



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**A ANÁLISE DA ADPF 457 FACE À INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI  
MUNICIPAL 1.516/2015: DA IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO DIREITO  
FUNDAMENTAL**

ORIENTANDA: AMANDA DE PAULA CHAVES

ORIENTADORA: PROF<sup>a</sup> DR<sup>a</sup>. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MÓI

GOIÂNIA

2021

AMANDA DE PAULA CHAVES

**A ANÁLISE DA ADPF 457 FACE À INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI  
MUNICIPAL 1.516/2015: DA IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO DIREITO  
FUNDAMENTAL**

Artigo científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.<sup>a</sup> Orientadora: Dra. Fernanda de Paula Ferreira Mói

GOIÂNIA

2021

AMANDA DE PAULA CHAVES

**A ANÁLISE DA ADPF 457 FACE À INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI  
MUNICIPAL 1.516/2015: DA IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO DIREITO  
FUNDAMENTAL**

Data da Defesa: 31 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Fernanda de Paula Ferreira Mói

Nota

---

Examinador Convidado: Prof.<sup>a</sup> Dra. Fernanda da Silva Borges

Nota

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| RESUMO .....   | 4  |
| INTRODUÇÃO.....  | 4  |
| 1. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA IDENTIDADE DE GÊNERO E O PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA .....   | 7  |
| 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DA RELEVÂNCIA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL..... | 14 |
| 3. A ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 457.....  | 21 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS.....  | 30 |
| REFERÊNCIAS .....  | 32 |

# A ANÁLISE DA ADPF 457 FACE À INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL 1.516/2015: DA IDENTIDADE DE GÊNERO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Amanda de Paula Chaves<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo, de natureza teórica, tem por objetivo analisar as diversas possibilidades de manifestações de gênero e as consequências do seu reducionismo. Toda a pesquisa é submetida ao crivo da identidade de gênero enquanto um direito fundamental amparado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A partir da declaração de inconstitucionalidade da Lei 1.516/2015 por meio da ADPF 457, verifica-se a ingerência do Poder Legislativo, o qual limita a liberdade através do conceito de legalidade. Nesse sentido, discute-se a importância do controle de constitucionalidade para a supremacia constitucional e defesa dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito. Destaca-se ainda, o retrocesso impulsionado pela lei impugnada, a qual desqualifica a pluralidade e incentiva práticas polares, desiguais, preconceituosas e excludentes, demonstrando a premência da discussão desse assunto nas Escolas e na sociedade, a fim de reconhecer as diversas performances de gênero e viabilizar uma evolução concomitante entre o Direito e a sociedade. Para tanto, desenvolve-se um levantamento bibliográfico e um estudo de caso por meio da aplicação o método hermenêutico e a hermenêutica constitucional, valendo-se da técnica de interpretação axiológica para compreender os valores sociais e os fundamentos jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** gênero; dignidade; controle de constitucionalidade; Lei 1.516/2015; ADPF 457.

## INTRODUÇÃO

O artigo científico se desenvolve a partir da análise da Lei 1.516/2015, a qual proíbe a divulgação de material didático com referência a “ideologia de gênero” nas escolas municipais do Novo Gama (GO). Com efeito, aprofunda-se o estudo por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, a qual declara a

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

inconstitucionalidade da lei mencionada, elucidando a importância do controle de constitucionalidade para o reconhecimento da identidade de gênero enquanto um direito fundamental.

Nesta senda, os objetivos do artigo se formalizaram através da análise da importância do conceito de identidade de gênero para o reconhecimento das diversas possibilidades de expressão da sexualidade e dos gêneros, da abrangência do Princípio da Dignidade Humana e da aplicação do controle concentrado de constitucionalidade para garantia da supremacia constitucional e defesa dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Nortear a pesquisa sob a ótica da identidade de gênero, tem como escopo desmistificar os tabus de uma ordem conservadora e desconstruir a lógica heteronormativa que rege a sociedade e, neste caso, o Direito. *In casu*, resta-se demonstrado o preconceito sutil mascarado pela censura prévia, a qual deturpa, implicitamente, a finalidade da Escola como instituição aberta e livre para debates e críticas, bem como desresponsabiliza o Estado em garantir às minorias marginalizadas o direito à saúde, à igualdade, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social e muitos outros.

A realização desta pesquisa funda-se no método hermenêutico e na hermenêutica constitucional, valendo-se da técnica de interpretação axiológica para desenvolver a relação entre a interpretação constitucional e a concretude dos fatos, de modo que aquela estaria condicionada a evolução social, possibilitando a compreensão dos valores sociais intrínsecos ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesta senda, a metodologia se desenvolve por meio do levantamento bibliográfico, através da consulta em materiais publicados, como, livros, artigos científicos, teses etc. Assim como, ampara-se no estudo de caso da Lei 1.516/2015 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, as quais subsidiam a construção de conceitos e ideias importantes para a compreensão do tema.

O principal referencial teórico utilizado é a obra *O Segundo Sexo* (2009), de Simone de Beauvoir, importante referência teórica para o feminismo. Segundo a autora, pesa sobre os indivíduos um destino fisiológico, a partir do qual os corpos se submetem aos tabus, normas sociais e papéis destinados a cada gênero. Nesse

sentido, as pessoas tornam-se produtos artificiais fabricados pela civilização, condicionados a um processo histórico que elabora o que é tido como aceitável aos modelos de masculinidade e feminilidade, criando padrões culturais e sociais de comportamentos “adequados” para cada gênero, o que acaba por legitimar os estereótipos construídos.

A partir disso, a primeira seção aborda a construção social do gênero na perspectiva de Simone de Beauvoir e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, explanando o conceito de identidade de gênero e a necessidade de seu reconhecimento enquanto um direito fundamental. Observa-se ainda, o reflexo da dignidade humana no ordenamento jurídico pátrio, mormente no que se refere à identidade de gênero, utilizando como vetor de interpretação a sua condição de meta-princípio.

A segunda seção discorre sobre a supremacia da Constituição Federal e o controle de constitucionalidade, especificadamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Essa seção reconhece a supremacia constitucional como fundamento de validade para todo sistema jurídico positivado e, como consequência, sua importância para o controle de constitucionalidade, o qual fiscaliza a validade e a conformidade das leis e atos do Poder Público à vista de uma Constituição rígida.

No mesmo diapasão, a terceira seção discute de forma pormenorizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, demonstrando os fundamentos utilizados para declarar a inconstitucionalidade total da Lei 1.516/2015. Como consequência, constata-se os reflexos das práticas opressoras e discriminatórias na sociedade e nas Escolas, demonstrando a ingerência do Poder Legislativo e a desresponsabilização da Escola como espaço de construção da cidadania e compreensão dos direitos humanos.

