

PARECER

**A constitucionalidade das resoluções do Conselho Federal de Psicologia que vedam a patologização de pessoas por conta de sua orientação sexual, expressão ou identidade de gênero:
aspectos constitucionais e processuais**

1. A Consulta. 2. A competência do CFP para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18. 2.1. Os conselhos de fiscalização profissional e a ordem jurídica brasileira: a autorregulação pública da atividade profissional. 2.2. O poder normativo dos conselhos profissionais: a competência do CFP para a edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18. 2.3. O fundamento constitucional e convencional das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18: possibilidade de edição de atos normativos fundados em direitos fundamentais garantidos na Constituição ou em tratados internacionais. 2.4. Ausência de violação à reserva legal contida no art. 5º, XIII, da Constituição. 3. A constitucionalidade material das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18. 3.1. Dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação a discriminações: o direito ao reconhecimento intersubjetivo e as resoluções do CFP. 3.2. As resoluções do CFP e as liberdades profissional, de expressão e de pesquisa científica. 3.2.1. Colisão de direitos, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 3.2.2. Restrições proporcionais à liberdade profissional: limitações deontológicas fundadas na Constituição. 3.2.3. Restrições proporcionais à liberdade de expressão: a proibição do hate speech e a proteção de minorias estigmatizadas. 3.2.4. Ética e liberdade científica: proporcionalidade das restrições às pesquisas. 4. Dimensões processuais. 4.1. Os limites do controle de constitucionalidade em ação civil pública e ação popular. 4.2. Cabimento de reclamação por usurpação de

competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Resposta aos quesitos.

1. A Consulta

Consulta-me o Conselho Federal de Psicologia – CFP, por intermédio de seu ilustre presidente, Dr. Rogério Giannini, a propósito da competência normativa da entidade para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18, da constitucionalidade dos referidos atos normativos, e de aspectos processuais ligados à impugnação judicial das citadas resoluções.

A Resolução CFP nº 01/99 estabelece regras sobre a conduta profissional dos psicólogos na temática da orientação sexual. Eis o seu teor:

“O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que o psicólogo é um profissional da saúde;

CONSIDERANDO que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é frequentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade.

CONSIDERANDO que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

CONSIDERANDO que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

CONSIDERANDO que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

CONSIDERANDO que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

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

A Resolução CFP nº 01/18, por sua vez, normatiza a atuação dos profissionais da psicologia na questão das expressões e identidades de gênero, dispendo:

“O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, que lhe são conferidas pela Lei nº 5.766, de 20 de dezembro de 1971, e pelo Decreto nº 79.822, de 17 de junho de 1977;

CONSIDERANDO os princípios fundamentais previstos no Art. 1º da Constituição Federal de 1988, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e o Art. 5º, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”;

CONSIDERANDO o Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, o qual enuncia: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”;

CONSIDERANDO os Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero presentes na Convenção de Yogyakarta, de novembro de 2006;

CONSIDERANDO a Declaração de Durban – Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata –, que reafirma o princípio de igualdade e de não discriminação, adotada em 8 de setembro de 2001;

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONSIDERANDO a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, publicada em 2013 pelo Ministério da Saúde;

CONSIDERANDO o Código de Ética Profissional das Psicólogas e dos Psicólogos, editado por meio da Resolução CFP nº 10/2005, de 21 de julho de 2005;

CONSIDERANDO as expressões e identidades de gênero como possibilidades da existência humana, as quais não devem ser compreendidas como psicopatologias, transtornos mentais, desvios e/ou inadequações;

CONSIDERANDO que expressão de gênero refere-se à forma como cada sujeito apresenta-se a partir do que a cultura estabelece como sendo da ordem do feminino, do masculino ou de outros gêneros;

CONSIDERANDO que identidade de gênero refere-se à experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero;

CONSIDERANDO que cisnormatividade refere-se ao regramento social que reduz a divisão das pessoas apenas a homens e mulheres, com papéis sociais estabelecidos como naturais, postula a heterossexualidade como única orientação sexual e considera a conjugalidade apenas entre homens e mulheres cisgêneros;

CONSIDERANDO a cisnormatividade como discursos e práticas que excluem, patologizam e violentam pessoas cujas experiências não expressam e/ou não possuem identidade de gênero concordante com aquela designada no nascimento;

CONSIDERANDO que a autodeterminação constitui-se em um processo que garante a autonomia de cada sujeito para determinar sua identidade de gênero;

CONSIDERANDO que a estrutura das sociedades ocidentais estabelece padrões de sexualidade e gênero que permitem preconceitos, discriminações e vulnerabilidades às pessoas transexuais, travestis e pessoas com outras expressões e identidades de gênero não cisnormativas;

RESOLVE:

Art. 1º - As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, atuarão segundo os princípios éticos da profissão, contribuindo com o seu conhecimento para uma reflexão voltada à eliminação da transfobia e do preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis.

Art. 2º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a discriminação ou preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Art. 3º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não serão coniventes e nem se omitirão perante a discriminação de pessoas transexuais e travestis.

Art. 4º - As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, não se utilizarão de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminações em relação às pessoas transexuais e travestis.

Art. 5º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício de sua prática profissional, não colaborarão com eventos ou serviços que contribuam para o desenvolvimento de culturas institucionais discriminatórias em relação às transexualidades e travestilidades.

Art. 6º - As psicólogas e os psicólogos, no âmbito de sua atuação profissional, não participarão de pronunciamentos, inclusive nos meios de comunicação e internet, que legitimem ou reforcem o preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis.

Art. 7º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização das pessoas transexuais e travestis.

Parágrafo único: As psicólogas e os psicólogos, na sua prática profissional, reconhecerão e legitimarão a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas identidades de gênero.

Art. 8º - É vedado às psicólogas e aos psicólogos, na sua prática profissional, propor, realizar ou colaborar, sob uma perspectiva patologizante, com eventos ou serviços privados, públicos, institucionais, comunitários ou promocionais que visem a terapias de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis.

Art. 9º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

Narra o Consulente que as referidas resoluções vêm sendo objeto de controvérsia na esfera pública e de impugnações judiciais. Estas questionam tanto a competência do CFP para editar as citadas resoluções, como também a compatibilidade dos referidos atos normativos com princípios constitucionais, notadamente a legalidade e as liberdades de ofício, expressão e pesquisa científica. Informa o Consulente que tais questionamentos se originam, no mais das vezes, de grupos conservadores existentes na sociedade que, por razões religiosas ou ideológicas, não aceitam as posições adotadas pelo CFP, contrárias à patologização e à discriminação das pessoas com orientação sexual ou identidade de gênero não hegemônicas, e favoráveis ao respeito e à inclusão desses indivíduos. Aduz

que as duas resoluções foram amplamente discutidas no CFP, refletindo não apenas o consenso teórico no campo da psicologia, como também os valores democráticos e inclusivos presentes na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

Dentre tais impugnações judiciais, o Consulente destaca a Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400, ora em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na qual se pleiteia a decretação da invalidade da Resolução CFP nº 01/99. Em tal processo, já foi proferida sentença pela 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal julgando parcialmente procedente o pedido.

A decisão em questão afirmou que a Resolução CFP nº 01/99 é “*perfeitamente aplicável à proteção dos homossexuais egossintônicos*”, e que ela “*licitamente impede a adoção de ações coercitivas tendentes a conduzi-los a tratamentos psicológicos por eles não solicitados*”. Nada obstante, o juízo federal empregou a técnica da interpretação conforme a Constituição para determinar que a norma não seja aplicada em casos de “orientação sexual egodistônica”, que, segundo afirma, caracteriza-se quando o indivíduo se encontra em conflito ou indisposto com sua própria sexualidade. Por isso, a sentença determinou que o CFP “*se abstenha de interpretar a Resolução n. 001/1999 de modo a impedir os psicólogos, sempre e somente se forem a tanto solicitados, no exercício da profissão, de promoverem os debates acadêmicos, estudos (pesquisas) e atendimentos psicoterapêuticos que se fizerem necessários à plena investigação científica dos transtornos psicológicos e comportamentais associados à orientação sexual egodistônica, previstos no CID – 10 F66.1.*”

Ressalta ainda o Consulente o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 1002156-22.2018.4.01.3500 pelo Ministério Público Federal em Goiás, que pretende obter o reconhecimento da suposta inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFP nº 01/18. A 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Goiás já proferiu sentença extinguindo o processo sem exame de mérito, por considerar que a “*ação civil pública é instrumento processual inadequado para veicular as pretensões formuladas, sobretudo porque elas pressupõem o controle da constitucionalidade e legalidade abstrata da Resolução nº 1/2018*”, mas a referida decisão ainda não transitou em julgado.

Diante desse cenário, formulou o Consultante os seguintes quesitos:

(a) O Conselho Federal de Psicologia detém competência para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18?

(b) As Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 são materialmente constitucionais? Eles se harmonizam com os princípios da legalidade, da liberdade de ofício, da liberdade de expressão e da liberdade de pesquisa científica?

(c) A ação popular e a ação civil pública podem ser utilizadas para obter a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18, ou para gerar efeito materialmente equivalente?

(d) É cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal para impugnar eventuais decisões judiciais proferidas em ação popular ou ação civil pública, que afastem a plena aplicação das citadas resoluções e que se baseiem em juízo de inconstitucionalidade total ou parcial dos seus ditames?

As questões suscitadas pelo Consultante podem ser agrupadas em três diferentes blocos, cuidando, respectivamente, da competência normativa do CFP para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18, da constitucionalidade material dos referidos atos normativos, e dos aspectos de processo constitucional envolvidos no caso. Esta será a organização geral do presente Parecer.

2. A competência do CFP para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18

2.1. Os conselhos de fiscalização profissional e a ordem jurídica brasileira: a autorregulação pública da atividade profissional

Os conselhos de fiscalização profissional são entidades criadas por lei que se dedicam à supervisão técnica e ética do exercício das profissões regulamentadas.¹ Geridos

¹ Beatriz Rezende Marques Costa e Manoel Adam Lacayo Valente. “Responsabilidade Social dos Conselhos Profissionais”. Brasília, Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2008, p. 8.

por profissionais eleitos por seus próprios pares, os referidos conselhos permitem que cada categoria conduza a fiscalização e parcela relevante da regulação das suas atividades. Assim, essas organizações exercem, por outorga do Estado, atribuições típicas do poder público.²

Tais conselhos possuem duas atribuições principais, de natureza distinta, que foram bem sintetizadas pelo STF, em voto do Min. Edson Fachin, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 938.837:

“A primeira é a proteção dos profissionais a eles vinculados. Nesta veia, atuam como uma espécie de organização da sociedade civil, objetivando a defesa dos interesses corporativos.

*A segunda atribuição lhes foi destinada pelo Estado, mediante a delegação da regulação oficial da profissão em benefício do interesse público. Nesta seara, **atua com poderes de regulamentação**, de execução, de sanção e de disciplina; **habilitam pessoas para o exercício profissional, editam regulamentos sobre a prática profissional**, aplicam sanções disciplinares, entre outras. É o poder de polícia conferido a estes organismos pelo Estado”.*³
(negritos acrescentados)

Em outras palavras, os conselhos de fiscalização profissional são entidades públicas, conquanto independentes dos governos, cujas atividades envolvem a regulação e a fiscalização das profissões regulamentadas. Suas competências e prerrogativas harmonizam-se plenamente com o Direito Público contemporâneo, que admite o exercício de autoridade pública por órgãos dotados de maior *expertise*, preservados de interferência direta dos governos de ocasião.⁴

Não se ignora que a atuação de tais conselhos tem antecedentes bastante remotos.⁵ Na Idade Média, as corporações de ofícios, fortemente combatidas pelo liberalismo oitocentista, desempenhavam papel que guarda algumas similitudes com os

² Cf. Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

³ STF. RE nº 938.837, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, jul. em 19/04/2017.

⁴ Cf. Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵ Cf. Vital Moreira e Luís Vale Lima. “Autorregulação profissional oficial – O caso dos corretores de seguros no Brasil”. *Revista de Direito Público da Economia*. n. 39, 2012.

conselhos profissionais da contemporaneidade.⁶ Nada obstante, no cenário atual, tais entidades obedecem lógica distinta da que vigia na Idade Média, sujeitando-se a imperativos que então não se faziam presentes, como as exigências de respeito aos direitos fundamentais e à democracia.

É certo que o constitucionalismo liberal não enxergava com bons olhos a regulação das profissões, preferindo confiar apenas no livre mercado para tanto.⁷ Contudo, o *laissez-faire* não funcionou adequadamente nessa seara, gerando, dentre outros problemas, a desproteção da sociedade em relação à atuação de maus profissionais, que punham em risco direitos e interesses relevantes de terceiros. Em tal contexto, há o retorno da regulação profissional.

Foi nesse cenário de superação do Estado Liberal que surgiram as primeiras entidades de fiscalização profissional no Brasil.⁸ Por meio da regulação profissional, o Estado busca regradar a conduta dos agentes privados no exercício de profissões liberais, de modo a tutelar determinados objetivos públicos importantes.⁹ Entretanto, ao invés de avocar essa atividade para os seus poderes tradicionais, o Estado se vale de outra técnica, consistente na criação legislativa de pessoas jurídicas especialmente voltadas para esse fim, compostas por integrantes das próprias profissões regulamentadas.

