

7 COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO.

Cleverton Reikdal¹
Heloise Siqueira Garcia²

RESUMO

O reconhecimento do valor da diferença humana possui arcabouço ético de valorização do Outro na sua diferença. Realidades humanas, como a diversidade sexual e identidade de gênero, se tornam problemas postos à normatividade nacional e internacional, reconhecida como pauta desterritorializada. Existindo decisões judiciais nacionais citando cortes estrangeiras, identifica-se comunicação transjudicial, representando uma forma de transjudicialismo e efetivação dos direitos humanos. O trabalho terá como objetivo geral compreender o direito à diversidade sexual e de gênero a partir de uma visão transjudicial. E como objetivos específicos traçar concepções basilares do transjudicialismo, comunicação transjudicial, direitos à diversidade sexual e de gênero, e analisar a incidência desta comunicação nos julgamentos dos casos envolvendo a diversidade no Supremo Tribunal Federal. Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano; e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva.

Palavras Chave: Dignidade da pessoa humana. Orientação sexual. Identidade de gênero. Comunicação transjudicial. Transjudicialismo.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem inspiração nos estudos sobre a efetividade do direito transnacional, a partir do transjudicialismo, identificado em decisões nacionais fundamentadas no direito internacional, jurisprudência de cortes internacionais ou supranacionais e documentos internacionais para a aplicação dos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero. Para tanto, vale-se de uma

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI – DINTER FCR, Mestre em Administração Pública. Advogado, professor universitário. E-mail: cleverton.reikdal@fcr.edu.br

² Pós-doutoranda com bolsa CAPES. Doutora e mestre em Ciência Jurídica. E-mail: hello_sg@hotmail.com.

problemática teórica proposta por Garcia, Santos e Garcia³, ao reconhecerem a existência do fenômeno da transnacionalidade e a necessidade que o Direito Transnacional seja lapidado e instrumentalizado; e da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro instrumentaliza o transjudicialismo a partir de comunicação transjudicial ao fundamentar suas decisões de proteção da diversidade sexual e identidade de gênero com decisões de tribunais internacionais e supranacionais e princípios de direito desenvolvidos por organismos internacionais não estatais.

Com base nesta informação, o artigo será desenvolvido a partir do estudo do arcabouço conceitual do Direito Transnacional, transjudicialismo, comunicação transjudicial e direitos à diversidade sexual e identidade de gênero. Ademais, por se tratar a hipótese de verificação empírica, será também composto por uma análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro que invocaram em sua fundamentação jurisprudência de tribunais nacionais estrangeiros, tribunais internacionais, supranacional e princípios de direito envolvendo os direitos à diversidade sexual e de gênero criados por organismos internacionais não estatais.

Neste escopo o artigo terá como objetivo geral compreender o direito à diversidade sexual e de identidade gênero a partir de uma visão transjudicial identificada no suporte teórico da comunicação transjudicial proposta por Anne-Marie Slaughter⁴ e como objetivos específicos traçar as concepções basilares do transjudicialismo, comunicação transjudicial, direitos à diversidade sexual e de gênero, e estudar o Direito Transnacional a partir da comunicação transjudicial identificada em decisões do Supremo Tribunal Federal.

O artigo, portanto, foi organizado em duas etapas, uma primeira etapa conceitual para abordar o arcabouço teórico do Direito transnacional, a partir da comunicação transjudicial, e do direito à diversidade sexual e identidade de

³GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. *In*: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28, p. 25.

⁴SLAUGHTER, Anne-Marie, **A Typology of Transjudicial Communication**, 29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994). Disponível em: : <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6> Consultado em: 08 set. 2020.

gênero, e numa segunda etapa, a análise da hermenêutica jurídica identificada em decisões do Supremo Tribunal Federal visando à defesa destes direitos.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação foi o indutivo por meio da pesquisa bibliográfica; na fase de Tratamento dos Dados foi o indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.⁵

1. RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO COMO VALORES DA DIFERENÇA HUMANA.

Os Direitos Humanos Internacionais seguem num processo histórico com ênfase na sua universalidade, com capacidade de ser aplicado a todas as pessoas humanas. Ocorre que este preceito universal ensejou a criação de um debate onde seria possível identificar uma separação hierárquica entre as próprias pessoas a partir do momento que se necessitaria de uma categoria mínima que identificasse e qualificasse a pessoa como humana, e, nesta perspectiva, não haveria contribuição para o desenvolvimento de valores humanos máximos. Para superar este valor mínimo, e se alcançar uma política progressista aos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero, vale-se da proposta de Boaventura de Souza Santos⁶ que, na sua visão multicultural, busca o valor em “competir por valores ou exigências máximos, e não por valores ou exigências mínimo” para a evolução dos direitos humanos.