Nesse sentido, depreende-se que para se garantir o gozo pleno dos direitos humanos e fundamentais torna-se necessário questionar os padrões conservadores, preconceituosos e absolutos impostos pelo juízo particular de realidade, viabilizando uma evolução concomitante entre o Direito e a sociedade e uma produção normativa compatível com a dignidade humana, ratificando que nenhum destino biológico pode definir o que é ser “homem” ou “mulher e, por isso, é impreterível reconhecer a expressão do gênero em suas mais variadas manifestações, cumprindo o dever

fundamental de tratamento igualitário e digno a todos.

## **1. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA IDENTIDADE DE GÊNERO E O PRÍNCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Finalmente, uma sociedade não é uma espécie: nela, a espécie realiza-se como existência; transcende-se para o mundo e para o futuro; seus costumes não se deduzem da biologia; os indivíduos nunca são abandonados à sua natureza; obedecem a essa segunda natureza que é o costume e na qual se refletem os desejos e os temores que traduzem sua atitude antológica. Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que ele se valoriza. E, diga-se mais uma vez não é a fisiologia que pode criar valores. Os dados biológicos revestem os que o existente lhes confere. (BEAUVOIR, 2009, p. 69)

Simone de Beauvoir, filósofa francesa feminista, desenvolve em sua obra, *O Segundo Sexo* (2009), ideias que ensejam a construção do conceito de identidade de gênero. A partir disso, se torna possível entender como a conjuntura social norteia a legitimação de valores tradicionais e conservadores. Valendo-se dos ensinamentos de Hans Kelsen (1998) relativos ao conceito de norma e valor, depreende-se como o valor em sentido subjetivo constrói um juízo particular de realidade, limitando a aprovação ou desaprovação de uma conduta humana ao desejo de determinado indivíduo, e não a norma considerada objetivamente válida.

Nesta senda, Beauvoir aponta o sexo como um fato biológico, mas considera o caráter compulsório das apresentações sociais do gênero, demonstrando como o sujeito se submete ao caráter absoluto das regras sociais, condicionando seus próprios valores ao destino imposto por suas características fisiológicas.

Entende-se por gênero a base material da identidade e da construção social do caráter humano, nessa acepção, a identidade de gênero se constrói por meio da autoimagem do indivíduo, ou seja, o juízo que faz de si mesmo, independentemente, de seu sexo biológico. No entanto, conforme preleciona Beauvoir (2009), as pessoas se mostram confinadas a seu sexo biológico por meio de uma instituição social compulsória.

No tocante a essa compulsoriedade, nota-se uma premissa linear do sexo

biológico sobre a apresentação social do que implica ser homem ou mulher, exigindo-se um alinhamento de condutas aos estereótipos sociais naturalizados e legitimados para cada gênero.

Cabe destacar que o gênero designa tanto um processo de construção de identidade, quanto de construção cultural, pois, o sujeito norteia-se pelos padrões socialmente impostos. Assim, a identidade pessoal do indivíduo se predefine a partir de um parâmetro tido como normal e correto, devendo se ajustar ao determinismo cultural. Com isso, toda manifestação passa a ser valorada e classificada segundo critérios de adequação, conforme preconiza Beauvoir.

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino. (BEAUVOIR, 2009, p. 361)

As manifestações possíveis entre corpos biológicos e performances sociais de gênero ultrapassam a dualidade “homem” e “mulher”. Contudo, a naturalidade da norma binária assume sua relevância por meio da construção social de tais definições. Assim, a imperiosa autoridade moral delibera perfeita conformidade entre sexo e gênero, legitimando-se como norma implícita que ordena o padrão de conduta social, possibilitando apenas uma reprodução reiterada dos modelos estabelecidos.

O significado imposto aos valores atribui à condição humana um aspecto determinado e imutável, segundo o qual toda a sociedade deve se curvar, negando as individualidades e acatando o binarismo do órgão sexual, o qual determina a construção da ideia de gênero. Contudo, uma análise pormenorizada permite identificar que não é o destino anatômico que dita as experiências, mas sim os imperativos morais, uma vez que já se encontram prefixados.

O mundo social constrói corpos como depositários de visão e divisão sexuais, por isso, desde a primeira infância os costumes impõem tratamentos diferenciados para “meninas” e “meninos”, escravizando as mulheres às regras da “decência” e os homens à legitimação de sua “virilidade”. Assim, retira-se a autonomia do indivíduo para torná-lo um produto artificial fabricado pela sociedade.

Isso é admitir que a mulher de hoje é uma criação da natureza; cumpre repetir mais uma vez que nada é natural na coletividade humana e que, entre outras

coisas, a mulher é um produto elaborado pela civilização; a intervenção de outrem em seu destino é original; se essa fosse dirigida de outro modo, levaria a outro resultado. A mulher não se define por seus hormônios nem por misteriosos instintos e sim pela maneira porque reassume, através de consciências alheias, o seu corpo e sua relação com o mundo. (BEAUVOIR, 2009, p. 928)

A premissa de validar os preceitos e comportamentos considerados apropriados a cada sexo, bem como produzir homens e mulheres “de verdade”, decorre da ideia de que masculinidades e feminilidades se constroem não só distintamente, mas, também por meio de uma negação, corroborando que ser uma coisa implica, necessariamente, não ser a outra.

A perpetuação dessa ideia está na sujeição das pessoas à espécie, à educação e aos costumes, uma vez que anuindo com seu destino assume, como verdade absoluta, seu estereótipo delineado socialmente, o qual passa a ditar e reger suas atitudes. Essa passividade renúncia, então, a autonomia e faz do sujeito um objeto a ser manipulado pela maioria dominante, tolhendo a liberdade e fomentando esse ciclo vicioso que exclui inúmeras possibilidades de derivação do gênero.

Nesta matéria, prevalece o silêncio sobre a diversidade, uma vez que o falso pressuposto de naturalização de heteronormatividade desqualifica a pluralidade e incentiva práticas excludentes, polares e desiguais, que obstam o sentimento de pertencimento e a vivência do gênero discordante da anatomia biológica.

Aqueles que ousam divergir da regra, vivenciando um gênero destoante daquele supostamente determinado pelo seu sexo biológico, encontram resistências severas da família, da sociedade e do próprio Estado, ora laico e igualitário, os quais demonstram total desconforto perante a descaracterização de seus valores. Assim, os gostos e aspirações individuais submetem-se à um regime opressor que se potencializa por meio do sexismo e do machismo.

A moralidade pessoal e privada passa a conduzir as regras de vivência por meio de um discurso autoritário, que submete todos os atos ao crivo dos valores dominantes. Conquanto, a transmutação desses valores é imprescindível em um mundo cujas fronteiras são conservadoras e com tamanhas objeções ao desalinhamento da sequência sexo-gênero-sexualidade.