Essa técnica tem relação com o relevante fenômeno do *pluralismo jurídico*.¹⁰ Em suas diversas vertentes, o pluralismo jurídico reconhece que, no cenário de hipercomplexidade em que se desenvolvem as relações humanas e as atividades

⁶ Cf. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. “Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional”. In: Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Conselhos de Fiscalização Profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-28.

⁷ Cf. Vital Moreira. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 11.

⁸ A primeira delas foi a Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do Decreto nº 19.408/1930. A instituição dos demais conselhos profissionais deu-se sobretudo na década de 50 do século passado.

⁹ Vital Moreira e Luís Vale Lima. “Autorregulação profissional oficial – O caso dos corretores de seguros no Brasil”. *Op. cit.* p. 2.

¹⁰ A respeito do pluralismo jurídico, cf. Antônio Carlos Wolkmer. *Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001; Gunther Teubner (Ed.). *Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*. Dartmouth: Hants, 1997; Boaventura de Souza Santos. *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. London/New York: Routledge, 1995; e José Eduardo Faria (Org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. Rio de Janeiro: Malheiros: 1988.

econômicas e sociais na contemporaneidade, o legislador estatal não pode mais ser concebido como detentor do monopólio da edição de normas jurídicas. Outras instâncias e entidades, vinculadas ou não ao Estado, também podem e devem contribuir com seus conhecimentos e vivências para a regulação da vida em sociedade.

No caso da regulação profissional, fala-se em *heterorregulação* quando a atividade é realizada diretamente pelo Estado, de modo vertical. Mas há também a *autorregulação*, promovida pelos próprios profissionais sujeitos às normas e ao exercício do poder de polícia em questão. É nessa seara que se situam os conselhos profissionais brasileiros que, como já afirmado, são constituídos e dirigidos por membros de profissões regulamentadas e dotados de independência em face dos governos.

A autorregulação efetuada pelos conselhos profissionais no Brasil é espécie de *autorregulação pública*, nos termos da conhecida classificação elaborada por Vital Moreira. Em estudo clássico dedicado ao tema da autorregulação profissional no Direito Comparado, o autor português esclarece que essa pode ser realizada tanto por organizações privadas, instituídas voluntariamente pelos interessados, quanto por órgãos revestidos de feições públicas, criados ou reconhecidos por lei. Nas suas palavras:

“A auto-regulação pública é a que é protagonizada por organismos profissionais ou de representação profissional dotados de estatuto jurídico-público. A auto-regulação é legalmente estabelecida; os organismos autorregulatórios dispõem de poderes típicos das autoridades públicas. As normas de regulação profissional são para todos os efeitos normas jurídicas dotadas de coercibilidade.

[...]

Nos sistemas de direito administrativo continental, o exemplo mais típico de auto-regulação profissional é o das ordens profissionais, que são organismos de regulação das chamadas profissões liberais. O seu número e nome varia de país para país. Mas, para além dessas diferenças, subsiste um conjunto de características comuns essenciais: a natureza jurídico-pública, como ‘corporações públicas’ (exceptuado o caso controvertido da França); a filiação obrigatória, como condição de exercício da profissão; o poder regulamentar; a regulamentação e/ou implementação das regras de acesso à profissão e do exercício desta; a formulação e/ou aplicação dos códigos de deontologia profissional; o exercício da disciplina profissional, mediante

aplicação de sanções, que podem ir até a expulsão, com consequente interdição do exercício profissional.”¹¹

No Brasil, existe também a autorregulação privada, como a realizada, no âmbito da publicidade, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Sem embargo, optou-se, na maior parte dos casos, pela modalidade pública de autorregulação profissional. É o que evidencia a produção legislativa a respeito da matéria. Quando se examina, por exemplo, a Lei nº 5.766/71, que instituiu o Conselho Federal de Psicologia, assim como a legislação criadora do Conselho Federal de Medicina (Lei nº 3.268/57) e do Conselho Federal de Farmácia (Lei nº 3.820/60), verifica-se que, ao mesmo tempo em que o legislador fixou os requisitos para o exercício dessas profissões, ele também criou conselhos independentes, conferindo-lhes competência para regular as atividades profissionais e exercer o poder de polícia nas respectivas áreas.

A titularidade de poderes normativos é uma constante nos conselhos profissionais. É com base nesses poderes, por exemplo, que a Ordem dos Advogados do Brasil estabelece critérios e limites para a publicidade na advocacia (art. 28 e ss. do Código de Ética da OAB). O poder normativo da OAB na definição de questões afetas à deontologia do ofício de advogado – desde orientações a respeito do arbitramento de honorários advocatícios até a vedação do “falseamento deliberado da verdade” na exposição de fatos ao Juízo – é amplamente admitido. No mesmo sentido, reconhece-se ao Conselho Federal de Medicina poder normativo para estabelecer os critérios do diagnóstico de morte encefálica (Resolução CFM nº 2.173/17), para disciplinar o procedimento a ser adotado para a prática anestésica ética e segura (Resolução CFM nº 2.174/17) e até mesmo para regulamentar o funcionamento de aplicativos que oferecem consulta médica em domicílio (Resolução CFM nº 2.178/17).

Essa atribuição de poder normativo aos conselhos profissionais já foi reconhecida em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, fragmento do já citado voto proferido pelo Min. Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário nº 938.837:

¹¹ Cf. Vital Moreira. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. *Op. cit.*, p. 88. Veja-se também, sobre a matéria, Leila Cuéllar. “Auto-regulação profissional: exercício de atividade pública”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, nº 15, 2006.

*“A maior parte das leis que criam conselhos atribui-lhes a personalidade jurídica de direito público. [...]. Dentre as competências desses entes está a habilitação de pessoas para o exercício profissional, **edição de regulamentos sobre a prática profissional**, aplicação de sanções disciplinares, entre outras.”*¹² (negrito acrescentado).

Na mesma linha aponta a manifestação do Min. Marco Aurélio no voto condutor do Recurso Extraordinário nº 603.583, que versou sobre os poderes normativos da OAB:

“Ao mesmo tempo, remanesce a OAB como entidade de autorregulação profissional, à qual se confia a disciplina infralegal da advocacia. Faz sentido que assim o seja, pois a própria legitimidade democrática da regulação profissional da advocacia também repousará na observância da visão concreta do mercado e de suas práticas usuais (em constante transformação), sem prejuízo das medidas corretivas que se eventualmente fizerem necessárias. Portanto, conferir à entidade de classe a fixação dos marcos regulatórios que orientarão a atividade profissional de seus próprios filiados é, em princípio, consagrar a reflexividade que, segundo SERGIO GUERRA (Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008), legitima a atividade regulatória”.¹³

Por outro lado, a decisão política do Estado de atribuir aos conselhos profissionais parcela relevante da regulação e fiscalização do exercício das profissões liberais tem vantagens incontestáveis.

Não se pode perder de vista, em primeiro lugar, a existência de uma *assimetria informacional* entre o Estado e as categorias profissionais a serem reguladas. A cada profissão correspondem competências e saberes específicos, que devem ser do pleno domínio daquele que a regula e fiscaliza, para que possa desempenhar essas atividades de forma adequada e eficiente. Daí a vantagem da autorregulação, eis que exercida por pessoas que, por serem necessariamente da área, detêm presumidamente esses

¹² STF. RE nº 938.837, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 19/04/2017.

¹³ STF. RE nº 603.583, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 26/10/2011.

conhecimentos e experiências. Há, portanto, ganhos significativos na eficiência regulatória, em decorrência da maior *expertise* do ente regulador.

A autorregulação tem ainda a vantagem de gerar maior aceitabilidade e adesão às normas editadas por parte dos profissionais regulados. Afinal, trata-se de regramentos oriundos do próprio grupo profissional e que, naturalmente, tendem a se basear nos conhecimentos comuns à área e ter em vista preocupações compartilhadas.

Não bastasse, a autorregulação profissional também se coaduna com a exigência de legitimação democrática das normas jurídicas. É que as pessoas diretamente sujeitas às normas em questão – os profissionais sujeitos à regulação – elegem os dirigentes dos conselhos profissionais. Nessa eleição, esses profissionais têm, inclusive, peso muito maior do que possuem nos pleitos referentes aos órgãos representativos do Estado, já que, nesses últimos, seus votos se diluem no âmbito do corpo eleitoral composto por todo o povo.

Por isso, a delegação de parcela relevante da atividade regulatória a órgãos formados pelos próprios regulados promove a eficiência e racionalidade,¹⁴ sem chocar-se com a democracia. Desse modo, a heterorregulação estatal não é excluída, mas pode se concentrar sobre os aspectos mais abrangentes ou delicados da atuação profissional, como, por exemplo, a definição dos requisitos para o exercício da profissão – matéria, como se verá adiante, sujeita à reserva de lei formal pelo art. 5º, inciso XIII, da CF/88.

Fixadas essas premissas, cumpre analisar de forma mais detalhada o poder normativo do Conselho Federal de Psicologia.

¹⁴ Nas palavras de Vital Moreira, “[...] *sob o ponto de vista do Estado, a auto-regulação é sobretudo uma solução de recurso face aos limites e dificuldades da regulação estadual directa, derivados tanto das limitações próprias do direito estadual enquanto instrumento regulatório, como das dificuldades materiais em superar o défice de informação e a resistência dos agentes económicos à hetero-regulação*”. (Vital Moreira. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. *Op. cit.*, p. 92.)

2.2. O poder normativo dos conselhos profissionais: a competência do CFP para a edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18

Tal como os demais conselhos de fiscalização profissional, o CFP foi dotado de poderes normativos pelo legislador.

Conforme já destacado, o CFP foi criado pela Lei nº 5.766/71. O referido diploma normativo estabeleceu, em seu art. 1º, que a entidade tem a finalidade de “orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo e zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe”. Dentre as suas competências legais, previstas no art. 6º da Lei nº 5.766/71, figuram “orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo” (art. 6º, “b”); “expedir as resoluções necessárias ao cumprimento das leis em vigor e das que venham modificar as atribuições e competência dos profissionais de Psicologia” (art. 6º, “c”); e “elaborar e aprovar o Código de Ética Profissional do Psicólogo” (art. 6º, “e”).

As referidas atribuições foram reafirmadas no Decreto nº 79.822/77, que regulamentou a Lei nº 5.766/71. Também em seu art. 6º, o decreto é claríssimo ao referir-se à competência do CFP para a normatização das atividades profissionais dos psicólogos.

Ressalte-se, por outro lado, que a legislação reguladora da profissão de psicólogo é bastante sintética. A principal norma legal a respeito da profissão é a Lei nº 4.119/62, regulamentada pelo Decreto nº 53.464/64. Tais atos normativos se limitaram, basicamente, a elencar as funções dos profissionais de psicologia.¹⁵

Porém, essa escassez de normas ditadas diretamente pelo Estado não implica maior restrição aos poderes normativos conferidos ao CFP. Pelo contrário, ela reforça a opção do legislador, já anteriormente referida, pelo modelo de autorregulação pública da profissão, em que se reconhece amplo espaço para a normatização promovida pelo conselho profissional.

¹⁵ O referido elenco de funções encontra-se no art. 13, §1º, da Lei nº 4.119/62 e no art. 4º, inciso I, do Decreto nº 53.464/64.

Foi, aliás, no exercício legítimo de seu poder normativo que o CFP editou a Resolução nº 10/05, que instituiu o Código de Ética Profissional do Psicólogo. E, dentre as normas constantes do referido código, figuram a proibição de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, bem como da indução de preconceitos por meio da prática profissional. Confira-se:

“Art. 2º – Ao psicólogo é vedado:

- a) Praticar ou ser conivente com quaisquer atos que caracterizem negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão;*
- b) Induzir a convicções políticas, filosóficas, morais, ideológicas, religiosas, de orientação sexual ou a qualquer tipo de preconceito, quando do exercício de suas funções profissionais;”*

Ora, posturas discriminatórias e preconceituosas são, por definição, incompatíveis com os parâmetros éticos e científicos da psicologia. O papel desempenhado pelo psicólogo na sociedade e o prestígio decorrente de sua qualificação acadêmica e profissional não podem ser apequenados por práticas que alimentem preconceitos e estigmas, as quais são francamente contrárias à ética profissional. As normas que o CFP edita, com objetivo de coibir práticas dessa natureza, têm, portanto, claro viés deontológico, encontrando-se, assim, dentro da esfera de atuação normativa legítima da instituição, nos termos dos arts. 1º e 6º da Lei nº 5.766/71.

É exatamente o que ocorre com as Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18. Elas assentaram a absoluta incompatibilidade entre a deontologia profissional da psicologia e condutas que envolvam abordagens patologizantes ou discriminatórias em relação à orientação sexual homoerótica ou à identidade e expressão de gênero das pessoas transexuais e travestis. Essa patologização, de resto, já se afigurava francamente incompatível com o Código de Ética Profissional do Psicólogo, notadamente com o seu art. 2º, alíneas “a” e “b”, acima reproduzidas. O ponto foi apenas melhor esclarecido pelas novas resoluções, em prol da segurança jurídica.