Um valor inerente à cultura é a própria diferença existente entre elas, dispensando que se busquem identificações simétricas acerca dos valores que são conferidos às expressões de gênero e orientações sexuais em cada uma delas, pois não serão idênticas, tampouco, serão idealmente reconhecidas como válidas as justificativas externas. A teoria da performatividade⁷,

⁵PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

⁶SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso Acesso em: 07 Set. 2020.

⁷BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 15ª ed.; tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. SAEZ, Javier. CARRASCOSA, Seja. *Pelo cú: políticas anais*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

reconhece que esses comportamentos repetitivos não partem de uma prática original, nem essencial mínima, o que permite a sociedade produzir efeitos de realidade, e não ser uma 'realidade natural'. Desta forma, em cada cultura, inclusive dentro dela, existe a apropriação destes atos performativos e à concessão de significados distintos.

Ao identificar a diferença humana pode-se encontrar uma forma de analisar como é reconhecida importância do Outro, pois é nela que o Outro existe e é reconhecido; é na capacidade apropriativa da significação de comportamentos que o Outro existe ou deixa de existir (ou tem sua existência reduzida). Miskolci⁸ afirma que o comportamento heteronormativo ao designar uma forma única de se manifestar o gênero e a orientação sexual, e exigir este comportamento a partir da coerção social, é uma forma de terrorismo cultural. Este terrorismo teria como pressuposto que todas as manifestações dissidentes e fora do texto heterossexual deveriam ser modificadas, mantidas no armário, ou, se possível, expurgados da experiência educacional e cultural.

Existiria, portanto, neste comportamento terrorista uma verdadeira tentativa de expurgar realidades identificadas a partir da opressão moral e física, uma exclusão social e impedimento de participação das relações sociais⁹.

Os textos heteronormativos compulsórios podem estar presentes, inclusive no poder legislativo, executivo e judiciário, e são nestas esferas, que o desenvolvimento do valor da diferença humana alcançaria a relevância e potência jurídica, quando este valor é inserido, positivado e reconhecido, para adquirir capacidade coercitiva de poder de polícia, visando o desenvolvimento dos direitos humanos.

O elemento máximo da valorização da diferença humana teria a capacidade de promover a aplicação de proteção jurídica à diversidade sexual e de gênero identificada na realidade brasileira e internacional, exceto, se não fosse pela inexistência de um ordenamento interno positivado suficiente no

⁸MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3 ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.

⁹MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**.

reconhecimento desta diferença. Ou, até mesmo, como ocorre em países da América Latina, como Belize e Guiana, na existência de um ordenamento interno positivado proibindo e punindo paulatinamente relações homoafetivas e manifestações de gênero diversas do gênero atribuído geneticamente no nascimento.

Ser diferente não é ser diferente, ser diferente, na proposta ora aqui apresentada é ser igual, e a problemática da diferença está na hierarquização entre os diferentes que é configurada a partir da criação de textos legislativos punitivos, da interpretação hetero compulsória de textos existentes ou na omissão legislativa por parte do Estado Nação, e não no reconhecimento da diferença. Esta política da diferença é a base da luta pelo reconhecimento da identidade, um reconhecimento moral, e estima, por parte de outros que leva à fonte positiva de identificação, e então, à representação pública¹⁰.

Quando há violação a estes direitos, os fatos e relatos alcançam a esfera da transnacionalidade a partir do momento que movimentos civis, pressões políticas, *advocacy* e pessoas naturais começam processos formais, culturais ou políticos de 'pressão' visando a proteção específica ausente dentro da estrutura soberana legislativa e jurídica do território nacional.

Os problemas inerentes à falta de reconhecimento desta diferença valorativa de manifestação de gênero e orientação sexual não encontram barreiras nacionais nem podem ser resolvidos de forma isolada pelos Estados-Nação, já que são realidades identificadas em todo o globo terrestre. Portanto, podem ser tratados como direitos transnacionais, quando vale-se deste termo na função substitutiva do direito internacional "para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais."¹¹

Desta forma, o direito à diversidade humana, aqui exposta pela orientação sexual e identidade de gênero, torna-se fértil terreno para o direito transnacional emergir, e, no caso em questão do Brasil, vai-se buscar

¹⁰FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, 108, 739-768. Acesso em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001> Acesso em 10 ago. 2020. VIEIRA, List. **Os argonautas da Cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record. 2001.