Cabe elucidar que os tabus envolvendo um assunto tão silenciado pela

moral e bons costumes estimulam a criação e a propagação de conceito errôneos como, por exemplo, “ideologia de gênero”. O conceito mencionado faz alusão a uma espécie de doutrinação sexual, que deturpa os valores convencionais e induzem a escolha da opção sexual e do gênero de cada indivíduo. A partir disso, assume uma carga pejorativa, que reputa a conversão das pessoas à homossexualidade. Tal premissa obsta a discussão do tema de forma clara e livre de preconceitos, uma vez que enseja um pânico moral, afastando o real escopo do debate, qual seja, a reflexão crítica, o reconhecimento e o respeito de todas as pessoas, independentemente, do gênero ou da sexualidade.

Trata-se, portanto, de desconstruir preceitos que aprisionam a manifestação de laços amorosos não-heterossexuais e performances sociais de gênero não consonante com os parâmetros cristalizados na legítima diferença biológica dos sexos, a fim de assegurar a igualdade e a dignidade das pessoas que vivenciam a sexualidade e o gênero de modo dissonante ao padrão “normal”, viabilizando a redefinição de conceitos e arranjos de construção identitária, de modo a desconstruir o reducionismo homem/mulher condicionado pelos estereótipos sociais.

Em suma, a identidade de gênero reflete como a pessoa se sente e se percebe em relação ao seu gênero, avocando consciência sobre si e viabilizando a adaptação do seu corpo à imagem de gênero que tem de si mesmo. Tal imagem não está estagnada, pois, em tese, todos teriam a liberdade de conduzir comportamentos e aparências visando o autorreconhecimento e ao reconhecimento social.

Assim, a consolidação de sua identidade se perfectibiliza por meio da exteriorização do sentimento de identificação e pertencimento a um conceito construído sobre sua individualidade, assumindo a vivência plena daquilo que reputa consonante a autoimagem desenvolvida, pois, todo indivíduo depende do reconhecimento intersubjetivo para se autorrealizar.

Contudo, a expressão desse gênero, ou seja, as características utilizadas para manifestar a forma que melhor representa o indivíduo, quando destoante do “natural” provoca certo repúdio social, o que conduz essas pessoas a viverem às margens de uma sociedade tida como Democrática. Mas onde estaria a Democracia perante as diferenças? Acata-se a limitação que restringe o que é “ser” humano,

afastando-o enquanto sujeito de direito e assumindo uma realidade estagnada incapaz de reconhecer as diversas possibilidades de manifestações individuais. A partir disso, corrompe-se o desenvolvimento digno da personalidade humana por meio da violência física, psicológica e simbólica, violando, sistematicamente, inúmeros direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são entendidos como conjunto de direitos e garantias constitucionalmente edificados em prol da proteção da dignidade humana, da qual decorre valores constitucionais, como, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e ao pleno desenvolvimento da personalidade, elementos mínimos indispensáveis ao desenvolvimento do cidadão. Nestes termos, George Marmelstein assevera que direitos fundamentais

são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2008, p. 20)

Destaca-se que os direitos fundamentais caucionam a construção e a aplicação dos demais direitos positivados. Contudo, não se limita ao reducionismo de uma verdade absoluta, estando em constante processo de reconstrução, tendo em vista que sua fundamentação decorre de uma Constituição também mutável.

Igualmente importantes para o desenvolvimento dos valores estruturantes do Estado, são os princípios, ora, entendidos como postulados normativos interpretativos que assumem uma condição de norma jurídica vinculante. Mormente, tido como fundamento do Estado Democrático de Direito e elencado na Constituição Federal no artigo 1º, III, tem-se a dignidade da pessoa humana.

Tal princípio foi edificado à condição de meta-princípio, de modo que reflete uma hierarquização axiológica de valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais. Consonante essa ideia tem-se o imperativo categórico kantiano, segundo o qual todos devem ser tratados como fim em si mesmo, nunca como meio para atender outros interesses, assim, é impreterível garantir um tratamento moral condizente e igualitário que legitime a singularidade de cada um. A partir disso, o princípio aludido assume uma postura de vetor essencial aos direitos fundamentais, dotado de uma normatividade meta-jurídica, ou seja, moralizante.

A função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico. (SARLET, 2002, p.106)

Nesse sentido, a dignidade humana assume tanto uma explicação moral quanto um fundamento normativo. A partir do núcleo essencial de sentido, Barroso (2019) estabelece os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário.

O valor intrínseco constitui o elemento ontológico da dignidade, ratificando a posição fundamental da pessoa humana no mundo, reconhecendo sua condição singular que se sobrepõe aos demais seres vivos e justificando o próprio direito à vida. Nesse sentido, todas as pessoas merecem igual apreço, independentemente, da expressão de seu gênero.

A dignidade como autonomia se constrói através do exercício da autodeterminação do indivíduo, o qual passa a desenvolver livremente sua personalidade, assumindo o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Dessa forma, é imprudente assumir o controle das decisões da vida privada dos indivíduos, impondo-lhes os meios “corretos” de se vivenciar a sexualidade.

O valor comunitário representa o elemento social da dignidade humana, delineando os valores partilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios e seu modelo de “vida boa”. Com efeito, destina-se a proteção da moral social compartilhada, contudo, a imposição coercitiva de valores sociais pode formalizar práticas excludentes que promovem a opressão das minorias e extingue, conseqüentemente, seus direitos fundamentais.

Assim, depreende-se que a dignidade é um valor inerente à pessoa, que atua como referência normativa à proteção da autonomia humana, assegurando a autodeterminação consciente e responsável, constituindo-se um mínimo impreterível que todo ordenamento jurídico deve assegurar, corroborando a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. A partir disso, infere-se que todo ser humano, independentemente da identidade de gênero, possui dignidade humana, intrinsecamente ligada à sua condição de sujeito de direitos. Nesse sentido,

Ingo Wolfgang Sarlet preleciona que dignidade é uma

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62)

Percebe-se, que todo ordenamento jurídico passa pelo crivo da dignidade humana, sendo notório seu reflexo no direito à liberdade. Pois, a liberdade, enquanto autonomia capaz de nortear escolhas a partir da razão, oferece ao cidadão a possibilidade de formular e expressar juízo sobre si mesmo e sobre o mundo que o circunscreve, criando e vivendo sob suas próprias convicções éticas e morais. Assim, a limitação dessa liberdade se submete apenas a seara da legalidade no tocante à ilicitude das condutas, não cabendo ao Estado ou à sociedade rotular pensamentos e atitudes como válidas e corretas, como tem ocorrido por meio da “ideologia de gênero”.