Assim, as vedações constantes das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 têm inequívoco amparo legal na Lei nº 5.766/71, que conferiu ao CFP o poder de edição de normas deontológicas para orientar a atuação profissional das psicólogas e dos psicólogos.

O mesmo entendimento foi acolhido em decisão unânime do TRF da 2ª Região, ao julgar improcedente ação civil pública ajuizada contra a Resolução CFP nº 01/99, em que se consignou:

“I – Os termos da Resolução nº 01/99, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, proibindo que Psicólogos exerçam quaisquer ações que favoreçam a patologização de comportamentos e práticas homoeróticas, vedando, outrossim, a colaboração desses profissionais com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades, apresenta justa coordenação com os termos da Lei nº 5.766/71, que confere ao referido conselho a atribuição para orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo (art. 6º, b).

II – A Resolução nº 01/99, do Conselho Federal de Psicologia, não promove inovação da ordem jurídico-legal, realizando, tão somente, um balizamento de atuação profissional, impedindo a promoção de quaisquer tipos de ação que impliquem, direta ou indiretamente, o reforço de uma pecha culturalmente sedimentada na sociedade no sentido de que a homossexualidade consiste em doença, distúrbio, transtorno ou perversão.”¹⁶

Aliás, o próprio Poder Legislativo reconheceu que o CFP não usurpou a competência normativa congressual, ao editar a Resolução nº 01/99 – e idêntico raciocínio se aplica à Resolução nº 01/18. É que foi apresentado o Projeto de Decreto Legislativo nº 1.640, visando à sustação do citado ato normativo, com base no art. 49, inciso V da Constituição, que confere ao Congresso o poder de “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*”. Ocorre que o referido projeto foi arquivado na Câmara dos Deputados, que reconheceu a competência normativa dos conselhos de classe, como o CFP, para a regulação da prática profissional nessa matéria.¹⁷

¹⁶ TRF – 2ª Região. Apelação Cível nº 2011.51.01.018794-3, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, julg. em 02/06/2016.

¹⁷ No parecer pelo arquivamento da Deputada Jô Moraes, acolhido pela Câmara, consta: “*Outro aspecto, a nosso ver crucial, é o de que a lei, ao atribuir aos conselhos de classe a prerrogativa de normatizar sobre a prática profissional, atribui também implicitamente a confiança nos seus integrantes para eleger conselheiros que tratarão de elaborar normas racionais e razoáveis. As leis de criação dos conselhos, diga-se, tramitam e são votadas no Congresso Nacional*”.

Mas, ainda que assim não fosse, não se poderia invocar o princípio da legalidade contra a validade dessas resoluções, tendo em vista que elas também encontram suporte direto em normas constitucionais e convencionais autoaplicáveis. É o que será demonstrado adiante.

2.3. O fundamento constitucional e convencional das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18: possibilidade de edição de atos normativos fundados em direitos fundamentais garantidos na Constituição ou em tratados internacionais

No passado, a lei formal figurava no centro do ordenamento jurídico e as funções administrativas e judiciais eram concebidas como absolutamente subordinadas pelas normas editadas pelos parlamentos. Na atualidade, esse quadro se alterou significativamente. Fenômenos heterogêneos, como a crise da democracia representativa, o rearranjo institucional do Estado na sociedade de massas, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional deflagraram crise no paradigma legicêntrico do Direito.

No novo paradigma, a Constituição passa a desempenhar papel muito mais relevante do que no passado.¹⁸ Se antes prevalecia na cultura jurídica a noção de que as constituições representavam meras proclamações políticas, desprovidas de eficácia jurídica imediata, cujos comandos necessitariam quase sempre de prévia regulamentação para produzir os seus efeitos, hoje se afirma o dever do intérprete de extrair ao máximo a força normativa da própria Constituição, permitindo que os seus preceitos e valores incidam sobre a realidade, para condicioná-la e transformá-la.

Nesse novo contexto, a doutrina tem afirmado que a atuação estatal não está vinculada apenas à lei, mas também – e acima de tudo – à própria Constituição. Inaugura-se leitura mais sofisticada do princípio da legalidade, segundo a qual a Administração Pública – e os órgãos e entidades que desempenhem funções de natureza pública – não se

¹⁸ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a coletânea de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

subordinam exclusivamente à lei formal, mas sim a bloco mais amplo de juridicidade, também integrado pela Constituição.¹⁹

É o que consignou Luís Roberto Barroso:

“Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”²⁰

E a Constituição atua não apenas como limite à ação estatal, mas também como norma habilitadora, que confere fundamento direto para a prática de atos e para a formulação de políticas públicas em seu nome, visando à proteção e promoção dos bens e valores que ela agasalha. Essa necessidade é ainda maior, quando a atuação reclamada se volta à garantia de direitos fundamentais. Afinal, estes são dotados de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição, o que significa dizer que a sua efetiva proteção não pode ficar refém dos desígnios das maiorias políticas instaladas no Parlamento.²¹

Tal advertência torna-se especialmente relevante quando os direitos em questão forem titularizados por minorias estigmatizadas, que sofrem discriminação na sociedade e no processo político majoritário, como ocorre com os homossexuais, transexuais e travestis, cuja dignidade e igualdade as resoluções do CFP objetivam proteger. Afinal, é

¹⁹ Confira-se, a propósito, Paulo Otero. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; Gustavo Binbenojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125-192.

²⁰ Luís Roberto Barroso. “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”. In: Alexandre dos Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques (Coords.). *O Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

²¹ Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

absolutamente incompatível com a lógica constitucional – por natureza contramajoritária – subordinar a proteção de direitos básicos de grupos sociais minoritários e vulneráveis a qualquer decisão política do Poder Legislativo, que encarna a vontade da maioria. Como consignou o Min. Celso de Mello, “*a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito*”.²²

Ora, se a Constituição pode ser aplicada diretamente, de maneira independente de qualquer mediação concretizadora da lei, parece evidente a possibilidade de edição de atos normativos que pautem essa mesma aplicação, seja para explicitar o sentido de norma constitucional, seja para definir os procedimentos tendentes à viabilização da sua incidência.

Dessa maneira, por um lado, não se compromete a força normativa da Constituição, evitando-se que ela se torne totalmente dependente da vontade do legislador – muitas vezes desfavorável ou indiferente aos direitos fundamentais das minorias. Por outro, prestigia-se a igualdade e a segurança jurídica, ao se garantir uniformidade e previsibilidade na aplicação de ditames constitucionais, por vezes dotados de caráter vago.

Essa orientação tem encontrado sólido amparo na jurisprudência do STF. A tese de que o Poder Executivo pode empregar seu poder regulamentar para implementar comando constitucional definidor de direito fundamental foi invocada pela Suprema Corte, por exemplo, para, no julgamento da ADI n° 3.239, reconhecer a constitucionalidade formal do Decreto n° 4.887/03, que regulamentou o procedimento de demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes quilombolas, previsto pelo art. 68 do ADCT. Confira-se, a propósito, fragmento do voto condutor da Min. Rosa Weber:

“Assinalo que a vedação contida no art. 5º, § 1º, da Carta Política de que sejam as normas definidoras de direitos fundamentais interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação, ou ainda como “normas de eficácia limitada ou diferida”, importa em que os titulares do direito não necessitem “aguardar autorização, concretização ou outra determinação

²² STF. RE n° 477.554-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 16/08/2011.

estatal” para o respectivo exercício. Tenho, pois, que, levada a sério, à norma constitucional – especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa. Em absoluto merece endosso, data vênua, interpretação atribuidora de sentido e eficácia que impliquem a própria inexistência do texto interpretado: impacto jurídico indistinguível de uma ordem jurídica carente do preceito. De outra parte, como o segundo enunciado contido no art. 68 do ADCT impõe ao Estado o dever de emitir os títulos correspondentes ao direito real nele reconhecido, torna-se imperativo à Administração normatizar a sua própria atuação para atender o imperativo constitucional. A atuação positiva do Estado decorre do direito, a ele oponível, titularizado pelos destinatários da norma constitucional transitória que o consagra”.²³

Outro caso em que se assentou a possibilidade de edição, por órgãos não legislativos, de normas diretamente fundadas em princípios constitucionais, foi a decisão proferida no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Na ocasião, a Suprema Corte reconheceu a validade de ato normativo expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que, sem fundamentar-se em qualquer lei formal, proibira o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, concretizando os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência e igualdade. Vale reproduzir o seguinte trecho do acórdão, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto:

“O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e IV o art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 88, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da

²³ STF. ADI nº 3.239, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, julg. em 08/02/2018.

*moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com esta tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”.*²⁴

O mesmo raciocínio também se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário. É que as normas constantes nesses tratados se integram à ordem jurídica brasileira com plena força normativa, tão logo incorporadas internamente. A sua eficácia no direito interno depende apenas da observância dos procedimentos previstos na Constituição para internalização dos tratados: celebração pelo Presidente da República, aprovação pelo Congresso Nacional por decreto legislativo, promulgação por decreto presidencial.²⁵ Não há, portanto, necessidade de reiteração do teor das normas constantes nesses tratados pelo legislador infraconstitucional, para que elas se tornem eficazes e produzam efeitos na ordem jurídica brasileira.²⁶

Por isso, é perfeitamente possível a edição de atos normativos infralegais fundados diretamente em tratados internacionais de direitos humanos. Afinal, tais tratados são dotados de plena normatividade e aplicabilidade, ostentando, segundo a jurisprudência do STF, hierarquia supralegal e infraconstitucional.²⁷ Não é necessária qualquer mediação legislativa para que possam ser diretamente aplicados no âmbito interno, inclusive para fundamentar atos normativos infralegais, ou mesmo para afastar a legislação que contrarie seus comandos.²⁸

²⁴ STF. ADC n° 12-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 16/02/2006.

²⁵ Cf., e.g., Carmen Tibúrcio. “Tratados no Direito Brasileiro”. In: Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 163-165; e Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 723-724.

²⁶ Cf., e.g., Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80-91; André de Carvalho Ramos. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

²⁷ No julgamento do Recurso Extraordinário n° 466.343, o STF assentou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos – anteriores ou posteriores à EC n° 45/2004 –, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, têm natureza supralegal, mas infraconstitucional. Vale dizer: estão abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei (STF. RE n° 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 03/12/2008).

²⁸ Veja-se, nessa linha, o decidido pelo STF no HC n° 94.013, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 10/02/2009: “O Pacto de San Jose da Costa Rica [...], para valer como norma jurídica interna no Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida”.

No presente caso, assume relevo especial a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto nº 678/92, a Convenção Interamericana consagra, em seu artigo 1.1, o princípio da não discriminação, garantindo o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades nela assegurados “*sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*”. Esse mandamento confere lastro convencional mais que suficiente para a edição das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18.

Como se verá adiante, a patologização e a discriminação de pessoas por conta de sua orientação sexual, ou em razão de sua identidade de gênero, ofendem gravemente princípios constitucionais autoaplicáveis, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Elas afrontam, ainda, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, notadamente o seu art. 1.1, acima reproduzido. E essa não é apenas a conclusão que se extrai da interpretação dos referidos diplomas. Mais que isso, trata-se da *posição institucional dos intérpretes mais autorizados dos dois documentos normativos*: o STF, no caso da Constituição Federal; e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, no caso da Convenção Interamericana.

Ora, as Resoluções CFP nº 01/99 e 01/18 possuem exatamente este objetivo: impedir, na prática profissional das psicólogas e psicólogos, condutas que discriminem ou patologizem indivíduos em razão da sua homossexualidade, ou da sua expressão e identidade de gênero (transexuais e travestis). Portanto, ainda que tais atos normativos não tivessem amparo em lei infraconstitucional – e eles a têm, já que foram autorizados pela Lei nº 5.766/71, como visto acima –, o seu fundamento constitucional e convencional seria indiscutível.

No item 3 deste Parecer, sobre a validade material das resoluções em questão, a ligação entre as referidas resoluções e os princípios constitucionais e convencionais da dignidade humana, igualdade e proibição de discriminações, será detidamente explorada, o que não se faz aqui, para evitar redundâncias.

2.4 Ausência de violação à reserva legal contida no art. 5º, XIII, da Constituição

Um argumento por vezes aduzido contra a validade das Resoluções nº 01/99 e 01/18 é o de que a sua edição pelo CFP ofenderia a reserva legal prevista no art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988, segundo o qual “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que **a lei** estabelecer*” (negrito acrescentado).

A objeção, todavia, não procede, por diversas razões.

Em primeiro lugar porque, como visto, a vedação a condutas – inclusive profissionais – que importem em discriminação e patologização de pessoas em razão de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero, decorre diretamente da própria Constituição, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e proibição de discriminações. Portanto, não é necessária qualquer lei para dizer que os psicólogos não podem adotar as condutas profissionais vedadas pelas Resoluções CFP nº 01/99 e 01/18.