¹¹JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro.Ed. Fundo de Cultura S/A.1965, p. 12.

reconhecer como o Supremo Tribunal Federal julga casos envolvendo a diversidade sexual e manifestação de gênero a partir de outras fundamentações que não fonte exclusiva primária legislativa interna, haja vista não apenas a ausência em alguns campos legislativos destes direitos, como também a interpretação pautada em comportamentos compulsórios heteronormativos e valorativos do determinismo biológico.

2. O DIREITO TRANSNACIONAL

O Direito Transnacional é uma esfera jurídica do fenômeno da transnacionalidade, que leva em consideração a importância do fenômeno das globalizações e demandas que ultrapassam as fronteiras do Estado, o prefixo “trans” traz em seu bojo a resignificação dos espaços nacionais, a necessidade de identificação de demandas desterritorializadas como objeto e a existência de sujeitos que vão além dos Estados Nacionais, ou seja, novos significados para o objeto, sujeito e categorias modernas do direito.¹²

Para fins de compreender o fenômeno do direito transnacional, parte-se da necessidade de identificar uma base teórica que compreenda e analise o próprio direito a partir destes novos significados, a escolha da base teórica terá como referência o pluralismo jurídico transnacional, em face do monismo jurídico e até mesmo do pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico “cuestiona el supuesto de que el derecho oficial o estatales preeminente e, inclusive, el único, respecto a otros ordenamientos jurídicos no estatales;”¹³ promovendo capacidade teórica de questionar a relação intrínseca, e única, de que o Direito é uma produção exclusiva do Estado, surgindo quatro princípios básicos: 1) ampliação do conceito de direito, ao retirar a exclusividade conceitual Estado-Direito; 2) críticas aos princípios

¹²CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58

¹³CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional. Ciudad de Mexico: 2014, p. 118.

da exclusividade, coerência, homogeneidade e unidade; 3) existência de diversos centros de produção jurídica.¹⁴

E, na perspectiva transnacional, o pluralismo teria um caráter fundamental em sua forma de oportunizar interações de normas, valores, procedimentos e práticas nas diversas operações jurídicas.¹⁵ Corroborando com a proposta defendida por Piffer e Cruz, que afirmam o pluralismo jurídico transnacional ter capacidade de "realizar atos de convergência, coordenação e integração entre ordens jurídicas e não jurídicas".¹⁶

Ademais, compreender o direito transnacional também exige um reconhecimento das crises contemporâneas, entre elas a ressignificação do sentido da institucionalização da soberania que confere exclusividade do direito ao Estado soberano. A institucionalização do direito no Estado pode ser interpretada a partir de uma crise contemporânea que afeta e enfraquece o direito na sua pragmática enquanto "reserva institucional"¹⁷, esta crise está relacionada na identificação de que as instituições não são mais capazes de preservar os sentidos da vida e da sua formação social, e o direito, "porque não atento a multiplicidade de valores sociais e às distintas formas de existência" é desacreditado no seu lugar institucional¹⁸.

Conceituar o direito transnacional é também recorrer às experiências de diversos tipos de globalização, novos atores com capacidade de exercício de poder no espaço político e o reconhecimento de que existem direitos que estão além da existência (ou limitação) territorial dos Estados-nação, assim:

[...] o Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela So-

¹⁴CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional. p. 120-121.

¹⁵CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica**. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional. p. 123.

¹⁶PIFFER, Carla. CRUZ, Paulo Marcio. O Direito Transnacional e a consolidação de um Pluralismo Jurídico Transnacional, *In*: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 29-42, p. 38.

¹⁷FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

¹⁸FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**, p. 42.

lidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais.¹⁹

Esta atuação do direito transnacional pode ser identificada como uma representação híbrida entre o direito doméstico e o internacional²⁰, e, para ser compreendida, deve-se levar em consideração a existência de um processo jurídico transnacional onde “[...] os estados e agentes transnacionais privados utilizam a mistura do processo jurídico doméstico e internacional para internalizar as normas jurídicas internacionais para o direito doméstico.”²¹

3. O PROCESSO JURÍDICO TRANSNACIONAL E A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL.

Reconhecendo que não há uma lei global, nem mesmo um sistema de reconhecimento de um direito global único, a perspectiva da análise da comunicação transjudicial e do processo jurídico transjudicial (transjudicialismo) se dará a partir das micro-relações legais existentes neste cenário transnacional que não requer a constituição de um ator único global para existir, “The micro-legal approach determines how to decide cases and allocate rights.”²².

