesse sentido: AgRg no Ag 1.217.740/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 01/07/2010; REsp 1001046/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 06/10/2008; REsp 706.252/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 26/09/2005; REsp 653.086/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13/02/2006; REsp 648.886/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Segunda Seção, DJ 06/09/2004” (STJ, REsp n.º 1.174.414/RS, 01ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 15.04.2011. *Grifos nossos*). Embora se trate de precedente relativo ao CPC/1973, o art. 520 do antigo Código tem teor **equivalente** ao disposto no atual **art. 1.012 do CPC/2015**, donde a conclusão deve ser a mesma. Afinal, segundo um dos precedentes citados, em lição que se aplica perfeitamente ao atual dispositivo processual, “*É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência a reclamar satisfação imediata*”, pois “*doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com*

relação a essa parte do *decisum*” (STJ, REsp 706.252/SP, 01ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.09.2005).

Ademais, protesta-se por apresentação de pedido *imediato* em momento posterior a esta petição inicial, mas anterior à sentença de primeira instância, caso esta não seja proferida ainda este ano, para possibilitar o cumprimento da obrigação de fazer já para o primeiro semestre de 2020.

4. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, requer-se:

(i) o reconhecimento da **gratuidade judiciária ope legis**, ante o disposto no art. 18 da Lei Federal n.º 7.347/1985, com reconhecimento de sua **legitimidade ativa** para propor a presente demanda, por força do disposto no **art. 1º, IV, da Lei Federal n.º 7.347/1985**, em razão dos direitos e interesses difusos e coletivos aqui defendidos em favor das populações de pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, ou ainda o **art. 1º, VII**, da mesma lei, visto que, ao reconhecer a homotransfobia como crime de racismo (ADO 26 e MI 4733), o STF implicitamente reconheceu as pessoas LGBTI+ como *grupo racializado* (se racismo é um conceito político-social, como bem reconhecido pelo STF, também o é o de *raça* e *grupo racial*, cf. doutrina exposta no item 1, supra). Subsidiariamente, caso se discorde de tais teses, requer-se a declaração de inconstitucionalidade de eventual *taxatividade* que se veja no rol de entidades legitimadas para propor ação civil pública, estendendo tal legitimidade às Autoras, por violação do princípio da igualdade, decorrente da arbitrariedade de se reconhecer tal legitimidade apenas a alguns grupos sociais vulneráveis/marginalizados (as hipóteses do **art. 1º, VII**) e não a outros, visto que a isonomia não se compatibiliza com *privilégios* (ou seja, com diferenciações arbitrárias) e determina, assim, o deferimento de *analogia* (LINDB, art. 4º) em hipóteses tais;

(ii) a **citação** das Rés para que, caso queiram, respondam aos termos da presente demanda;

(iii) seja, ao final, julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE** a presente ação, para que:

(iii.1) sejam condenadas solidariamente ambas as Rés, por **dano moral coletivo** (dano moral *difuso*, por dano emergente, ou dano moral **coletivo em sentido estrito**, por perda de uma chance, cf. supra), em valor **não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)**, a ser **revertido nos termos do art. 13 da Lei n.º 7.347/1985**, para *fundo a ser gerido por Conselho Federal ou Estadual, a ser composto necessariamente por integrantes do Ministério Público e da comunidade*, no caso, de lideranças dos Movimentos de Travestis, Transexuais (mulheres

transexuais e homens trans), Intersexos (homens e mulheres) e Pessoas Não-Binárias, por serem as coletividades efetivamente vítimas do dano moral coletivo em questão, *necessariamente* para o enfrentamento e a prevenção da transfobia e do cissexismo que assolam a sociedade (cf. definições do item 2.1, supra);

(iii.2) seja a Corré UNILAB condenada em **obrigação de fazer, com tutela de urgência deferida em sentença, afastando-se o efeito suspensivo de eventual apelação**, consistente na elaboração de novo programa de ação afirmativa, por intermédio de cotas universitárias em favor das pessoas travestis, transexuais, intersexos e não-binárias, no mesmo número de vagas e nas mesmas (ou melhores) condições do seu Edital n.º 29/2019 (além de ser condenada solidariamente, junto à Corré União Federal, em dano moral coletivo, cf. item 2.3, supra);

(iii.3) seja a Corré União Federal condenada em **obrigação de não-fazer, também com tutela de urgência deferida em sentença, afastando efeito suspensivo de eventual apelação**, consistente em se abster de, por intermédio do Ministério da Educação (MEC) ou qualquer outra instância ou forma, interferir na autonomia universitária das Universidades Federais, proibindo-lhe de determinar “suspensão”, “anulação” e qualquer outra forma de embaraço a programa de ações afirmativas em geral (não só “cotas”), em favor de minorias e grupos vulneráveis em geral, relegando-se eventual opinião da Corré União Federal sobre suposta “ilegalidade”, “inconstitucionalidade” ou “inconvencionalidade” de programas tais apenas pela via jurisdicional repressiva, ou seja, por ação judicial *ex post facto*, e não pela verdadeira *censura* que perpetrou neste caso.

Protesta provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, sem exceção, especialmente pela prova documental ora anexada.

Requer-se que todas as intimações relativas ao presente feito sejam efetivadas em nome do advogado **Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (OAB/SP n.º 242.668)**, sob pena de nulidade.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.
De São Paulo para Resende, 05 de agosto de 2019.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
OAB/SP n.º 242.668