No que tange ao direito à igualdade, é cediço que os fatores de discriminação promovem uma ruptura na ordem isonômica e, conseqüentemente, na dignidade humana. A partir disso, a minoria passa a ser vítima de preconceito e ódio, em razão de seus traços distintivos, como no caso do gênero destoante do sexo biológico, extirpando dos indivíduos a igualdade perante a lei e ensejando um tratamento seletivo. No entanto, a dignidade da pessoa humana assenta-se tanto no direito de proteção individual, quanto no dever de tratamento igualitário dos semelhantes, consonante a essa ideia lecionada Alexandre de Moraes

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p.65)

A análise pormenorizada de tal instituto no que concerne aos conflitos sociais decorrentes da luta pelo reconhecimento da identidade de gênero, permite

identificar a ofensa desse princípio constitucional, em razão da aversão e da repulsa sofrida, por exemplo, pelos transexuais, devido sua disforia entre o gênero e o sexo, e pelos travestis, em virtude da discrepância do seu visual com o seu sexo biológico. A consequência imediata dessa situação é a privação de direitos fundamentais, que extirpa desses indivíduos o status de membro da sociedade, colocando-os em condição de inferioridade e negando-lhes o reconhecimento de sua identidade.

Nota-se, que a sexualidade humana, ainda que respaldada pelas garantias constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade humana, afasta o direito positivado para acatar uma moral questionável que externaliza comportamentos padronizados de um mundo bipartido em masculino e feminino, inviabilizando qualquer questionamento divergente do preestabelecido. Essa circunscrição social motivada pela imposição da heteronormatividade faz com que os indivíduos que não se compreendem nessa dicotomia, sexo e gênero harmônicos, sejam tratados de formas diferentes e em sua maioria, marginalizados.

A partir disso, verifica-se uma flexibilização, uma relativização e uma subordinação da dignidade da pessoa humana em prol dos valores conservadores, ora, positivados pelo preconceito enclausurado que estigmatiza em nome de uma falsa moralidade, sustentando seus fundamentos na religião e no patriarcalismo, uma espécie de comunidade valorativa que estabelece os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas.

Destaca-se, que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, pois, nos Estados onde não houver a primazia e o respeito desses direitos, a verdadeira Democracia inexiste.

Por conseguinte, o Estado deve assegurar o acesso ao conhecimento dos direitos de personalidade e de identidade, como forma de garantir a liberdade de expressão do gênero em suas mais variadas manifestações. Pois, todas as pessoas têm idêntico valor intrínseco, logo, merecem igual respeito e consideração, sendo impreterível o reconhecimento da identidade de gênero como meio de se alcançar a igualdade perante as diferenças.

## **2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA DA**

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DA RELEVÂNCIA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL<sup>2</sup>

A Teoria Pura do Direito, obra de Hans Kelsen, declara a existência de uma estrutura escalonada na ordem jurídica, enaltecendo a Constituição Federal como fundamento de validade para todo sistema jurídico positivado e condicionando a realidade política e social do Estado, a hierarquia e a superioridade de sua força normativa.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1998, p. 155)

Destarte, a Constituição Federal de 1988, dotada de supremacia formal e axiológica, representa o crivo pela qual passa todo ordenamento jurídico, partindo dessa premissa toda apreciação jurídica é também uma interpretação constitucional. Assim, o êxito das normas infraconstitucionais depende da preservação dos fins constitucionais.

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2016, p. 23)

Neste mesmo contexto, evidencia-se o fato de que o reconhecimento da superioridade da Constituição Federal face às demais normas vigentes no acervo jurídico é pressuposto de existência do controle de constitucionalidade em quaisquer de suas modalidades, sendo este o instrumento jurídico mais relevante e adequado a

---

<sup>2</sup> Trata-se de uma delimitação metodológica, pois, considerando o objeto desta pesquisa, esta seção abordará somente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, embora ciente dos outros meios significativos utilizados para o controle de constitucionalidade.

garantir a superioridade da Carta Magna.

Partindo-se dessa premissa, o Estado Democrático de Direito se sustenta por meio da supremacia constitucional, a qual legitima direitos individuais e sociais por meio de um vetor de validade para as normas jurídicas positivadas no Estado. Contudo, para manter a hierarquia da Constituição Federal e invalidar todos os atos que violem os preceitos constitucionais tornou-se necessário o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade, averiguando a conformidade das leis e atos do Poder Público à vista de uma Constituição rígida. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade surge para

garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou a adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar. (FERNANDES, 2018, p. 1515-1516)

Assim, o controle de constitucionalidade legitima um complexo destinado a apurar possíveis irregularidades, materializadas pela ameaça ou lesão dos princípios e regras do Estado Constitucional. Como consequência, esse sistema assegura a estabilidade e a preservação das normas constitucionais, proporcionando a defesa da Carta Magna através da prevenção e repressão de prováveis inconstitucionalidades.

Vislumbra-se o entendimento de Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) para se desenvolver uma análise pormenorizada deste instituto, elencando os pressupostos do clássico controle de constitucionalidade. Em regra, demanda-se a Constituição formal e rígida, o entendimento da Constituição como norma jurídica fundamental, a existência de um órgão dotado de competência para realização da atividade de controle e a sanção para a conduta realizada contra a Constituição. Tais exigências são fundamentais para alinharem a parametricidade entre a Constituição Federal e a Legislação Infraconstitucional.

No que tange a Constituição formal, verifica-se um conjunto normativo de princípios e regras escritas e positivadas, constituindo um documento estruturalmente visível. Cabe salientar que a força normativa da Constituição Federal também fiscaliza a conformidade das leis e atos do Poder Público à vista de uma Constituição rígida. Assim, a relação hierárquica entre o sistema normativo se perfectibiliza por meio da

rigidez constitucional que elege um processo especial e solene de produção e alteração das leis constitucionais, ora, submetidas a requisitos mais severos quando comparado ao processo legislativo usual. Nesse sentido, Márcio Augusto Vasconcelos Diniz preleciona que

A rigidez constitucional radica, em primeiro lugar, na ideia de estabilidade da Constituição: ela não pode ser alterada de acordo com o mesmo procedimento aplicado às leis ordinárias e reclama mecanismos mais solenes e uma forma mais difícil, os quais devem estar previstos em seu próprio texto. (DINIZ, 2002, p.102)

Nesta senda, afasta-se a possibilidade de alteração de uma norma constitucional por uma lei ordinária, exigindo um gravoso processo legislativo de alteração para, assim, sobrelevar e resguardar a Constituição enquanto documento fundante do Estado. Sinteticamente, a rigidez impossibilita a alteração das normas constitucionais pelo mesmo modo utilizado nas normas infraconstitucionais. Com efeito, todo ordenamento deve extrair dela seu fundamento de validade.

Seguindo pela premissa de um ordenamento jurídico hierarquizado é impreterível que a Constituição assuma um caráter de norma jurídica fundamental para legitimar a validade de todo acervo jurídico e compor um dos pressupostos no plano lógico jurídico.

Outro pressuposto é a exigência de um órgão dotado de competência para realização da atividade de controle constitucionalidade sob o fundamento de vincular todos a essa decisão. Cabe elucidar que o controle de constitucionalidade está submetido à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal.