O conceito operacional do processo jurídico transnacional a ser adotado é aquele identificado em Koh²³:

Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to

¹⁹ GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional, p. 20-21.

²⁰ Koh, Harold Hongju, Why Transnational Law Matters. **24 Penn St. Int'l L. Rev.** 745, 2006. Disponível em <https://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol24/iss4/4/> Acesso em 20 set. 2020.

²¹ Koh, Harold Hongju, Why Transnational Law Matters, p 2-3.

²² FRYDMAN, Benoit, **A Pragmatic Approach to Global Law** (August 19, 2013), p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504> Acesso em 20 set. 2020.

²³ KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 184. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096. Acesso em: 25 ago. 2020.

make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law.

Este fenômeno é descrito a partir das interações entre atores públicos e privados, permitindo novos sujeitos atuantes em demandas que não territorializadas, porém que, da perspectiva adotada neste estudo, teriam soluções ao serem operados pelos próprios Estados-nações ou pelos tribunais internacionais ou supranacionais, numa nova forma de exercício do poder jurisdicional, operacionalizada pelo transjudicialismo.

O transjudicialismo pode ser conceituado também como uma ferramenta derivada ou em conexão com o fenômeno da transnacionalidade, promovendo “interatividade das ordens jurídicas nacional e internacional, assim como o papel dos tribunais nacionais, para efeito de fonte do direito internacional[...]”.²⁴

E é emergência de interação entre diferentes ordens jurídicas, que servirá como base para o próximo tópico sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas aos direitos à diversidade sexual e identidade de gênero.

A tipologia da comunicação transnacional tem como referência os estudos promovidos por Anne-Marie Slaughter²⁵ que identificou na interrelação promovida entre tribunais e cortes nacionais e supranacionais atos comunicacionais que resultavam em interações decisórias fortalecedoras do regime internacional. A forma de comunicação entre estes atores judiciais tem uma grande variação, e estas variações são analisadas com base na sua forma, função e nível de compromisso recíproco.

A análise de variação quanto à forma, leva em consideração como as cortes “conversam”, trocam informação entre si, podendo ocorrer numa configuração horizontal, quando cortes de mesmo status (nacional ou supranacional) tomam consciência de como as cortes estão julgando mediante encontros, conferências, periódicas; a configuração vertical, tem ocorrência numa relação verticalizada entre cortes nacionais e supranacionais, com a

²⁴TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. O papel subsidiário do Estado na efetivação dos direitos transnacionais. *In*: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 53-64, p. 60.

²⁵SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication.

possibilidade hierárquica desta corte superar a jurisdição daquela corte nacional; por fim, identifica-se a hipótese de uma comunicação híbrida, horizontal e vertical, que podem ser configuradas nas mais diversas formas, entre uma delas, cita-se a possibilidade de uma corte supranacional servindo de elemento aproximador entre cortes nacionais (aquela vertical, estas horizontais)²⁶.

No que tange aos níveis de compromisso recíproco, a comunicação pode ocorrer de forma dialógica, mediante um diálogo direto, quando há interação entre as cortes; pode ocorrer no formato de um monólogo, identificado especialmente nas comunicações horizontais quando uma corte vale-se da decisão de outra corte sem que haja um diálogo, ou que a esta segunda corte tenha consciência em ser uma referência à decisão da primeira; e, há uma possibilidade de um diálogo intermediário, quando uma corte supranacional promove o agenciamento, a distribuição, de uma determinada decisão proferida por uma corte nacional, disseminando tal postura para outros espaços judiciais nacionais²⁷.