Ainda que assim não fosse, existe ato normativo infraconstitucional do qual também se podem inferir as interdições explicitadas nas referidas resoluções: a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em especial o seu art. 1.1. Evidentemente, a instituição da restrição por tratado internacional de direitos humanos satisfaz plenamente a reserva legal. Afinal, como se viu no subitem anterior, tais tratados possuem estatura hierárquica superior à das leis, e são aprovados pelo Congresso Nacional e pelo Presidente, como ocorre com as leis formais.

E há mais. A rigor, a reserva de lei, prevista no art. 5º, XXIII, da Constituição, não se aplica à toda a regulação das profissões, mas tão somente à definição dos requisitos subjetivos necessários ao exercício de cada ofício ou profissão. Não fosse assim, seria inconstitucional a própria atribuição de poderes normativos aos conselhos profissionais – não só ao CFP, mas a todos os demais, como OAB, Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia etc. Afinal, esses poderes normativos voltam-se exatamente para a disciplina das atividades profissionais. E eles são aceitos no

Brasil sem maiores questionamentos – inclusive pela jurisprudência do STF – assim como em praticamente todo o mundo, como visto acima.

Exegese contrária, ao atribuir ao legislador o monopólio da regulação profissional, ignoraria as notórias vantagens do modelo de autorregulação pública das profissões, destacado anteriormente. Conceder ao legislador esse monopólio seria, por exemplo, desprezar as vantagens decorrentes da *expertise* dos profissionais de cada área, que, como já consignado, têm, em geral, mais conhecimento teórico e maior vivência prática para disciplinar de modo adequado e eficiente as suas próprias atividades do que o Parlamento.

Não bastasse, o argumento da inaplicabilidade da reserva legal do art. 5º, XXIII, da Constituição à toda a regulação das atividades profissionais se reforça diante da constatação de que o referido preceito permite apenas limitações legais voltadas ao estabelecimento de “*qualificações profissionais*”, como afirma o seu texto. Trata-se do que, na dogmática de direitos fundamentais, denomina-se “reserva qualificada de lei”. Veja-se, a propósito, o magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

“Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Dessarte, prevê-se, no art. 5º, XIII, da Constituição, ser ‘livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

[...]

Portanto, restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais.”²⁹

Nessa linha também se orienta a jurisprudência do STF:

“A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das ‘condições de

²⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 206.

capacidade' como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23.

[...]

Portanto, desde o importante julgamento da Representação nº 930 (Rel p/ o acórdão: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais.”³⁰ (negrito acrescentado)

Explica-se. Caso se considere que a reserva legal do art. 5º, XIII, da Constituição é aplicável não apenas à regulação sobre *quem* pode exercer determinado ofício ou profissão, mas também à disciplina do *como* as atividades profissionais devem ser praticadas, chegaríamos a resultado absurdo. É que, como a Constituição permitiu ao legislador limitar a liberdade de ofício apenas para exigir “qualificações profissionais”, seria constitucionalmente impossível regular qualquer outro aspecto das profissões. Nem o legislador, nem qualquer outra entidade teria como fazê-lo. Poderiam ser editadas normas para definir quem pode exercer a medicina, direito, engenharia, psicologia etc. Mas ninguém poderia estabelecer limitações às atividades dos profissionais que exercem tais ofícios. A regulação deontológica das profissões, por exemplo, tão indispensável para a vida em sociedade, seria completamente banida. No campo profissional, vigeria a mais completa anarquia, em detrimento do relevante interesse social da sua regulação.

Portanto, a reserva legal do art. 5º, XIII, não abrange todos os aspectos da regulação profissional, mas tão somente os concernentes às pessoas que podem exercer cada ofício. Trata-se do que, no jargão da teoria da regulação, denomina-se de *regulação de entrada*, que está longe de esgotar todos os aspectos e dimensões da regulação de qualquer atividade profissional, econômica ou social.³¹

Por todas essas razões, conclui-se que as Resoluções nº 01/99 e nº 01/18 do CFP não infringem a cláusula de reserva de lei, estabelecida no art. 5º, XXIII, da Constituição.

³⁰ STF. RE nº 511.961, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 17/06/2009.

³¹ Cf., e.g., Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 137-162; Gustavo Binbenbajt. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 196-214.

3. A constitucionalidade material das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18

3.1. Dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação a discriminações: o direito ao reconhecimento intersubjetivo e as resoluções do CFP

Seres humanos não são “ilhas”, mas criaturas dependentes do olhar do outro. O que somos e fazemos, a nossa autonomia ou subordinação, o nosso bem-estar ou sofrimento, tudo isso depende em larga medida da forma como somos vistos e tratados nas relações que travamos com os outros em sociedade. Quando a sociedade e suas instituições tratam determinadas pessoas como inferiores, doentes ou imorais, tais indivíduos tendem a internalizar esta imagem negativa, e muitas vezes passam a moldar suas escolhas e comportamentos a partir dela.³² Como registrou Erving Goffman, em estudo clássico sobre o estigma, *“aqueles que se relacionam com ela (a pessoa estigmatizada) não lhe mostram o devido respeito [...]; ela ecoa essa negação, considerando que algum dos seus atributos justifica isso”*.³³

Por isso, para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente as suas personalidades, o adequado reconhecimento social é indispensável. Nas palavras de Jürgen Habermas, é *“só na malha de relações de reconhecimento [...] que podem os seres humanos desenvolver e manter a sua identidade pessoal”*.³⁴ A falta de reconhecimento oprime, causa sofrimentos, instaura hierarquias e frustra a autonomia. Ela também projeta reflexos relevantes nas relações de poder, pois embaraça o acesso dos integrantes de grupos estigmatizados às posições de destaque na sociedade. Pessoas que não são adequadamente reconhecidas pelas práticas sociais não são tratadas como iguais nas

³² Cf. Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217-218.

³³ Erving Goffman. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. New York: Simon & Schuster, 1963, p. 8-9.

³⁴ Jürgen Habermas. *El Futuro de la Naturaleza Humana*. Barcelona: Paidós, 2001, p. 52.

interações sociais,³⁵ merecedoras do mesmo respeito e consideração pelo Estado e pela sociedade. Elas são cotidianamente desrespeitadas, humilhadas, violentadas.

Com grande frequência, o não reconhecimento social decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, como ocorre com os homossexuais e com a população trans. O preconceito profundamente enraizado contra os integrantes desses grupos tem múltiplos impactos sobre os seus direitos:³⁶ tais pessoas enfrentam maiores dificuldades para fruí-los do que os demais cidadãos; suas liberdades básicas e existenciais tendem a ser mais cerceadas; elas estão muito mais expostas à violência – não apenas a simbólica, como também a física³⁷ –; são frequentemente ofendidas e diminuídas por terceiros; sofrem abalos em sua autoestima e saúde física e mental.

Por isso, dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana resulta a proteção constitucional ao reconhecimento intersubjetivo.³⁸ Como consignei em obra acadêmica:

*“É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes”.*³⁹

³⁵ Cf. Nancy Fraser. “From distribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: *Justice Interruptus: critical reflections on the “postsocialist” age*. New York: Routledge, 1997, p. 11-40.

³⁶ Veja-se, a propósito, o documento do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Nascidos Livres e Iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional dos direitos humanos*. Brasília, 2013.

³⁷ O Brasil é, aliás, o país que mais mata transexuais e travestis no mundo. Cf. <<http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol15-2016.pdf>>.

³⁸ Veja-se, na doutrina nacional, José Reinaldo de Lima Lopes. “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 2, n. 2, 2005; Luís Roberto Barroso e Aline Osório. “‘Sabe com quem está falando?’: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo”. In: Luís Roberto Barroso. *Um Outro País: transformações no direito e na ética na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 155-156; Flávia Piovesan. “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49-50.

³⁹ Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 257.

Ora, é difícil encontrar prática mais estigmatizante e contrária ao reconhecimento intersubjetivo do que a patologização de elemento central da identidade e personalidade de um indivíduo, como a sua orientação sexual ou a sua identidade de gênero. Como ressaltou Roger Raupp Rios, “*sexualidade e gênero são dimensões fundamentais na construção da subjetividade e na configuração da vida social*”.⁴⁰ Exatamente por isso, a aceitação de prática que patologiza pessoas em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero é tão grave. Ela humilha e inferioriza os integrantes de minorias vulneráveis, estimulando o preconceito e a discriminação, e, com isso, ofendendo os princípios da dignidade humana e da igualdade. Desse modo, dissemina-se na sociedade a crença – absolutamente errada, mas muito enraizada em nossa cultura hetero e cisnormativa – de que essas identidades não hegemônicas correspondem a desvios perniciosos do que é “normal”, que podem e devem ser “curados” ou combatidos.⁴¹

Em outras palavras, essa ideia de “cura” lesa profundamente a dignidade dos homossexuais, transexuais e travestis, pois aponta a sua própria identidade como doença, tratando-os como intrinsecamente indignos. A sua adoção, ainda mais quando colorida com tintas de suposta cientificidade, viola também a igualdade, pois contribui para a perpetuação e agravamento do *status quo* vigente, que é profundamente desigualitário e opressor em relação aos integrantes desses grupos vulneráveis. Como ressaltaram Maria Berenice Dias e Letícia Benevich, “*considerar o outro como doente é muito mais fácil que ver nele um igual, com trajetórias diferentes mas, sobretudo, com a mesma cidadania dos demais integrantes da sociedade*”.⁴² Nada obstante, ainda que seja mais fácil, não é essa a atitude adequada, seja para o direito, seja para a psicologia.

A patologização reflete visão antiquada e preconceituosa, baseada em identificação impositiva entre sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual.

⁴⁰ Roger Raupp Rios. “Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a compreensão da proibição constitucional da discriminação por motivo de sexo”. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Op. cit., p. 717.

⁴¹ Cf., e.g., Berenice Bento e Larissa Pelúcio. “Despatologização do Gênero: a politização das identidades abjetas”. *Revista Estudos Feministas*. N. 20(2), 2012, p. 569-571; Jorge Leite Junior. “Transitar para onde? (Des)patologização, insegurança social e identidades transgêneras. *Revista de Estudos Feministas*, 20(2), 2012, p. 559-568.

⁴² Maria Berenice Dias e Letícia Benevich. “Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável”. *Gênero e Direito*, n. 2, 2014, p. 11.

Como afirmaram Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heilborn, presume-se – arbitrariamente – que *“uma pessoa, ao ser classificada como homem ou mulher (sexo biológico), terá, naturalmente, o sentimento e o comportamento masculino ou feminino (identidade ou papel de gênero) e o seu desejo sexual será dirigido para pessoas de sexo e/ou gênero diferente do seu. Esses três elementos – sexo, gênero, orientação – são pensados em nossa cultura como estando sempre combinados de uma mesma maneira – homem masculino heterossexual ou mulher feminina heterossexual. É possível, entretanto, inúmeras combinações entre eles”*.⁴³

A patologização, em síntese, ignora a legitimidade dessas múltiplas combinações referidas por Zambrano e Heilborn, tratando como doença todas aquelas que não correspondam à “norma”. Parte-se de uma falsa premissa binária, com a divisão de todos os indivíduos em duas categorias estanques – “homens” e “mulheres” (e a ordem aqui não é fortuita) –, e consequente atribuição ao sexo biológico de consequências normativas inarredáveis sobre a esfera das identidades e dos comportamentos sexuais e afetivos.⁴⁴ Essa “norma”, porém, não tem amparo no direito – pelo menos não no direito constitucional brasileiro contemporâneo –, nem muito menos na “natureza”. Ela é socialmente construída,⁴⁵ e faz com que uma das possíveis combinações entre sexo

⁴³ Elizabeth Zambrano e Maria Luiza Heilborn. “Identidade de gênero”. In: Antônio Carlos de Souza Lima (Org.) *Antropologia e Direito: Bases para um Diálogo Interdisciplinar*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2007, p. 415.

⁴⁴ Como registrou Judith Butler, “[a] matriz cultural por intermédio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de ‘identidade’ não possam ‘existir’ – isto é, aquelas em que o gênero não decorre do sexo e aquelas em que as práticas do desejo não decorrem nem do ‘sexo’ nem do ‘gênero’ [...]. Ora, do ponto de vista desse campo, certos tipos de ‘identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformaram às normas da inteligibilidade cultural” (*Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 39). Sobre a questão, veja-se também Judith Butler. *Undoing Gender*. New York: Routledge, 2014; Márcia Ramos Arán. “Transexualidade e a gramática normativa do Sistema sexo-gênero”. *Ágora – Estudos em Teoria Psicanalítica*. V. 9, n. 1, 2006, p. 2006; Daniela Murta Amaral. *A Psiquiatrização da Transexualidade: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde*. Dissertação de Mestrado em Ciências Humanas e Saúde, do Instituto de Medicina Social da UERJ, 2007.

⁴⁵ Nas palavras de Michel Foucault: “*Não se deve concebê-la (a sexualidade) como uma espécie de dado da natureza que o poder é tentado a pôr em xeque, ou como um domínio obscuro que o saber tentaria, pouco a pouco, desvelar. A sexualidade é nome dado a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação do discurso, a formação do conhecimento, o reforço dos controles e das resistências encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder*” (*História da Sexualidade I – A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 100).

biológico, gênero e orientação sexual seja tratada como a única “saudável”, em detrimento de todas as demais, relegadas ao campo da patologia.