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional. (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/02)

Ademais, a sanção para a conduta realizada contra a Constituição também se mostra imperiosa, pois, visa coibir supostas práticas que violem a norma suprema, evidenciando o poder coercitivo e obrigatório decorrente da supremacia, o qual invalida leis para garantir a segurança das relações jurídicas.

Um dos escopos do controle de constitucionalidade é conter os excessos e abusos de poder, garantindo os direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, como no caso das performances sociais de gênero divergentes do sexo biológico. Assim, torna-se impreterível que o Poder Estatal coadune com os valores materiais compartilhados pela sociedade, sendo inidôneo impor interesses e crenças pessoais em face da coletividade.

Assim, a subordinação formal, procedimental e substancialmente de todo ordenamento jurídico, bem como de todo Poder Público, ao parâmetro constitucional, visa garantir a integridade e a validade das normas infraconstitucionais, evitando possíveis desvios de poder. Neste sentido, Márcio Augusto Vasconcelos Diniz ressalta que

O sentido político do princípio da supremacia constitucional implica que todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição e deve se realizar de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos. [...] o sentido jurídico outorga à Constituição o caráter jurídico de norma suprema do ordenamento jurídico, diferenciando-a das normas provenientes da legislação ordinária, editadas em função das competências, procedimentos e conteúdos nela estabelecidos. (DINIZ, 2002, p.100)

A relevância da Constituição Federal enseja a construção de um vetor a ser seguido pelo Poder Público e pelos particulares, delimitando a interpretação, a aplicação e a atuação das normas infraconstitucionais. A partir disso, as normas constitucionais estabelecem mecanismos específicos de defesa contra eventuais desvios perpetrados pelos outros centros de produção normativa. *In casu*, o controle de constitucionalidade se formalizou por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,

Espécie de controle concentrado no STF, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição. (FERNANDES, 2018, p. 1652)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental regulamentada por meio da Lei 9.882/99, apresenta como rol de legitimados ativos aqueles previstos para o ajuizamento da Ação Direta e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Oportuno notar, que o art. 1º da referida Lei prevê seu cabimento tanto para ser evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público, quanto nas hipóteses de restar configurada relevante controvérsia constitucional derivada da aplicação de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição Federal de 1988.

A partir disso, para continuidade do estudo é imprescindível conceituar o termo “preceitos fundamentais”. Segundo corrente doutrinária majoritária e entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de inexistir hierarquia jurídica dentro da norma constitucional, alguns preceitos fundamentais constantes na Constituição se sobrelevam, em razão do seu caráter estrutural e axiológico.

Neste sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes constrói o seguinte conceito

os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presentes na Constituição formal. Em síntese, definimos eles como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas na Constituição. É claro que dentre os preceitos fundamentais, não se inclui apenas dispositivos expressos no texto constitucional, mas também as prescrições que estão alocadas de forma implícita na Constituição, desde que consideradas preceitos fundamentais. (FERNANDES, 2018, p. 1653)

Superada a questão quanto à conceituação de preceitos fundamentais, infere-se que a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457 adota um modo de controle por via de ação, cujo objeto principal é analisar a constitucionalidade da Lei 1.516/2015, elencando todos os preceitos fundamentais violados, análise que será realizada na próxima seção.

Em suma, considerando a força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico poderá perdurar se estiver em inconformidade com a Constituição Federal, seja essa violação decorrente da inobservância do procedimento legislativo pertinente a elaboração da norma, parâmetro formal, seja referente ao conteúdo antagônico da norma infraconstitucional, parâmetro material.

Dessa forma, considerando os fatores reais que imperam na realidade, torna-se inadmissível a legitimação de valores conservadores e preconceituosos que inviabilizam o reconhecimento das diversas práticas sexuais e manifestações de gênero. Pois, a desqualificação da pluralidade social despreza a força ativa constitucional, extirpando os direitos fundamentais das minorias e fomentando as irregularidades na regência do Estado Democrático.

O Estado Democrático pode ser definido como aquele que se estrutura e manifesta as suas funções segundo os postulados da soberania nacional, igualdade, liberdade, segurança jurídica, devido processo legal, oposição política institucionalizada e respeito aos direitos das minorias; sempre com base na lei e observando as garantias que atendam substancialmente ao interesse do povo, como os direitos mínimos (direitos fundamentais da pessoa). Essas garantias impedem que o Estado, por exemplo, seja por meio do Poder Legislativo, editando leis, seja por meio do Poder Executivo, através dos seus atos administrativos, ou, ainda, por meio do Poder Judiciário, através da função julgadora, fomente a insegurança jurídica, restrinja abusivamente as liberdades dos indivíduos ou deixe de assegurar os direitos das minorias. (SIMÃO, 2015)

Ante o exposto, infere-se que a Constituição consagra unidade ao sistema jurídico através da propagação de sentido e valor às normas infraconstitucionais, responsabilizando-se pela harmonia e estruturação dos critérios de interpretação e aplicação do Direito. Portanto, a corporificação da violência na manipulação do discurso de “ideologia de gênero” representa um processo retrógrado que desconsidera os preceitos valorativos da norma fundamental, ameaçando a força ativa e vinculante da Constituição.

Contudo, o Direito não pode se fundamentar na prática legislativa consentida aos sistemas morais, seu referencial deve ser a supremacia constitucional, vinculando-se as premissas dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a fim de reestabelecer a ordem social, recorre-se ao controle de constitucionalidade, edificando uma segurança jurídica dotada de imperatividade, a qual impede que o Estado restrinja abusivamente as liberdades dos indivíduos ou deixe de assegurar os direitos das minorias.

Por fim, vislumbra-se o entendimento de Barroso para compreender que a efetividade da Constituição Federal relaciona o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social, possibilitando a máxima eficácia constitucional perante uma realidade social submetida às constantes mudanças. Com efeito, as leis não podem

ser enclausuradas a um ideal absoluto, mas sim compreendidas em sua dimensão histórica, assegurando a atualização legislativa diante da evolução social.

### **3. A ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 457**

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 1.516/2015 DO MUNICÍPIO DE NOVO GAMA – GO. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE MATERIAL COM INFORMAÇÃO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO EM ESCOLAS MUNICIPAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA LEGISLATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 22, XXIV, CF). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ATINENTES À LIBERDADE DE APREENDER, ENSINAR, PESQUISAR E DIVULGAR O PENSAMENTO A ARTE E O SABER (ART. 206, II, CF), E AO PLURALISMO DE IDEIAS E DE CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS (ART. 206, III, CF). PROIBIÇÃO DA CENSURA EM ATIVIDADES CULTURAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, CF). DIREITO À IGUALDADE (ART. 5º, CAPUT, CF). DEVER ESTATAL NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À DESIGUALDADE E À DISCRIMINAÇÃO DE MINORIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL RECONHECIDAS. PROCEDÊNCIA. (ADPF 457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

Primeiramente, cabe elucidar que o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 preleciona que “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Logo, a ADPF assume um caráter subsidiário e residual, sendo inadmissível sempre que couber outro meio para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceito fundamental.