Por último, a tipologia proposta por Anne-Marie analisa as funções que esta comunicação é operacionalizada e os alcances que ela apresenta, separando estas funções conforme a comunicação molda o sistema jurídico operacionalizado. Identificam-se funções relacionadas ao reforço e a efetividade dos tribunais supranacionais, mediante a comunicação entre cortes nacionais que reconhecem a autoridade das cortes supranacionais, e com as capacidades de disseminação, interação e interferência das ideias dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Para esta segunda função, a ocorrência pode ser dar de forma mais livre e com maior dificuldade de controle e acompanhamento, que a autora denomina de “cross-fertilization”, quando “may foster the development of fledgling national legal systems through the reception of entire bodies of foreign law”²⁸ e também pode ocorrer mediante deliberação coletiva, quando as cortes se encontram, e

²⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, p. 103-112.

²⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994.

²⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994, pp. 117-118.

compartilham responsabilidades jurisdicionais para decidir sobre um determinado caso²⁹.

Para afirmar-se enquanto um fenômeno transjudicial, a autora³⁰ identificou que essas comunicações alcançavam padrões comuns suficientes a ponto de generalizar as tipologias apresentadas, reconhece, também, que o fenômeno do transjudicialismo não é novidade e que evidências informais vêm demonstrando o seu desenvolvimento, apresentando as demandas desterritorializadas como causas e o fortalecimento dos tribunais supranacionais como consequência deste fenômeno transjudicial.

A análise proposta por Ane Marie³¹ tem como base as decisões, as comunicações e os métodos de cooperação que ocorrem, em sua maioria, na União Europeia, mais especificamente em interações entre as cortes constitucionais nacionais e a Corte Europeia de Justiça, com destaque para alguns temas envolvendo as decisões pautadas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR). Nesta perspectiva geopolítica e na ausência de reflexão crítica sobre a comunicação enquanto um diálogo, seu texto não segue sem críticas, em especial quando a interferência do transjudicialismo do norte global ocidental tem a possibilidade de manutenção da intenção universalista do ocidente.

Nunes Pereira Ruitemberg³², ao propor uma análise do transjudicialismo a partir da filosofia moral e a filosofia da linguagem adotada pelo direito internacional, utilizando-se como base a teoria da complexidade e da ironia, apresenta contrapontos àquilo que Anne Marie denominou de “comunicação” e também apresenta de forma crítica a intenção universalista do ocidente na dissimulação do pensamento e comportamento capitalista histórico. O autor reconhece que o fenômeno é representado ativamente pelo ocidente Europeu, inclusive, com negativas do Norte da América em aceitar possibilidades de

²⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994, pp. 114-122.

³⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication, 1994.

³¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication.

³² RUIEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional** volume 9, n. 4, Número Especial: Internacionalização do Direito, 2012. ISSN 2236-997X. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

comunicação, mantendo-se em protecionismo judicial, valendo-se do judicialismo como uma imposição de sua cultura.

Nada obstante, e assim segue a proposta da discussão neste artigo sobre a identificação da comunicação transjudicial em casos envolvendo orientação sexual e de gênero no Supremo Tribunal Federal, Ruitemberg³³ também apresenta as possibilidades do transjudicialismo em contribuir para os movimentos anti-sistêmicos ao se apresentar como um “movimento de resistência social, em prol do aprofundamento radical da diversidade e de uma cada vez mais intensa politização do mundo.”. E é nesta perspectiva, que o presente artigo reflete e analisa o fenômeno no Supremo Tribunal Federal.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IDENTIFICAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL.

Nas decisões que ora propõe-se a analisar, verifica-se que o discurso narrativo jurídico apresentado pelos decisores, vão além da indicação de tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, ou tratados aprovados no regime especial previsto no art. 5º, parágrafo terceiro da Constituição da República³⁴. Nas fundamentações proferidas é possível identificar o uso, inclusive, de jurisprudência de cortes estrangeiras e de princípios estabelecidos em convenções internacionais sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero – como os princípios de Yogyakarta e Yogyakarta +10.

O Supremo Tribunal Federal julgou e ainda estão em pauta para julgamentos, nove ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)³⁵, envolvendo leis municipais que impedem o ensino e o debate de identidade e expressão de gênero nas escolas. Partindo da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição da República Federativa do Brasil de maneira a superar os entraves políticos articulados

³³ RUIEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional, p. 196.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 set. 2020.

³⁵ ADPF 457;ADPF 461; ADPF 462; ADPF 465; ADPF 466; ADPF 467; ADPF 526; ADPF 578; ADPF 600.

para promover uma imposição hegemônica pautada em preceitos morais e religiosos e que o tema apresentado ainda não encontra uma resposta adequada pela normatividade pátria, compreende-se como um campo fértil para desenvolver o transjudicialismo.