Evidentemente, essa definição do que é saudável ou patológico cria estigmas, diminuindo e oprimindo todos os que são colocados no campo da doença. Como registrou Gayle Rubin, a sexualidade e o gênero estão “*organizadas em sistemas de poder que recompensam e incentivam alguns indivíduos, ao mesmo tempo que punem e suprimem outros. [...] Grupos específicos carregam o fardo do atual sistema de poder erótico, mas a perseguição a eles promove um sistema que afeta a todos*”.⁴⁶

Em oposição a isso, os Princípios de Yogiakarta – importantíssimo documento elaborado por renomados especialistas internacionais a propósito da “aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero” –, registram que “*a despeito de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas*” (Princípio 18). Na mesma toada, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em relatório sobre a “discriminação e violência contra indivíduos baseadas na sua orientação sexual e identidade de gênero”, fez expressa recomendação aos Estados para que “*proibam as terapias de conversão*”.⁴⁷

Nem se diga que a patologia não estaria propriamente na orientação sexual ou na identidade de gênero, mas nos conflitos vivenciados por quem não aceita aquelas que possui e deseja alterá-las, e que deveria, por isso, ser auxiliado pela psicologia nesse objetivo de “conversão”. Foi essa a leitura aparentemente adotada pela sentença da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, acima citada, que se valeu para tanto do conceito de “egodistonia”.

Ora, em uma sociedade tão preconceituosa como a nossa, é evidente que pessoas homossexuais, transexuais ou travestis tendem a introjetar esses valores discriminatórios, o que gera sofrimento e, por vezes, egodistonia – vale dizer, a percepção de não se estar

⁴⁶ Gayle Rubin. *Políticas do Sexo*. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 127-128.

⁴⁷ Organização das Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos. *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/29/23. Maio de 2015. Disponível eletronicamente em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>>.

em sintonia consigo mesmo. Nessas hipóteses, porém, o que a ética profissional da psicologia impõe não é a busca da “cura” da orientação sexual ou da identidade de gênero, mas, nas palavras da ex-Presidente do CFP, Ana Maria Pereira Lopes, “a identificação dos mecanismos que levam ao sofrimento do sujeito, para que este possa identificar suas origens e combatê-lo”. O ponto foi bem elucidado pela referida psicóloga, em documento que trata da “cura” homossexual, mas cujas reflexões parecem também aplicáveis aos transexuais e travestis:

“2. [...] Muitas vezes, o sujeito homossexual sofre devido à introjeção desta homofobia social, pois desde muito cedo ele aprende que sua orientação sexual é 'sócio-distônica'. [...] Ou seja, o sofrimento psíquico do homossexual vem da internalização da desvalorização social-moral: é pelo preconceito, e não por transtorno, disfunção ou pela homossexualidade em si, que o indivíduo homossexual sofre. Assim, do ponto de vista ético, o que deve estar em foco são os mecanismos de sofrimento do sujeito, para que ele possa identificar suas origens e combatê-lo.

3. Cabe, pois, ao psicólogo escutar e 'tratar' sujeitos com sofrimentos das mais diversas ordens que buscam estabelecer uma relação em sintonia consigo próprio, qualquer que seja a sua orientação sexual. Ou seja, o sujeito procura ajuda para mudar, para parar de sofrer. Em certos sujeitos homossexuais, a homofobia é de tal forma introjetada, que a vida fica insuportável, o que o leva a fazer qualquer coisa para mudar. A mais comum talvez seja adaptar-se aos valores do imaginário ocidental: casar-se e ter filhos, o que pode diminuir temporariamente o sofrimento, mas não resolve a questão.

4. Não cabe aos psicólogos a criação de 'grupos de apoio' para os que querem 'deixar' a homossexualidade, sob pena de aumentar ainda mais o preconceito manifesto, sem acabar com o sofrimento psíquico. Independentemente de sua linha de trabalho, o psicoterapeuta deve saber que valorizações negativas comprometem todo o processo terapêutico. Seja como for, e em qualquer linha teórico-clínica, a orientação sexual não implica nem em 'disfunções', nem em 'transtornos', logo, não há o que curar.

[...]

9. Conclusão: o psicólogo deve acolher o sujeito em sofrimento psíquico na sua demanda de ajuda, seja ela proveniente de sua orientação sexual egodistônica, ou outra qualquer. O que não significa que a mudança de orientação sexual seja o foco do trabalho. Deverá o psicólogo ter como princípio o respeito à livre orientação sexual dos indivíduos e apoiar a elaboração de formas de enfrentamento no lidar com as realidades sociais de maneira integrada. Isso porque a questão da orientação sexual, como expressão do direito humano, distancia-se radicalmente de conceitos de cura e doença. O objetivo terapêutico não será a reversão da homossexualidade porque isso não é uma demanda passível de tratamento, já que não se configura como distúrbio ou transtorno. O projeto terapêutico proposto

*estará direcionado para a felicidade e o bem-estar daqueles que nos procuram.*⁴⁸

É importante, no particular, desfazer um equívoco que vem sendo veiculado pelos opositores das resoluções do CFP. Tais atos normativos não pretendem, obviamente, impedir que indivíduos busquem alterar a sua orientação sexual ou identidade de gênero – e nem poderiam fazê-lo. Embora haja certo consenso científico sobre a inviabilidade dessa conversão, cada pessoa tem o direito de tomar suas decisões existenciais e de tentar segui-las, desde que isso não ofenda direitos alheios. O que as resoluções vedam é que psicólogas e psicólogos usem a autoridade da profissão para promover a “cura” de indivíduos cuja orientação sexual ou identidade de gênero não se adeque à “norma” imposta pelo moralismo conservador, pela pseudociência ou por certas religiões. E o probem, não apenas porque a psicologia, em suas múltiplas linhas, não reconhece a viabilidade dessa suposta cura,⁴⁹ como também – e sobretudo – pela percepção dos gravíssimos efeitos que a aceitação da prática teria sobre as vidas e sobre a dignidade de toda a população homossexual ou trans, com o reforço do estigma e do preconceito existentes na sociedade. E ainda pelo conhecimento do mal e do sofrimento que esses “tratamentos” ou “terapias” tendem a gerar sobre os próprios pacientes,⁵⁰ levando ao aprofundamento da sensação de que a sua identidade é “doentia”, e de que eles são os reais culpados pela opressão e discriminação que sofrem, decorrente, na verdade, de odiosos preconceitos enraizados na sociedade.

Saliente-se, por outro lado, que o papel dos poderes públicos diante de discriminações e violações à dignidade humana não deve ser passivo. Nessas matérias, a Constituição não lhes impôs apenas deveres negativos, de abstenção, mas também

⁴⁸ Resposta ao OFÍCIO/PR/RJ/FMA nº 158, citada em TRF – 2ª Região. Apelação Cível nº 2011.51.01.018794-3, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, julg. em 02/06/2016.

⁴⁹ Nesse sentido, veja-se American Psychological Association. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, disponível eletronicamente em <www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>. Nesse importante documento, após ampla revisão das pesquisas consistentes existentes na matéria, a American Psychological Association concluiu que não há qualquer suporte científico para afirmar a eficácia dos tratamentos e técnicas voltados à alteração da orientação sexual.

⁵⁰ Cf. American Psychological Association. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*. *Op. cit.*

obrigações positivas, de proteção e promoção.⁵¹ É o que registrou o Min. Gilmar Mendes, no voto proferido na ADPF 132, ao abordar exatamente a proteção devida ao Estado às pessoas homossexuais:

“De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este últimas abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. [...] Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação de direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.”⁵²

Assim, é papel do Estado – e dos entes que desempenham funções públicas, como o CFP – atuar ativamente para combater a discriminação e o preconceito, e para impedir que práticas sociais e ações de particulares violem a dignidade de terceiros, especialmente quando estes sejam integrantes de grupos vulneráveis e estigmatizados, como os homossexuais, transexuais e travestis. Essas obrigações positivas em favor da inclusão desses grupos derivam, aliás, de objetivos fundamentais da República, constitucionalmente definidos: *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”*; *“erradicar [...] a marginalização”*; *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (art. 3º, incisos I, III e IV, CF).

Portanto, a inércia em proibir comportamentos discriminatórios e atentatórios à dignidade humana e à igualdade consiste em grave ofensa à Constituição. Por isso, a edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18, mais do que um poder, traduzia indeclinável *dever constitucional* do CFP.

⁵¹ Tratei extensamente da teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais em Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 129-138.

⁵² STF. ADPF nº 132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 05/05/2011.

Essa compreensão, absolutamente contrária à discriminação e à patologização de homossexuais e da população trans pode ser extraída da jurisprudência do STF, da qual se infere o dever estatal de combatê-las.

É o que se observa, por exemplo, na histórica decisão do STF na ADPF nº 132, em que se reconheceu o direito à união estável homoafetiva. Tal julgado não apenas refutou a constitucionalidade de discriminações fundadas na orientação sexual, como também proclamou a importância da proteção à autoestima dos integrantes de minorias sexuais, vítimas de preconceito na sociedade. Consta na ementa do acórdão:

“2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL, LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DA VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...] Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais; Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e privacidade. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.”⁵³

Na referida decisão, o Min. Celso de Mello ressaltou que a inércia na edição de normas voltadas à proteção dos homossexuais – e o mesmo raciocínio se estende, naturalmente, aos transexuais e travestis – configura grave atentado à Constituição. Nas suas palavras:

⁵³ STF. ADPF nº 132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 05/05/2011.

“A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental [...]

O desrespeito à Constituição – por inércia dos órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.”⁵⁴

Também nessa linha, mencione-se a decisão do STF que afirmou a inconstitucionalidade da referência à “*pederastia*” no Código Penal Militar. Embora a Corte tenha então assentado, por maioria de votos, a validade do tipo penal que incrimina os atos libidinosos praticados por militares em ambientes castrenses, considerou que a expressão deveria ser expurgada da lei, pelo seu caráter estigmatizante. Lê-se na ementa do julgado:

*“2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância, que atinge grupos tradicionalmente marginalizados”.*⁵⁵

Nessa mesma trilha aponta a decisão do Supremo, ainda não publicada, que reconheceu o direito das pessoas transexuais à alteração de seu registro civil, sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo ou da apresentação de laudo psicológico. Na ocasião, nossa Suprema Corte afirmou, por unanimidade, que o direito à dignidade e à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero das pessoas

⁵⁴ STF. ADPF nº 132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 05/05/2011.

⁵⁵ STF. ADPF nº 291, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. em 28/10/2015.

transexuais. Veja-se os seguintes trechos do voto condutor proferido pelo Min. Edson Fachin:

“Sendo, pois, constitutivo da dignidade humana o ‘reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans [...]. Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. [...]”

*Dito isso, figura-me inviável e completamente atentória aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de atestar a identidade de uma pessoa”.*⁵⁶

Desse mesmo julgamento, vale rememorar excertos do voto do Min. Celso de Mello:

“Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo de assentamentos registrais, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente de prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização. [...]”

*Enfatizo, ainda, [...] que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.”*⁵⁷

⁵⁶ STF. ADI nº 4.275, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julg. em 28/02/2018.

⁵⁷ STF. ADI nº 4.275, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, julg. em 28/02/2018.

No mesmo tom ressoa a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Recentemente, aquela Corte proferiu decisão na Opinião Consultiva nº 24/2017 sobre “Identidade de Gênero e Igualdade e não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo”, na qual deixa claro que a orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero encontram-se sob a proteção do art. 1.1 da Convenção. É ver-se:

*“[...] a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ou sua expressão de gênero”.*⁵⁸

A decisão esclareceu as obrigações dos Estados signatários da Convenção no que diz respeito à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados do vínculo entre casais do mesmo sexo. Ao fazê-lo, a Corte Interamericana rejeitou expressamente todas as abordagens discriminatórias e patologizantes acerca da diversidade de orientação sexual e da expressão e identidade de gênero. É o que se constata, por exemplo, no fragmento da decisão que trata da vedação ao condicionamento do registro de nome social à apresentação de atestados médicos e psicológicos:

*“[...] no que diz respeito aos certificados médicos, psicológicos ou psiquiátricos que geralmente são requeridos neste tipo de procedimento, a Corte entende que além de terem um caráter invasivo e questionarem a atribuição de identidade realizada pela pessoa, eles repousam sobre a presunção de que ter uma identidade contrária ao sexo que lhe foi atribuído no nascimento constitui uma patologia. É assim que tais requisitos ou certificados médicos contribuem para perpetuar os preconceitos associados à construção binária de gêneros masculinos e femininos”.*⁵⁹

⁵⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, solicitada pela República da Costa Rica. Tradução livre.

⁵⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, solicitada pela República da Costa Rica. Tradução livre.

Ressalte-se que a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica efetuada pela Corte Interamericana é vinculante, sendo de observância obrigatória no âmbito interno pelos Estados submetidos à sua jurisdição⁶⁰ – a não ser, penso eu, quando ela viole a Constituição Federal. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni, por revelar o seu entendimento “*acerca de como a Convenção deve ser compreendida*”, os sentidos atribuídos pela Corte a uma norma, diante de determinada realidade fática, “*certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção*”.⁶¹

Assim, conclui-se que as condutas proibidas pelas Resoluções CFP nº 01/99 e 01/18 são também incompatíveis com a Constituição Federal e com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, inclusive na interpretação dos seus mais autorizados intérpretes institucionais – respectivamente, o STF e a Corte Interamericana.