Por isso, inicialmente, o Ministro Relator Alexandre de Moraes negou seguimento à ADPF 457, em atenção ao Princípio da Subsidiariedade. Nesta senda, o Ministro Celso de Mello reputou pela possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º). Contudo, em sede de Agravo Regimental relatou-se a existência de legislações semelhantes à norma impugnada, o que teria suscitado entendimentos conflitantes entre os Tribunais.

A partir disso, a decisão extintiva foi reconsiderada, sendo reconhecido o requisito da subsidiariedade, em razão do relevante fundamento da controvérsia

constitucional, a qual envolve uma matéria que não se limita ao âmbito territorial do Município de Novo Gama – GO, havendo outras produções normativas a respeito da proibição da discussão sobre questões de gênero dentro das Escolas.

Por fim, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457 proposta pelo Procurador-Geral da República, com pedido de medida cautelar, foi julgada procedente por unanimidade para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO).

Cabe salientar que Advogado-Geral da União manifestou-se pela inconstitucionalidade formal da lei pelo fato de o Município ter-se apoderado de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, conforme disposto no art. 22, XXIV, da CF. Entretanto, anunciou a constitucionalidade material da lei municipal, declarando que as atividades de ensino que envolvem crianças e adolescentes devem considerar a sua fase de desenvolvimento psíquico e intelectual.

Destarte, a inconstitucionalidade formal da lei supracitada é incontestável, em razão do vício no processo de produção normativa, considerando o descumprimento das regras de competências, uma vez que houve a transgressão da competência suplementar delegada aos Municípios nos art. 24, IX e 30, II, CF/88, pois, trata-se de competência privativa da União (art. 22, XXIV, da CF) legislar sobre matéria referente a educação nacional, devido a necessidade de tratamento uniforme das diretrizes e bases da educação nacional.

No entanto, o debate sobre a inconstitucionalidade material ainda se mostra controverso, em razão da insegurança quanto a extensão dos princípios relacionados ao ensino como, por exemplo, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF/88) e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88). A partir disso, questiona-se a validade da censura em atividades culturais em geral e, conseqüentemente, a proibição da liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF).

Ocorre que, a estatização e o monopólio de ideias decorrentes da censura prévia promovem a conseqüente extinção da Democracia. Nesse sentido, a vigência da lei se mostra inapropriada e desproporcional ao núcleo ideológico constitutivo do Estado. Nessa acepção, o Ministro Relator Alexandre de Moraes preleciona na ADPF

457 que

os Municípios não dispõem de competência legislativa para a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologias de ensino ou modos de exercício da atividade docente. A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local, jamais justificaria a edição de proibição à conteúdo pedagógico, não correspondente às diretrizes fixadas na Lei 9.394/1996. (ADPF 457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

Segundo previsão expressa do art. 6º combinado com o art. 205 da Constituição Federal o direito à educação é um direito social de todos e um dever do Estado em atuar permanentemente em prol da promoção social. Assim, partindo do propósito de garantir o desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, bem como analisando o caso sob o prisma do meta-princípio da dignidade da pessoa humana, a educação pode ser interpretada como um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, destaca-se o teor da lei impugnada para uma análise pormenorizada do caso. O texto da Lei 1.516/2015 demonstra cabalmente as injustiças sustentadas nas diferenças sexuais, nos credos únicos, nas verdades absolutas, no preconceito e na discriminação. A partir disso, desconstrói-se o processo democrático de um Estado de Direito, inviabilizando a manifestação do “outro” e fomentando a desídia do Poder Público, o qual queda-se inerte perante a evolução da sociedade, optando pela manutenção de valores retrógrados no que tange ao gênero e à sexualidade.

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

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

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

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

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

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

Infere-se ainda que, a lei supracitada nega a autonomia existencial e o direito ao reconhecimento, pois, impede que as pessoas façam suas próprias escolhas, desrespeitando suas identidades singulares. Com isso, utiliza-se do Poder Legislativo para autenticar uma comunidade valorativa coerciva e opressora que orienta o Direito por meio da estima social de cada pessoa e limita a liberdade através do conceito de legalidade.

Depreende-se, assim, que a inconstitucionalidade da referida lei foi total, pois, a lei se apresenta integralmente inadequada à Constituição. A partir disso, a declaração de inconstitucionalidade reconhece que toda sua extensão se encontra em desconformidade aos preceitos fundamentais.

Com efeito, os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais são ameaçados por meio da mencionada lei, confirmando a crise da representação política vivenciada no Brasil. Dessa forma, o que deveria ser a expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão institucionalizada, que prima pela vontade individual e se desresponsabiliza da obrigação de atender os interesses da população, sobretudo da minoria, evidenciando uma ingerência explícita do Poder Legislativo. A partir disso, emerge a necessidade de uma justiça constitucional capaz de proteger, através do controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais, as minorias, o sistema democrático e toda a Constituição.

Considerando a relevância social do tema, nota-se que educação sexual na Escola deve ser um processo intencional, planejado e organizado que proporcione o acesso à informação reflexiva, a fim de orientar, discutir e questionar as atitudes, concepções e valores que as crianças e adolescentes carregam consigo. Pois, somente através da Escola o indivíduo será motivado a refletir sobre as referências culturais e éticas que fundamentam seu posicionamento perante a sexualidade. Não se trata de uma “doutrinação sexual”, mas sim, de desmistificar tabus e estereótipos sociais que fomentam a homofobia e a discriminação de gênero.

A função da educação não se reduz à transmissão formal de conhecimentos, sendo a escola um espaço público para a promoção da cidadania. O Estado democrático de direito assegura o reconhecimento da diversidade de valores morais e culturais em uma mesma sociedade, compreendida como heterogênea e comprometida com a justiça e a garantia universal dos direitos humanos e sociais. A vivência escolar permite a apresentação da realidade social em sua diversidade. (LIONÇO; DINIZ, 2009, p. 09)

A Escola além de promover o desenvolvimento intelectual e cognitivo do aluno ensejando uma qualificação profissional, objetiva também a inserção e adaptação do indivíduo à vida em sociedade. Para tanto, a abordagem de conteúdos relacionados ao gênero busca ampliar o processo pedagógico permitindo o acesso às realidades que ultrapassam a experiência familiar e comunitária, o que não implica na oposição dos valores construídos pelo indivíduo até aquele dado momento, pois, a família, a Escola e a igreja não são instituições concorrente no que se refere a educação das crianças e adolescentes.