Dentre todas as ADPFs, dar-se-á enfoque a ADPF 461, pois além de ter sido uma das primeiras a ter decisão monocrática divulgada no sítio eletrônico do STF, ela foi utilizada como referência para outras decisões e a que mais apresentou elementos de comunicação transjudicial.

No caso da ADPF 461³⁶, que visa a inconstitucionalidade do artigo 3º, X, parte final, da Lei 3.468, de 23 de junho de 2015, do Município de Paranaguá, Estado do Paraná, ao deferir o pedido cautelar em favor da suspensão dos efeitos do artigo impugnado, o Ministro relator Roberto Barroso adentrou em questões constitucionais que a lei objeto da demanda violava, e, para fins deste trabalho, na sua abordagem transnacional, resume-se que o Ministro relator³⁷, com base nos artigos 205 e 214 da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 -, afirma que o sistema brasileiro educacional é pautado em uma proposta emancipadora, despertando e criando condições suficientes para que as pessoas possam se desenvolver de forma livre no seu pensamento e tornem-se seres humanos aptos a lidarem com as mais distintas situações da vida, enquanto ser humano, cidadão e profissional. Para fins de valorar a validade deste preceito constitucional educacional, o ministro dedicou-se a defender o direito à educação previsto na CF/88 a partir do alinhamento com normas de direito internacional, ratificadas pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³⁶ A ADPF proposta está sendo utilizada como forma de controlar a constitucionalidade do ato emanado pelo poder municipal de Paranaguá, e esta ação tem como norma de referência preceito fundamental decorrente da Constituição e não de lei, sendo, portanto, a referência aos julgados internacionais como argumentos que valorizam e justificam o texto constitucional e a ratificação dos diplomas internacionais sobre Direitos Humanos e não, necessariamente, como a norma violada diretamente.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná, Relator: Min. Roberto Barroso, DJE nº 134, divulgado em 20/06/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312038140&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

Nesta parte de seu voto, o Ministro reconhece que os países que se valem deste tipo de educação promovem uma visão pluralista de ideias e permitem visões distintas e garante a liberdade de construção de pensamento. Estes países refletem um mundo democrático liberal, onde a proteção do indivíduo frente ao excessivo poder do Estado, em especial na tentativa de controle ideológico, sendo este o foco central, a identificação estrangeira a partir de um ideal de organização política.

Ao tratar sobre o comprometimento do papel transformador da educação, o ministro reconhece a importância das relações ocorridas nas escolas, enquanto o “O *locus* por excelência em que se constrói a sua visão de mundo”³⁸, e, para tanto, valeu-se de uma decisão emblemática da Suprema Corte Norte Americana que reconheceu a inconstitucionalidade das segregações por raça nas escolas, o famigerado caso *Brown v. Board of Education*. Em outra passagem do voto, o Ministro também recorreu a decisão do Tribunal Constitucional Alemão para fins de apresentar ao cenário brasileiro a existência de manifestação constitucional naquele país sobre o dever do Estado em fornecer uma educação que seja compatível com a realidade contemporânea e insere nesta realidade a presença de educação sobre gênero e orientação sexual. Novamente, verifica-se uma busca pela identidade desenvolvimentista democrática alemã e o ideal que o Brasil buscaria.

Porém, neste caso da decisão alemã, o Ministro relator não apenas faz referência indireta, mas ele apresenta em sua fundamentação excerto da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, registrada sob o código BVerfGE 47, 46³⁹, “O comportamento sexual é uma parte do comportamento geral. Assim, não se pode proibir ao Estado que este considere a educação sexual como importante elemento da educação total de um indivíduo jovem”.

Para fins de encerrar este tema e ilustrar de forma mais abrangente, o uso destas normas, decisões e princípios internacionais, na decisão monocrática também ocorreram em outro julgado, como no caso da ADPF

³⁸ Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná, p. 9.

³⁹BVerfGE 47, 46 – Sexualkundeunterricht. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv047046.html> Acesso em 20 set. 2020.

467⁴⁰, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes podendo-se verificar referências à Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. i e ii; a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – art. I; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – art. 26; os Princípios de Yogyakarta – princípios 1 e 2; e, novamente, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, BVERFG 47, 46, afirmando nesta decisão, que a jurisprudência de direito comparado corrobora a teses sustentadas pela Procuradoria Geral da República nas suas fundamentações propostas para embasar o pedido do reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 2º, caput, e 3º, caput, da Lei 3.491, de 28 de agosto de 2015, do Município de Ipatinga (MG), os quais excluem da política municipal de ensino qualquer referência à diversidade de gênero e orientação sexual.