Assentadas essas premissas, passa-se a examinar se as referidas resoluções impuseram ou não restrições excessivas às liberdades de ofício, de expressão e de pesquisa científica, como afirmam alguns dos seus opositores.

3.2. As resoluções do CFP e as liberdades profissional, de expressão e de pesquisa científica

3.2.1. Colisão de direitos, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana

Já se tornou lugar comum a afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos e que podem ser restringidos, especialmente em casos envolvendo colisões com

⁶⁰ Nesse sentido, destaca-se que, em 2006, no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, a Corte enfatizou a força obrigatória de suas decisões ao lembrar que, “*o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos*” e, nesta tarefa, “*deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*”. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006).

⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni. “Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)”. In: Luiz Guilherme Marinoni e Valerio de Oliveira Mazzuoli (Coords.). *Controle de Convencionalidade*. Op. cit., p. 82-83.

outros direitos fundamentais. Nessas hipóteses, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros importantes que devem ser observados na ponderação a ser realizada entre os direitos em jogo. Vale aqui destacar os dois mais importantes, pela sua relação direta com a hipótese em discussão: (i) o equacionamento da colisão entre direitos deve observar o princípio da proporcionalidade; e (ii) o resultado deve se orientar para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana – princípio que confere unidade a todo o sistema de direitos fundamentais. Examinemos, rapidamente, esses dois vetores.

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade tem a sua origem no Direito Administrativo alemão, ainda no século XIX, sendo inicialmente empregado para o controle do exercício do poder de polícia.⁶² Após a II Guerra Mundial, ele foi transplantado para o campo constitucional, sobretudo para controle de atos que importem em restrições a direitos fundamentais. Da Alemanha, o princípio se expandiu para inúmeras ordens constitucionais, bem como para a jurisdição internacional, sendo hoje adotado em praticamente todo o mundo.⁶³ Embora a ordem constitucional brasileira não contenha previsão expressa do princípio da proporcionalidade, sua consagração pelo nosso sistema constitucional é indubitosa. Ele é inferido de diversas cláusulas, como o devido processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, inciso XXXIV, CF), e da própria ideia de Estado de Direito.⁶⁴ E o referido princípio vem sendo amplamente utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁵

A doutrina e jurisprudência nacionais, inspirando-se na matriz germânica, subdividem o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação (ou

⁶² Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 44-57.

⁶³ Para um amplo estudo do princípio da proporcionalidade no Direito Comparado, veja-se Aharon Barak. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁶⁴ Cf. Suzana de Barros Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 87-94.

⁶⁵ Veja-se, a propósito, Gilmar Ferreira Mendes. “A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor: São Paulo, 1998; e Jane Reis Gonçalves Pereira. “Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama atual e da jurisprudência do STF”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Direitos Fundamentais no STF: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-206.

idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁶ O subprincípio da adequação prescreve que a medida estatal deve ser apta para atingir – ou pelo menos favorecer o atingimento – (d)os fins legítimos que a inspiram. Dito de outra forma, o critério requer que os fins perseguidos sejam legítimos e que a medida adotada seja idônea para a sua promoção.⁶⁷

A necessidade, ao seu turno, é o subprincípio que impõe ao Poder Público que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir o objetivo que se persegue. Se há várias formas de se obter o resultado pretendido, o Estado tem o dever de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos dos particulares atingidos. Para invalidar um ato estatal com base na necessidade, é necessário, porém, que a alternativa mais branda tenha, no mínimo, capacidade igual para atingir o objetivo visado.⁶⁸ A ideia desse subprincípio foi sintetizada por Walter Jellinek em expressiva metáfora, segundo a qual “*não se deve usar canhões para matar pardais*”.⁶⁹

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, envolve a análise da relação entre o custo e o benefício do ato estatal, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos. Isso quer dizer que os ônus impostos pela medida analisada devem ser inferiores aos benefícios engendrados pelo mesmo ato, sob pena de invalidade do mesmo. Trata-se, em suma, de ponderação que se pauta pelo sistema constitucional de princípios e valores que deve orientar a ação estatal. Nessa equação, leva-se em conta não apenas o peso abstrato dos bens jurídicos colidentes – isto é, a sua importância na ordem constitucional –, como também a intensidade com que cada um deles é afetado no caso concreto. A famosa fórmula da ponderação, de Robert Alexy, resumiu essa noção nos

⁶⁶ Cf., e.g., Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-183; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-357.

⁶⁷ Nesse sentido, o registro de Jane Reis Gonçalves Pereira sobre o conteúdo do subprincípio da adequação: “*É imperioso, assim, que a restrição ao direito atenda a dois requisitos: em primeiro lugar, que vise a atingir um fim constitucionalmente legítimo; e, em segundo lugar, que consubstancie um meio instrumentalmente adequado à obtenção desse fim*” (*Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 324-325).

⁶⁸ Cf., e.g., Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Op. cit., p. 170-174; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3339-341.

⁶⁹ Cf. Almiro do Couto e Silva. Prefácio. In. Raquel Denize Stumm. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 7.

seguintes termos: “quanto maior o grau de não cumprimento ou de prejuízo a um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁷⁰

A proporcionalidade baliza a ponderação entre direitos, mas o seu principal norte substantivo é a dignidade da pessoa humana.⁷¹ Com efeito, se, como afirma Jorge Miranda, “a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais”, que “repousa na dignidade da pessoa humana”,⁷² é natural que a dignidade figure como critério fundamental para o equacionamento de tensões entre direitos constitucionalmente garantidos. Afinal, a dignidade é, segundo Paulo Bonavides da Silva, “a norma das normas dos direitos fundamentais”;⁷³ o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”, nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha;⁷⁴ o “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país”, como ressaltou, em voto, o Min. Celso de Mello.⁷⁵⁻⁷⁶

É verdade que todos os direitos fundamentais têm alguma ligação com a dignidade humana. Mas quando se aponta a dignidade como critério de ponderação, exige-se a busca da solução que, ao equacionar os conflitos entre direitos, mais promova tal princípio.

Cabe ainda uma palavra sobre outra exigência constitucional para a restrição de direitos fundamentais: a reserva de lei. Afirma a doutrina que os direitos fundamentais

⁷⁰ Robert Alexy. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156.

⁷¹ Cf. Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 235.

⁷² Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 166-167.

⁷³ Paulo Bonavides. Prefácio. In: Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 13

⁷⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”. *Revista de Interesse Público*, n. 4, 1999, p. 32.

⁷⁵ STF. ADI nº 3.510, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 29/05/2008, trecho do voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁶ Registrei esse papel do princípio da dignidade humana em texto acadêmico: “No campo hermenêutico, a dignidade da pessoa humana atua também como importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes. Ela enseja a atribuição de um peso superior prima facie aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio.” (Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana*. Op. cit., p. 81)

não podem ser restringidos por atos normativos infralegais, mas apenas por normas aprovadas pelo Parlamento.⁷⁷ Contudo, essa exigência não afasta a validade das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18, uma vez que, como foi detidamente demonstrado neste Parecer, tais atos normativos não inovaram na ordem jurídica, limitando-se a explicitar interdições que já podiam ser inferidas tanto da Constituição Federal, como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – diplomas aprovados pelo Congresso, e que desfrutam de hierarquia superior à da própria lei parlamentar.

Firmadas tais premissas, passa-se à análise da validade da ponderação subjacente às Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18, com a discussão do seu impacto sobre as liberdades de ofício, de expressão e científica.

3.2.2. Restrições proporcionais à liberdade profissional: limitações deontológicas fundadas na Constituição

As Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 contêm limitações às atividades profissionais de psicólogas e psicólogos. Como demonstrado acima, o CFP detém competência legal para a edição de tais atos normativos – que correspondem a regras de deontologia profissional – e os mesmos se limitaram a explicitar orientações derivadas inequivocamente tanto da Constituição Federal como do Pacto de San José da Costa Rica.

Não há dúvida de que a finalidade perseguida pelas resoluções – a proteção de pessoas homossexuais, transgêneros e travestis, da discriminação e da estigmatização decorrentes da patologização de sua orientação sexual e identidade de gênero – é não apenas legítima, como imperativa, sob o ângulo constitucional. Em outras palavras, o CFP não poderia se omitir nessa questão, sob pena de violentar a Constituição, como já consignado. Além de visar à promoção de fins legítimos, a medida é evidentemente idônea para a sua persecução. Afinal, se o que se almeja é combater a discriminação e evitar a lesão à dignidade de minorias sexuais, decorrente de certas práticas profissionais

⁷⁷ Cf., e.g., Jorge Miranda. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 467.

dos psicólogos, nada mais lógico do que proibir essas práticas estigmatizantes, como fizeram as resoluções. Portanto, as medidas satisfazem o *subprincípio da adequação*.

O mesmo se pode afirmar em relação ao *subprincípio de necessidade*. Não há qualquer medida alternativa, à disposição do CFP, que promova tais objetivos com a mesma intensidade, e que seja mais branda do que as proibições às atividades profissionais estabelecidas nas resoluções. Recorde-se que só contam como alternativas as medidas que tenham a mesma eficácia na produção dos resultados almejados. Assim, por exemplo, uma campanha do CFP contra a patologização, por psicólogos, de pessoas pela sua orientação sexual e identidade de gênero até poderia gerar efeitos favoráveis na proteção da dignidade e igualdade dos homossexuais, travestis e transgêneros. Mas certamente não o faria com a mesma intensidade do que a total vedação das práticas discriminatórias, tal como decretaram as resoluções.

As proibições também satisfazem o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Afinal, de um lado da balança figuram a dignidade e a igualdade de membros de grupos estigmatizados, que são bens jurídicos de extraordinária relevância em nossa ordem constitucional. Eles seriam gravemente afetados com a eventual permissão de terapias e tratamentos psicológicos baseados na patologização das orientações sexuais e identidades de gênero contrárias aos padrões heteronormativos e cisnormativos vigentes. Portanto, a medida promove fortemente direitos e valores de extraordinária relevância sob o prisma constitucional.

Do outro lado, tem-se uma restrição a um direito fundamental também importante – a liberdade profissional. Essa restrição, porém, é mínima, já que a liberdade de ofício só resta limitada na sua extrema periferia. Afinal, trata-se do banimento de práticas que contrariam a deontologia profissional e o consenso científico no campo da psicologia. Além de antiéticas, tais práticas são, em geral, absolutamente ineficazes, pois não geram o resultado de modificar a orientação sexual e a identidade de gênero dos pacientes. Ademais, elas tendem a causar graves danos a esses pacientes. É o que

comprovam os estudos existentes sobre o tema,⁷⁸ bem como a experiência do Conselho Federal de Psicologia.

Assim, não é difícil concluir que, sob o prisma dos valores e princípios constitucionais, as vantagens decorrentes das medidas superam em muito os ônus que resultam das restrições impostas à liberdade profissional. Ou seja, as medidas também satisfazem o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No exame dessa matéria, aliás, o Poder Judiciário deve adotar posição de extrema autocontenção na avaliação da ponderação realizada pelo CFP, em deferência à maior *expertise* do conselho profissional para avaliar aspectos científicos e deontológicos inerentes à psicologia, que a questão discutida envolve.⁷⁹

Finalmente, é indubitável que essa ponderação está perfeitamente orientada para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Aliás, essa é a finalidade principal das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18. O equacionamento inverso da colisão de direitos, que permitisse a patologização de pessoas por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero, ofenderia gravemente tal princípio, por desprotegê-lo diante de graves ameaças representadas pelas atividades de maus psicólogos, a serviço de uma agenda de preconceito e de intolerância.

3.2.3. Restrições proporcionais à liberdade de expressão: a proibição do *hate speech* e a proteção de minorias estigmatizadas

As Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 contêm regras que explicitam restrições à liberdade de expressão das psicólogas e dos psicólogos. A primeira, em seu artigo 4º,

⁷⁸ Cf., e.g., American Psychological Association. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*. *Op. cit.*

⁷⁹ Ao tratar de parâmetros de autocontenção judicial, em obra acadêmica elaborada com outro colega, registrei: “*Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. É recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito*” (Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 464). No mesmo diapasão, ao tratar do controle judicial de atos administrativos, Gustavo Binenbojm ressaltou que “*quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial*” (*Uma Teoria do Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 236).

determina que “[o]s psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”. Já a segunda, em seu artigo 6º, estabelece que “[a]s psicólogas e os psicólogos, no âmbito de sua atuação profissional, não participarão de pronunciamentos, inclusive nos meios de comunicação e internet, que legitimem ou reforcem o preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis”.