Cabe destacar que, ao submeter a supremacia constitucional à vontade do legislador, o Poder Público negligenciou as políticas de inclusão e igualdade, fomentando a discriminação com fulcro na orientação sexual e na identidade de gênero, o que desencadeou a violação de inúmeros outros princípios. Nesta senda, considerando o Princípio da Proibição do Retrocesso, nota-se o desserviço do Estado ao desrespeitar a não supressão do grau de densidade normativa dos direitos fundamentais já consolidados, conforme disposto pelo Procurador-Geral da República na ADPF 457.

O PGR argumenta como violados (a) o direito à igualdade (art. 5º, caput, da CF), (b) a vedação à censura em atividades culturais (art. 5º, IX, da CF), (c) o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CF), (d) a laicidade do Estado (art. 19, I, da CF), (e) a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF), (f) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, da CF) e (g) o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, da CF). (ADPF 457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

A partir disso, verifica-se no silêncio uma estratégia discursiva dominante que deturpa a finalidade da Escola como instituição aberta e livre para debates e críticas, passando a ser censurada por questionar a ordem dominante. Como consequência, impõe-se o silêncio como mecanismo de manutenção do modelo utópico de família heteronormativa, o que demonstra a linha tênue existente entre a heteronormatividade e a homofobia.

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

457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

Essa censura prévia busca, em tese, reprimir um conteúdo prejudicial no contexto de aprendizagem, delineando o que pode ser dito ou apresentado. Contudo, a censura dessa liberdade demonstra o pânico da ordem conservadora e o apelo moral voltados a manutenção do sistema estático e vertical, que norteados pela ignorância e intolerância desqualificam os modos de vidas que divergem da ordem preestabelecida, tornando-se coniventes a um silêncio que grita pela diversidade.

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. (ADPF 457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

Apesar da universalização do acesso à Escola, a educação como política pública encontra sérios entraves para se perfectibilizar como meio de formação de valores e práticas de igualdade. Pois, à medida que, a política do reconhecimento é negligenciada, a igualdade como princípio ético e jurídico utilizado para a consumação dos direitos sociais também é desprezada.

Ora, aqueles que assumem um gênero destoante do supostamente determinado pelo seu sexo biológico não são dignos de direitos? Homens e mulheres que desempenham aptidões e interesses diferentes das características adequadas para cada sexo são uma espécie de deficiência estrutural e ameaça ao sistema? Seria justo desqualificar e inferiorizar esses indivíduos por conta de suas diferenciações? Considerar esses questionamentos demonstra o quanto a ordem social está ancorada na aversão, no desprezo, na repulsa e na rejeição do “diferente”, condenando todos a um destino de escravidão e “vigilância do gênero” que submetem o corpo a tirania da opinião pública e da aprovação social, em razão de um devir histórico.

O discurso de ódio se apresenta encoberto pelo silêncio que apresenta a minoria como desmerecedora de direitos e, por isso, nega seu reconhecimento, o que diminui a autoridade e a manifestação dessa minoria nos debates da vida civil. Entretanto, o imperioso respeito a dignidade da pessoa humana se mostra como um instrumento capaz de proteger o cidadão dessas exclusões.

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. (MORAES, 2017, p.46)

Com isso, infere-se que o Princípio da Igualdade leciona pelo reconhecimento e respeito a diversidade de valores e manifestações referentes ao gênero, permitindo a expressão de suas diferenças dentro do processo político, a fim de ceifar os preconceitos e discriminações advindos dos traços distintivos. Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo preleciona que

O princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extingui privilégios, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. (...) A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade. (Al nº 360.461 AgR. Rel. Min Celso de Mello, Julg. Em 06.12.2005. 2ª Turma, DJ:28.03.2008.)

A ADPF 457 reconhece o retrocesso significativo da Lei 1.516/2015 para a educação, pois, limitar a liberdade crítica no contexto de formação, e ainda, reiterar valores tradicionais que expõe determinados grupos a situação de exclusão e inferioridade representa a legitimação do estigma social de padrões absolutos sobre gênero, os quais mantém desigualdades, para assim, reproduzir sujeitos alienados e cúmplices de um sistema opressor construído sob as ideologias de um contexto heteronormativo que se respalda na falsa premissa de naturalização das práticas heterossexuais e no caráter desviante de outras práticas.

Considerando que todos tem a liberdade de autodirigir sua vida, identifica-se na liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, ora protegida constitucionalmente, a possibilidade de emitir opiniões, convicções e avaliações sobre qualquer temática. Contudo, a liberdade de consciência e de crença relacionada a

formação de juízos valorativos direcionados à hierarquização não podem servir de escudo para a prática de condutas que violem os direitos de outros indivíduos.

A laicidade do Estado encontra óbice nos preconceitos fundamentados pela ordem conservadora e religiosa, a qual assume uma abordagem condenatória, que suprime a dignidade por meio da produção e reprodução de uma moral hegemônica e absoluta. A partir disso, se fomenta o entendimento reducionista que utiliza a heteronormatividade como parâmetro de valoração e conceito ordenador da sexualidade, a fim de se evitar a “desestruturação da família”.

Assim, limitar o conhecimento sobre as manifestações de gênero e rotular como válidos e corretos apenas o entendimento da maioria dominante, representa a restrição do conhecimento sobre a pluralidade de ideias e expressões. Por isso, a Escola surge como instituição responsável por elucidar tais assuntos, uma vez que ensejando o debate e o letramento crítico possibilita a liberdade de expressão com respeito às diferentes formas de pensamento.

No âmbito do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas assegurado pela Constituição em contextos da educação e do ensino, contudo, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações político-ideológicas conflitantes ou opositoras, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático (ADPF 457, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020)

Toda essa problematização causada pelo desconforto moral derivado do desalinhamento entre sexo biológico e apresentação social do gênero, desconsidera que o processo de socialização não é engessado, pois, a diversidade social está, inevitavelmente, presente nas Escolas. O convívio concreto entre mulheres, homens, negros, deficientes, homossexuais, trans etc. nas instituições de ensino demonstra que os sujeitos são singulares, apesar de serem construções histórico-sociais. Assim, considerando a educação como um bem público e a igualdade como um valor fundamental, cabe ao Estado promover modelos e valores que acolham o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, da CF) e o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, da CF).

Com efeito, os materiais didáticos assumem um papel fundamental, pois, são os instrumentos utilizados para formalizar a introdução dos conteúdos para os estudantes, assim, sua eficácia para construção da ética necessária ao convívio e a discussão da diversidade sexual é indiscutível. Logo, o ideal seria o desenvolvimento de materiais didáticos livres de qualquer moralidade heteronormativa e tabus sociais, a fim de proporcionar a visibilidade das diferentes realidades presentes na sociedade.