Outras decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal merecem atenção ao uso de referências internacionais para a solução de casos, valendo-se de técnicas hermenêuticas para possibilitar a inserção e reconhecimento de direitos humanos e deveres do estado nesta proteção, o STF em duas decisões históricas promoveu a inserção do Brasil num rol de países democráticos liberais que respeitam a diversidade sexual e identidade de gênero, são elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal – ADI 4275 - e a ADPF 132 / RJ - Rio de Janeiro e ADI 4277.

Inicialmente esclarece-se que a ADI 4275 foi analisada pela corte após o Recurso Extraordinário 670422 – Rio Grande do Sul-, que tratou de assunto muito semelhante, porém de efeitos distintos, como este RE tramitou em segredo de justiça, para valorizar o respeito a parte envolvida, optou-se em promover a discussão da ADI 4275, ainda que tenha tido decisão posterior e semelhante ao RE 670422/RS.

Na ADI 4275⁴¹ o Supremo Tribunal Federal foi provocado pela Procuradoria Geral da República para conferir ao artigo 58 da Lei nº

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467 MinasGerais, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJE nº 229, divulgado em 21/10/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341531511&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

⁴¹ [...] julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros

6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil.

Como o Ministro relator foi voto parcialmente vencido, o ministro Edson Fachin foi designado como Ministro redator do voto e o STF⁴², por maioria julgou a ação procedente. Na sua decisão, o eminente redator valeu-se de uma base convencional prevista nos artigos 3, 7.1, 11.2 e 18, do Pacto de São José da Costa Rica e de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Opinião Consultiva 24/17⁴³ da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação. Ademais, ao tratar sobre a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre homem e mulher previsto no texto constitucional, o redator recorre aos compromissos políticos e jurídicos que o Estado brasileiro assumiu nas suas mais variadas obrigações internacionais na proteção aos Direitos Humanos.

Neste tópico há citação não exaustiva de ordenamentos internacionais como os artigos 2º, 1, e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica e a opinião consultiva da Corte Interamericana. Para que o redator possa estabelecer comunicação efetiva, ele vale-se dos princípios de Yogyakarta e do Parecer Consultivo para conceituar o que entende por identidade de gênero e como ela deve ser aplicada na interpretação constitucional, visando a proteção dos direitos humanos.

O redator em um determinado momento chega a apontar a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação como um *precedente*. Nos termos processuais para elaboração de uma sentença previsto no Código

que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

⁴² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275, Distrito Federal, Relator : Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão : Min. Edson Fachin Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

⁴³Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf Acesso em 20 set. 2020.

de Processo Civil, art. 489, VI⁴⁴, o precedente seria uma decisão com caráter e força jurisdicional a ponto de ser exigido uma fundamentação para deixá-lo de seguir (CPC, art. 489, VI). Não se pretende, neste tempo, discutir o uso correto ou incorreto da palavra precedente, porém há que se ter em consideração que ela foi utilizada, e não seria de forma leviana, senão para provocar, inclusive uma reflexão sobre a capacidade comunicativa transjudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na comunicação na forma de monólogo e na função de disseminação livre de princípios ou regras individualizadas promovidas pela corte (*cross-fertilization*), verificou-se a existência de um sistema similar de comunicação nas decisões do STF, ainda que em contextos radicalmente distintos.

Importante destacar que as comunicações apreciadas tiveram ocorrência através das fronteiras nacionais, demonstrando a emergência de fontes transnacionais para as decisões e a possibilidade de identificação de conjuntos similares de condutas que são promovidos nestes espaços de decisão.

O Brasil, a partir das discussões relacionadas a receptividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na legislação interna, ainda que um tema inerente ao tradicional Direito Internacional Público, o STF ao julgar o RE 466.343/SP⁴⁵, reconheceu a existência de um Estado Constitucional cada vez mais aberto às ordens jurídicas supranacionais de Direitos Humanos, valorizando uma comunidade cooperativa na aplicação de normas que protegem os estes direitos e os direitos fundamentais.

A pauta dos Direitos Humanos vem sendo um terreno fértil para a análise da incidência do fenômeno do direito transnacional, mediante a seleção

⁴⁴ BRASIL, Lei n.º 13.105 de DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 20 set. 2020.