Assim, observando os parâmetros delineados no subitem 3.2.1, é preciso verificar se tais restrições são proporcionais e se, sob o ângulo substantivo, elas se orientam para a promoção e proteção da dignidade humana. O tema envolve a questão da validade de proibição do chamado *hate speech* – discurso público que promove a intolerância e a discriminação.⁸⁰

O assunto é delicado, pois, por um lado, parece evidente que manifestações públicas voltadas à diminuição e à degradação de certos grupos – especialmente os mais vulneráveis – estão longe de ser inofensivas, causando profundos danos aos integrantes das coletividades alvejadas.⁸¹ Mas, por outro, a liberdade de expressão constitui direito extremamente importante nas ordens jurídicas democráticas, que também deflui do princípio da dignidade humana.

A questão é objeto de controvérsia em todo o mundo, mas, com a singular exceção norte-americana, tem prevalecido no Direito Constitucional Comparado e no Direito Internacional dos Direitos Humanos a tese de que é legítima a restrição ao *hate*

⁸⁰ Tratei detidamente do tema em Daniel Sarmiento. “A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207-262. Veja-se também, a propósito, Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012; Michel Rosenfeld. “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”. *Cardoso Law School Working Paper*, n. 41, 2001; Mari Matsuda et al. *Words that Wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boulder: Westview, 1993; Sandra Coliver (Ed.). *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and no discrimination*. Essex: Human Rights Centre of the University of Essex, 1992.

⁸¹ Nessa linha, veja-se Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. *Op. cit.*; e Mari Matsuda et al. *Words that Wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. *Op. cit.*

speech.⁸² Nessa linha, por exemplo, tanto o Tribunal Constitucional alemão⁸³ como a Corte Europeia de Direitos Humanos⁸⁴ reconheceram a validade da proibição de manifestações que negavam a ocorrência do Holocausto.

Diversos argumentos são aduzidos em favor da vedação do discurso intolerante e discriminatório. Em primeiro lugar, o fato de que tais manifestações em nada contribuem para o robustecimento da esfera discursiva das democracias – que é um dos objetivos centrais da liberdade de expressão. Afinal, o debate público pressupõe respeito mínimo entre os seus participantes, para que funcione de modo adequado. Na verdade, o discurso intolerante tende a criar ambiente de grave tensão, que compromete o diálogo social, indispensável para a vida democrática. Além disso, muitas vezes ele leva suas vítimas, acuadas e humilhadas, a se retirarem do espaço público comunicativo, em detrimento de toda a sociedade, que perde o acesso a vozes e pontos de vista relevantes, cuja expressão enriqueceria e pluralizaria os debates sociais.⁸⁵ Nesse sentido, diz-se que o *hate speech* exerce “efeito silenciador” sobre os seus alvos, ao intimidá-los e diminuí-los, em detrimento da sua própria liberdade de expressão.⁸⁶

Não bastasse, a vedação ao *hate speech* se fundamenta também – e sobretudo – na percepção dos danos que causa à dignidade de suas vítimas, e à paz e tolerância na sociedade. Afinal, esse tipo de discurso gera humilhação, dor, medo e abalos à autoestima dos seus alvos, contribuindo para a disseminação e para a naturalização do preconceito e da discriminação na sociedade.⁸⁷ A Suprema Corte do Canadá ressaltou esses pontos, no

⁸² Cf. Michael Rosenfeld. “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”. *Op. cit.*; Sandra Coliver (Ed.). *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. *Op. cit.*

⁸³ Cf. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. 90 BVerfGE 241 (1994). Sobre o tratamento do *hate speech* na Alemanha, veja-se Winfried Brugger. “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law”. In: AA.VV. *Acts of the 16th Congress of the International Academy of Comparative Law*. Brisbane, 2002, p. 01-52.

⁸⁴ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Roger Garaudy vs. France*. Application n. 65831/01, julg. em 24/06/2003.

⁸⁵ Nessa linha, Owen Fiss “The Supreme Court and the Problem of Hate Speech”. *Capitol University Law Review*, n. 24, 1995, p. 287-288.

⁸⁶ Cf. Owen Fiss. “The Supreme Court and the Problem of Hate Speech”. *Op. cit.*; Martha Minow. *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law and Repair*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 37.

⁸⁷ Cf. Mari Matsuda et al. *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*. *Op. cit.*

juízo do caso *Regina vs. Keegstra*,⁸⁸ que tratou da condenação criminal de um professor, por defender e difundir entre os seus alunos ideias antissemitas:

“Essencialmente, há dois tipos de dano causados pela propaganda do ódio. Primeiro, há o dano causado aos membros do grupo alvejado. É indiscutível que o dano emocional causado por palavras pode gerar graves consequências psicológicas e sociais. [...] O senso de dignidade e de pertencimento à comunidade de uma pessoa está diretamente ligado ao respeito e consideração dados aos grupos aos quais ela pertence. [...] O desprezo, hostilidade e abuso encorajados pela propaganda do ódio têm um impacto negativo severo no senso individual de autoestima e aceitação. Um segundo efeito danoso da propaganda do ódio que levanta preocupações relevantes é a sua influência sobre a sociedade como um todo. [...] Não é implausível que a disseminação ativa da propaganda do ódio possa atrair mais pessoas para a sua causa e neste processo criar grave discórdia entre os vários grupos culturais presentes na sociedade.”

No Brasil, a orientação quanto à validade da proibição do discurso do ódio foi adotada pelo STF no julgamento do caso *Ellwanger*, que tratou da condenação, por crime de racismo, de editor de livros que se especializara na divulgação de obras de teor antissemita. Consta na ementa daquele histórico julgamento:

“10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção radical definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos, como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

[...]

14. As liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação do racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra.

⁸⁸ Suprema Corte do Canadá. *Regina vs. Keegstra*. (1990) 3 S.C.R. 697.

Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”⁸⁹

Um argumento adicional importante naquele caso foi empregado no voto do Ministro Celso de Mello: não é só o Estado que deve respeitar o princípio da dignidade humana, que também vincula os particulares. Daí a legitimidade da proibição da prática, uma vez que o discurso de ódio agride seriamente a integridade moral daqueles que vilipendia.

O STF revisitou mais recentemente a matéria, em caso que envolvia, além da liberdade de expressão, também a liberdade religiosa. Um pastor evangélico fora condenado criminalmente pela incitação ao ódio religioso, tendo em vista o teor de suas manifestações intolerantes dirigidas contra adeptos de outras crenças. A Suprema Corte considerou válida a condenação, atribuindo, no caso concreto, peso superior à dignidade humana e à igualdade, em relação às liberdades de expressão e de religião. No voto proferido pelo Min. Celso de Mello, consignou-se:

“Irrecusável, contudo, que o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração constitucional, deslegitima-se quando a sua exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

[...]

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”⁹⁰

É importante consignar que a caracterização do discurso como *hate speech* não pressupõe que, na sua forma, ele se apresente raivoso ou violento. A intolerância, a discriminação e a violência no conteúdo já são suficientes. Um texto que diga, por exemplo, que os negros são menos inteligentes do que os brancos e mais propensos a

⁸⁹ STF. HC n° 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, julg. em 17/09/2003.

⁹⁰ STF. RHC n° 146.303, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, julg. 06/03/2018.

cometerem crimes configura discurso de ódio, mesmo que não venha recheado de impropérios e de palavras de ordem racistas. Pelo contrário, muitas vezes o recurso a um discurso pseudocientífico e supostamente neutro pode até agravar o dano às vítimas e à sociedade, por conferir, pelo menos na aparência, uma maior respeitabilidade às ofensas à dignidade e à discriminação, ampliando a penetração social das ideias intolerantes.

Essa questão veio à baila nos debates a propósito das “negações do Holocausto”, muitas vezes apresentadas sem ofensas explícitas aos judeus, e com a aparência de discurso científico sobre a história germânica. Não obstante, sob esse disfarce, esconde-se tática que atenta contra a dignidade humana dos integrantes do povo judeu.⁹¹

Ora, não há dúvida de que o discurso profissional proibido pelas Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 – que trata a orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa como algo intrinsecamente doentio, que deve ser “curado” por tratamentos psicológicos, e não respeitado e valorizado pela sociedade – representa discurso de ódio, de caráter profundamente intolerante e discriminatório. Mesmo que essas manifestações não sejam vazadas em linguagem ofensiva na forma, tal discurso já é profundamente atentatório à dignidade de suas vítimas e à igualdade, pelo seu próprio conteúdo. E esse discurso de ódio mais sutil na forma pode gerar dano ainda maior às suas vítimas e à sociedade, tendo em vista a maior credibilidade de que tende a se revestir, especialmente quando convoca em seu apoio a autoridade científica da psicologia.

É nesse contexto que se deve proceder à análise da observância do princípio da proporcionalidade das resoluções, no que tange às restrições à liberdade de expressão.

Não há dúvida de que as medidas satisfazem ao *subprincípio da adequação*. Afinal, a tutela da dignidade e da igualdade de pessoas homossexuais, transexuais e

⁹¹ Nesse sentido, registrou Michel Rosenfeld: “*racistas atuais podem se sentir compelidos a colocar suas mensagens racistas de modo mais sutil. Por exemplo, antisemitas podem se engajar na negação do Holocausto, ou na sua minimização, para dar a aparência de que estão participando de um debate histórico atual. [...] Do mesmo modo, racistas americanos já recorreram ao que parecia ser um debate científico, invocando certas estatísticas – como as que indicam que negros cometem proporcionalmente mais crimes do que brancos – para promover seus preconceitos com o disfarce de estarem formulando posições políticas informadas por fatos ou teorias científicas. [...] O discurso de ódio evidente, como o que envolve claros insultos ou ataques racistas, pode ser chamado de “discurso de ódio na forma”. Em contraste, manifestações como a negação do Holocausto ou outras mensagens codificadas que não transmitem explicitamente ofensas, mas que são igualmente destinadas a demonstrar ódio ou desprezo, podem ser designadas como “discurso de ódio em substância” (Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis. Op. cit., p. 6 e 8, tradução livre).*”

travestis é finalidade mais que legítima, e a vedação de discursos profissionais que patologizem a identidade desses indivíduos se afigura meio idôneo para tanto.

O *subprincípio da necessidade* também se encontra satisfeito, uma vez que inexistem, à disposição do CFP, meios alternativos menos restritivos à liberdade de expressão, que protejam com a mesma intensidade os bens jurídicos tutelados pelas resoluções.

Do mesmo modo, não há qualquer ofensa ao *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* nas referidas resoluções. Nos casos de discurso de ódio voltados à promoção da discriminação e da intolerância contra grupos vulneráveis e estigmatizados, a dignidade humana das vítimas e a igualdade assumem peso superior à liberdade de expressão, como afirma a jurisprudência do STF. E, na hipótese em discussão, as restrições à liberdade de expressão nem são tão severas. Afinal, o CFP regulou apenas o *discurso profissional* das psicólogas e psicólogos, já que os demais aspectos da vida desses indivíduos refogem ao seu poder normativo. Portanto, tais pessoas não foram impedidas de se manifestar como cidadãos e cidadãs, ou em suas comunidades religiosas e familiares, defendendo essas mesmas – e lamentáveis – ideias de patologização dos homossexuais, transexuais e travestis.

Por outro lado, é evidente que essa solução para o conflito entre direitos fundamentais é a que mais promove o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, a dignidade é, exatamente, um dos elementos da ponderação subjacente às resoluções – precisamente o elemento ao qual se conferiu prioridade no equacionamento da colisão principiológica. De todo modo, trata-se de solução que, independentemente das resoluções, já poderia ser diretamente inferida tanto da Constituição Federal, como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como visto acima.

3.2.4. Ética e liberdade científica: proporcionalidade das restrições às pesquisas

Um dos argumentos por vezes invocado contra as Resoluções CFP n° 01/99 e n° 01/18 é o de que elas restringiriam indevidamente a liberdade científica, por não

permitirem a realização e a divulgação de pesquisas relacionadas à conversão da orientação sexual e da identidade de gênero. Esse argumento tampouco procede.

Não se ignora que a Constituição protege a liberdade científica. O seu art. 5º, inciso IX, salvaguarda a “*expressão da atividade [...] científica, independentemente de censura e licença*”. E, para além dessa faceta da liberdade de expressão que garante a comunicação de opiniões sobre temas científicos, a liberdade para a própria pesquisa científica também é constitucionalmente assegurada, como assentou o STF, no julgamento da ADI nº 3.510, que tratou da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.⁹² O constituinte, inclusive, determina ao Estado que promova e incentive “*o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*” (art. 218, *caput*, CF). Assim, não se afigura constitucionalmente possível a censura de teses ou a proibição de pesquisas científicas apenas por desafiar o *status quo* político-social ou por interpelarem o conhecimento convencional. No Estado Democrático de Direito, definitivamente, não há espaço para práticas similares ao julgamento de Galileu Galilei pela Igreja.

Pelo contrário, a ciência pode avançar exatamente porque o conhecimento científico está sempre aberto a questionamentos. Aliás, toda a epistemologia científica se baseia nessa possibilidade, o que torna sempre provisórias e sujeitas a refutação as “certezas” da ciência cristalizadas em cada momento.⁹³

Nada obstante, se há um ponto pacífico nessa matéria é o de que a liberdade científica pode e deve ser limitada, não para interditar a discussão de dogmas e verdades sagradas, mas para proteger valores éticos fundamentais. São muitas as controvérsias sobre o conteúdo e significado desses valores. Mas ninguém nega a possibilidade de imposição de limites éticos à ciência. Essa certeza se consolidou após o Tribunal de Nuremberg, que, dentre outros crimes de guerra dos nazistas, apurou a realização de experiências médicas atroztes com seres humanos, supostamente voltadas para a promoção do avanço da ciência. Desde então, tornou-se indiscutível a necessidade de

⁹² STF. ADI nº 3.510, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 29/05/2008.