Dessa forma, o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado, tanto dentro quanto fora das Escolas, representa também a garantia do direito à saúde, à igualdade, à educação, à liberdade de expressão do gênero, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, ao pleno exercício da dignidade humana e muitos outros. Pois, a desestruturação da postura silenciosa, do preconceito sutil e da falsa ideia de tolerância e cordialidade, contribuem com a desconstrução das formas de opressão, dominação e exclusão, por meio do questionamento de valores morais hegemônicos que elegem quais vidas merecem respeito e reconhecimento.

Ante o exposto, torna-se claro que não cabe a ninguém taxar algo como natural na coletividade humana, pois, nenhuma fronteira de gênero deve ser traçada para limitar a capacidade de autodeterminação das pessoas. Com isso, entende-se que a educação tolerante e crítica não pode fabricar “homens” e “mulheres”, mas sim seres livres e pensantes, donos do seu próprio destino.

Uma sociedade estruturalmente desigual que materializa e legitima o preconceito por meio de leis, e que enxerga a Escola como um meio de “normatizar” o sujeito, tornando-o coerente com o sistema hierarquizado e desigual, evidencia a importância da discussão dos valores e condutas que norteiam o posicionamento dos indivíduos. Em razão disso, o confronto com as diferentes realidades concretas dentro do ambiente escolar possibilita a visualização de todas as envergaduras possíveis ao gênero, ressignificando a sexualidade e o gênero por meio de habilidades éticas que permitem o desenvolvimento de espaços de discussão das várias verdades presentes na sociedade, desconstruindo o dualismo do gênero tido como verdade absoluta, reconhecendo a naturalidade das diversas performances de gênero e, conseqüentemente, rompendo com os particulares juízos de realidade perpassados historicamente pelos usos e costumes.

Por conseguinte, infere-se que o exercício legítimo do gênero e da

sexualidade ultrapassa a seara da mera adesão de normas prontas. Pois, para se garantir o gozo pleno dos direitos humanos e fundamentais torna-se necessário questionar os padrões conservadores, preconceituosos e absolutos impostos pela ordem social, viabilizando uma evolução concomitante entre o Direito e a sociedade, e uma produção normativa compatível com a dignidade humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A estruturação da pesquisa por meio do estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457 face à inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.516/2015, evidencia a importância do controle de constitucionalidade para o reconhecimento da identidade de gênero enquanto um direito fundamental.

Inicialmente, cabe lembrar que o conceito da identidade de gênero se constrói por meio da autoimagem do indivíduo, ou seja, o juízo que faz de si mesmo, independentemente de seu sexo biológico. Assim, a consolidação de sua identidade se perfectibiliza por meio da exteriorização do sentimento de identificação e pertencimento a uma individualidade plena, referindo-se à autorrealização e ao autorreconhecimento.

No entanto, conforme preleciona Beauvoir (2009), as pessoas se mostram confinadas a seu sexo biológico por meio de uma instituição social compulsória. Nesse sentido, trazendo a clássica frase da autora, “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, nota-se que não é o destino anatômico que dita as experiências, mas sim os imperativos morais, os quais elaboram o que é tido como aceitável e adequado para cada gênero.

Nessa acepção, o discurso de ódio implícito na Lei 1.516/2015, decorrente da proibição da divulgação de material didático com referência à “ideologia de gênero”, demonstra a legitimação de uma ordem social desenvolvida através do ideal heteronormativo, o qual condena todos a uma espécie de “vigilância do gênero”, submetendo os indivíduos a uma sequência linear entre sexo-gênero-sexualidade.

Essa censura, desenvolvida sobre um ideal preventivo e abstrato, demonstra o império dos valores dominantes, absolutos e estáticos, que utilizam o

silêncio como estratégia discursiva para desqualificam os modos de vidas que divergem da ordem binária de gênero. Dessa forma, ocorre a omissão das diversas performances sociais do gênero, o que promove a consolidação do preconceito pautado na lógica heteronormativa.

Ocorre que, autenticar uma comunidade valorativa coerciva e opressora por meio do conceito de legalidade, transforma, conseqüentemente, a tirania da opinião pública e da aprovação social em lei, evidenciando a subordinação do Poder Legislativo ao valor subjetivo, moral e conservador. A partir disso, o ordenamento jurídico se torna um veículo de opressão institucionalizada, que impõem uma condenação prévia às formas alternativas de pensar e perceber a sexualidade.

No entanto, é cediço que a função da Escola não deve se limitar ao desenvolvimento intelectual e cognitivo do aluno, constituindo, para além disso, um espaço para o letramento crítico, mormente no que se refere à identidade de gênero. Nesse sentido, a abordagem de conteúdos relacionados ao gênero enseja a discussão e o questionamento de atitudes e valores culturais e éticos, viabilizando um processo de desconstrução e desmistificar de tabus e estereótipos sociais que fomentam a homofobia e a discriminação de gênero.

Ante o exposto, com o fito de reestabelecer a ordem social, institui-se o controle de constitucionalidade por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, submetendo a Lei 1.516/2015 ao crivo da força normativa, da posição hierárquica e da estrutura escalonada da Constituição Federal, a fim de analisar a constitucionalidade por meio da conformidade de seus dispositivos com a Carta Magna.

Com efeito, a ADPF 457 reconhece a inconstitucionalidade formal advinda da competência privativa da União para legislar sobre matéria referente a educação nacional, cabendo ao município apenas suplementar a legislação federal. Assim como, a inconstitucionalidade material, à medida que, princípios relacionados ao ensino são violados como, por exemplo, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

A partir disso, considerando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo ordenamento jurídico, pode-se afirmar que a violação do direito à identidade de gênero promove a

consequente violação da dignidade humana e, de igual modo, a extinção da Democracia.

Resta-se cabalmente demonstrado o retrocesso impulsionado pela lei supracitada, a qual desqualifica a pluralidade e incentiva práticas excludentes, polares e desiguais, que obstam o sentimento de pertencimento e a vivência do gênero discordante da anatomia biológica. Nesse sentido, a educação se mostra indispensável para discutir as referências culturais e éticas utilizadas para fundamentar as práticas excludentes de homofobia e a discriminação de gênero. Pois, o acesso às realidades que ultrapassam a experiência limitada do preconceito viabiliza o reconhecimento da naturalidade das diversas manifestações de gênero.

Dessa forma, em que pese sejam os indivíduos produtos elaborados pela civilização, todas as pessoas têm igual valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, sendo fundamental o reconhecimento das diversas possibilidades de manifestação da sexualidade e do gênero para se garantir uma vivência digna a todos, independentemente, dos juízos particulares de realidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 457, Rel. Alexandre de Moraes,

julgado em 27/04/2020. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF457.pdf>. Acesso em 01 jul 2020.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.  
REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIONÇO, Tatiana. DINIZ, Debora. *Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: LetrasLivres: EdUnB, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso De Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 11. ed. São Paula: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: MÉTODO, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÃO, Calil. *Elementos Do Sistema De Controle De Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso De Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.