⁴⁵Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 466.343-1 São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em 20 set. 2020.

de decisões do STF sobre os direitos e deveres ao respeito à diversidade sexual e identidade de gênero no âmbito da educação, verifica-se que a corte nacional vale-se de referências diretas e indiretas de cortes supranacionais, de cortes nacionais estrangeiras, de pactos e normas internacionais ratificadas pelo Brasil e até de princípios de direito consagrados em encontros internacionais que não são reconhecidas como fontes primárias da normatividade pátria.

A emergência do direito transnacional foi identificada no STF ao valer-se de decisões de tribunais internacionais e supranacionais e princípios de direito desenvolvidos por organismos internacionais não estatais como fundamentação dos votos proferidos.

As normas infraconstitucionais, ao serem propostas em controle de constitucionalidade não dependem de sua validação perante outras normas de igual hierarquia, especialmente aquelas abaixo da hierarquia constitucional, nem de decisões de Cortes Constitucionais de outros países, desta forma pode-se perceber que o uso das referências internacionais tratam-se de possível comunicação transjudicial de forma a reforçar o alinhamento da base ideológica e valorativa do direito à educação previsto na Constituição Federal para com outras interpretações estrangeiras sobre o assunto, buscando neste momento reforçar a validade do texto constitucional. Por fim, reconheceu-se que os países indicados na decisão, são exemplos de democracias que estão em um nível de desenvolvimento maior que o do Brasil, e por isso, remetem a atuações que a população brasileira poderia ter como meta.

Outra hipótese verificável que reforça o uso destas referências estrangeiras, pode-se dar pela pequena quantidade de normas presentes no sistema brasileiro codificado sobre direitos e deveres ao respeito a orientação sexual e identidade de gênero, são poucas as normas e textos que expressamente conseguem trazer ao judiciário uma fonte legislativa e direta de como proteger e resolver casos usando-se da regra legislativa, tornando a presença deste fenômeno transnacional uma realidade contemporânea.

A ocorrência a estes argumentos internacionais, que podem representar uma forma de comunicação transjudicial, não se encerram nesta análise, em estudos futuros, os quais estão em andamento, verifica-se que o poder

judiciário nacional está em comunicação transnacional para exigir os deveres do Estado nacional em atuar de forma a repudiar a discriminação por questão de orientação sexual e identidade de gênero.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467 Minas Gerais, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJE nº 229, divulgado em 21/10/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341531511&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná, Relator: Min. Roberto Barroso, DJE nº 134, divulgado em 20/06/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312038140&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 466.343-1 São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275, Distrito Federal, Relator : Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão : Min. Edson Fachin Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 15 ed.; tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERVANTES, H. A. **La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidade jurídica transnacional**. Ciudad de Mexico: 2014.

CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, 108, 739-768. Acesso em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001> Acesso em 10 ago. 2020.

FRYDMAN, Benoit, **A Pragmatic Approach to Global Law** (August 19, 2013), p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504> Acesso em 20 set. 2020.

GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro. Ed. Fundo de Cultura S/A. 1965.

KOH, Harold H. Transnational Legal Process. **Faculty Scholarship Series**. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 184. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096. Acesso em: 25 ago. 2020.

Koh, Harold Hongju, Why Transnational Law Matters. 24 **Penn St. Int'l L. Rev.** 745, 2006. Disponível em <https://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol24/iss4/4/> Acesso em 20 set. 2020.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3 ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

PIFFER, Carla. CRUZ, Paulo Marcio. O Direito Transnacional e a consolidação de um Pluralismo Jurídico Transnacional, In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 29-42.

RUIEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional** volume 9, n. 4, 2012. ISSN 2236-997X. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf> Acesso em 20 set. 2020.

SAEZ, Javier. CARRASCOSA, Seja. **Pelo cú: políticas anais**. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso Acesso em: 07 Set. 2020.

SLAUGHTER, Anne-Marie, **A Typology of Transjudicial Communication**,
29 U. Rich. L. Rev. 99 (1994). Disponível em: :
<http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6> Consultado em: 08
set. 2020.

TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. O papel subsidiário do Estado na
efetivação dos direitos transnacionais. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ,
Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí:
UNIVALI, 2020, p. 53-64.

VIEIRA, List. **Os argonautas da Cidadania: a sociedade civil na
globalização**. Rio de Janeiro: Record. 2001.