⁹³ Nesse sentido, em obra clássica, Karl Popper afirmou que não é a verdade, mas a falseabilidade – vale dizer, a possibilidade de se comprovar o erro de determinada ideia –, que representa o conceito-chave do pensamento científico. Cf. *The Logic of Scientific Discovery*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002.

estabelecimento desses limites éticos, especialmente quando a ciência se debruça sobre o próprio ser humano.⁹⁴ É o que proclama a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em cujo artigo 3º se lê que “[a] dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser sempre respeitados”, e que “[o]s interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade” (itens 1 e 2, respectivamente).

Não por outra razão, é frequente a imposição de normas para disciplinar, sob a perspectiva ética, as experiências que envolvam pessoas humanas.⁹⁵ No Brasil, o tema é regulado pela Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, que, além de estabelecer normas substantivas fundamentais sobre a matéria – como os princípios da *autonomia, beneficência, não maleficiência, justiça e equidade* (item III.III.1) –, também determinou a necessidade de submissão de qualquer pesquisa com seres humanos à aprovação de comitê de ética em pesquisa, de caráter multidisciplinar (item VII).

De forma similar, a Resolução nº 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde estabelece os princípios éticos para pesquisas em ciências humanas e sociais que utilizem dados obtidos diretamente com os participantes, ou que envolvam informações identificáveis de pessoas. Dentre eles, figuram “a recusa a todas as formas de preconceito, incentivando o respeito à diversidade, à participação de indivíduos e grupos vulneráveis e discriminados e às diferenças dos processos de pesquisa” e o “compromisso de todos os envolvidos na pesquisa de não criar, manter ou ampliar as situações de risco ou vulnerabilidade para indivíduos e coletividades, nem acentuar o estigma, o preconceito ou a discriminação” (art. 3º, incisos V e IV, respectivamente).

⁹⁴ Tais limites são o tema central da Bioética. Veja-se, a propósito, *e.g.*, Tom L. Beuchamp e James F. Childress. *Princípios da Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002; Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka e Volnei Garrafa (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasil: Conselho Federal de Medicina, 1998; Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine. *Problemas Atuais de Bioética*. 5ªed. São Paulo: Loyola, 2000.

⁹⁵ Cabe breve menção a alguns documentos de importância histórica que trataram da matéria: em 1947, na sequência do Tribunal de Nuremberg, foi editado o Código de Nuremberg, estabelecendo padrões éticos mínimos para experiências com seres humanos. Em 1964, foi aprovada pela Associação dos Médicos Mundiais a Declaração de Helsinki, tratando da mesma temática. Nos Estados Unidos foi elaborado em 1978 o Relatório Belmont, redigido por uma Comissão do Congresso norte-americano, em que foram formulados os princípios básicos da Bioética, aplicados até hoje. Na Europa, foi adotada em 1996 a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina. Em 1997, a UNESCO editou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Em 2005, a mesma UNESCO aprovou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, mais amplo documento internacional sobre a matéria.

Em outras palavras, não há dúvida de que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana justificam a imposição de limites intransponíveis à liberdade científica. Como salientou Peter Singer, “a proteção de direitos humanos fundamentais [...] tem precedência sobre a liberdade científica”, tendo em vista que “a ciência está subordinada à ética”.⁹⁶ A omissão em estabelecer tais limites ofende a Constituição, por desproteger bens jurídicos tão valiosos em nosso sistema jurídico. Nessa linha, advertiu Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“O interesse científico não pode desconhecer, menosprezar ou violar direitos fundamentais do ser humano, ainda que a finalidade da investigação seja a mais legítima em termos de possibilidade de aproveitamento e melhoria para as pessoas. Limita-se, portanto, o direito de experimentar livremente para proteger o cabedal de direitos daquele que se propõe a ser o sujeito da experiência e para proteger a dignidade humana em sua expressão social mais ampla.”⁹⁷

É precisamente essa a ideia que anima as Resoluções CFP n° 01/99 e n° 01/18. Tais normas estabeleceram limites à pesquisa e à divulgação científica não para garantir qualquer dogma da psicologia, mas, repita-se, para proteger a dignidade humana e a igualdade das pessoas homossexuais, transexuais e travestis. Limites que, como já consignado, podiam ser diretamente inferidos tanto da Constituição Federal, como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Não há dúvida sobre a observância do princípio da proporcionalidade nessas limitações. Em relação ao *subprincípio da adequação*, as finalidades perseguidas são legítimas e o meio eleito é idôneo para promovê-las. É que, se a patologização da orientação sexual e da identidade de gênero causam danos comprovados tanto aos pacientes que se sujeitam aos questionáveis tratamentos de “cura”, como a todo o universo de pessoas homossexuais, transexuais e travestis, por gerar sofrimento e reforçar estigmas e preconceitos, a vedação de tais práticas, mesmo que de caráter experimental,

⁹⁶ Peter Singer. “Ethics and the Limits of Scientific Freedom”. In: *The Monist*, Vol. 79, n° 2, 1996, p. 218-229 (tradução livre).

⁹⁷ Cármen Lúcia Antunes Rocha. “Vida Digna: Direito, Ética e Ciência”. In: Carmen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 94-95.

bem como das respectivas divulgação e publicidade, configura, sem dúvida, medida adequada.

O *subprincípio da necessidade* também é respeitado, pois inexitem medidas alternativas igualmente eficazes para a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade de minorias sexuais, que sejam mais brandas do que as resoluções no que toca às restrições impostas à liberdade científica.

Da mesma forma, não há qualquer afronta ao *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que, sob o ângulo dos valores constitucionais envolvidos, a proteção da dignidade e da igualdade de pessoas homossexuais, transexuais e travestis decorrente das vedações previstas na Resoluções CFP n° 01/99 e n° 01/18 compensa, com grande folga, as limitações que os atos normativos impõem à liberdade científica. Na ordem jurídica brasileira, a proteção da ciência é certamente importante, mas a tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais das pessoas tem valor ainda superior, e essa seria gravemente afetada se não existissem as vedações em discussão.

Finalmente, a solução para o conflito principiológico encontrada pelas resoluções do CFP está plenamente alinhada com o princípio da dignidade da pessoa humana – o qual, como visto, é o norte que deve orientar as ponderações entre direitos fundamentais contrapostos. Afinal, as resoluções limitam a liberdade científica por reconhecerem que a pessoa humana é um fim em si – como exprime a conhecida máxima kantiana –, e não a ciência. Esta, por mais importante que seja, jamais pode ser empregada para violar a dignidade humana e os direitos fundamentais dos indivíduos.

4. Dimensões processuais

4.1. Os limites do controle de constitucionalidade em ação civil pública e ação popular

Conforme demonstrado nos itens anteriores, as Resoluções CFP n° 01/99 e n° 01/18 não apenas são compatíveis com a ordem constitucional brasileira, como representam a concretização inafastável de importantes direitos e garantias

constitucionais e convencionais na sua área de incidência. Nada obstante, o Consulente relata que tais atos normativos vêm sendo judicialmente questionados. A sua principal preocupação se volta contra a impugnação das resoluções por meio de ação civil pública e de ação popular, nas quais se busca a invalidação dos citados atos normativos, em razão da sua suposta incompatibilidade com a Constituição, ou então comando judicial gerador de efeitos idênticos.

Segundo o Consulente, é o que ocorre na Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400, em trâmite perante o TRF da 1ª Região, e na Ação Civil Pública nº 1002156-22.2018.4.01.3500, processada junto à 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Goiás. Na primeira já foi, inclusive, proferida sentença, que se valeu da técnica da interpretação conforme a Constituição para realizar controle de constitucionalidade da Resolução CFP nº 01/99, que vedara os tratamentos de “cura gay”, impedindo a aplicação do ato normativo em casos nos quais os próprios pacientes buscassem o tratamento psicológico por desejarem mudar a sua orientação sexual – o que a sentença caracterizou como “egodistonia”. Já na segunda, esse uso impróprio da ação coletiva foi judicialmente reconhecido pela sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

Assim, torna-se fundamental analisar os limites do controle de constitucionalidade realizado em processos coletivos, como a ação civil pública e a ação popular. Antes de fazê-lo, porém, cabem algumas breves notas sobre o nosso complexo sistema de jurisdição constitucional, visando à melhor compreensão do problema.

Como se sabe, o sistema de controle de constitucionalidade previsto pela Constituição de 1988 é *híbrido* ou *misto*,⁹⁸ já que conjuga elementos do controle difuso e concreto de atos normativos infraconstitucionais com sua fiscalização concentrada e abstrata. O controle difuso, tributário do modelo norte-americano, confere a todos os juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação de uma norma considerada inconstitucional na decisão de determinado caso concreto.⁹⁹ O controle é incidental, já

⁹⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1085; Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

⁹⁹ Na lição de Luiz Guilherme Marinoni: “*No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma, que é pressuposto à resolução da demanda – se apresenta conjugada à aferição do direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras*

que constitui premissa necessária para apreciação de algum litígio submetido ao Poder Judiciário. Já no controle concentrado e abstrato, de inspiração europeia, o próprio objeto da ação é o questionamento sobre a compatibilidade da norma com a ordem constitucional.¹⁰⁰ Esse controle abstrato, quando toma como parâmetro a Constituição Federal, é monopolizado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

No controle abstrato, as decisões proferidas revestem-se de eficácia *erga omnes* – isto é, eficácia oponível contra todos – e de efeito vinculante. Na prática, o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização abstrata de constitucionalidade equivale à exclusão da norma do ordenamento jurídico. Já no controle concreto, a decisão somente opera efeitos entre as partes da controvérsia, e para a resolução da questão decidida no processo.¹⁰¹

A controvérsia sobre o cabimento do controle de constitucionalidade nas ações coletivas deriva do fato de que as decisões proferidas nesses processos têm, muitas vezes, eficácia *erga omnes*. Com efeito, em razão da natureza dos conflitos subjacentes a esses processos, o legislador erigiu sistemática própria para a coisa julgada que neles se produz. Nessa linha, o art. 18 da Lei nº 4.717/65¹⁰² e o art. 16 da Lei nº 7.347/85¹⁰³ estabelecem, respectivamente, na ação popular e na ação civil pública, a regra geral de que a sentença

palavras, não é o objeto ou mesmo o fim do processo. Ou seja, o processo não é instaurado em virtude de dúvida acerca da legitimidade da norma nem objetiva definir a sua constitucionalidade, declarando-se sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade.” (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 969).

¹⁰⁰ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 970.

¹⁰¹ Na atualidade, há, todavia, uma tendência à abstrativização do controle difuso, quando este é realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, sustenta Gilmar Ferreira Mendes, que “*se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que comunique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa*”. (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1122). O tema, todavia, envolve controvérsias e sutilezas que escapam ao escopo deste Parecer.

¹⁰² Lei nº 4.717/65, art. 18: “*A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova*”.

¹⁰³ Lei nº 7.347/85, art. 16: “*A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova*”.

faz coisa julgada *erga omnes*. O Código de Defesa do Consumidor também prevê, em seu art. 103, um regime próprio para a coisa julgada nas ações coletivas,¹⁰⁴ com previsão de eficácia *erga omnes* em diversos casos.

Assim, a depender do tipo de pedido formulado nas ações coletivas, o provimento jurisdicional obtido pode se equiparar à realização do controle abstrato de constitucionalidade, que é monopolizado pelo STF, o que se revela incompatível com nosso sistema de jurisdição constitucional. Diante disso, segmento relevante da doutrina passou a sustentar o descabimento do controle de constitucionalidade nas referidas ações, sob o argumento de que a sua aceitação importaria em chancela à usurpação, pelos juízes e tribunais que julgam tais processos, de competência constitucional privativa da Corte Suprema. Trata-se da posição sustentada, dentre outros juristas, por Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald e José dos Santos Carvalho Filho.¹⁰⁵

De acordo com o outro segmento doutrinário – ao qual me filio –, o controle de constitucionalidade nas ações voltadas a direitos transindividuais pode ser realizado.¹⁰⁶ Afinal, inadmiti-lo prejudicaria a tutela coletiva de direitos, que a ordem jurídica quis fortalecer. Nada obstante, nessa hipótese, a eventual controvérsia constitucional *não pode constituir o objeto da demanda*. A discussão acerca da constitucionalidade de uma norma no processo coletivo deve ser a questão prejudicial, que condiciona o julgamento do mérito da causa, e não a própria causa. Conforme explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “é preciso que a ação coletiva tenha por objetivo a solução de um problema

¹⁰⁴ Lei nº 8.078/1990, art. 103, *caput*: “*Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81*”.

¹⁰⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 385 e *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.126; Arnaldo Wald. “Usos e Abusos da ação civil pública (análise de sua patologia)”. *AJURIS*, n. 61, a. XXI – 1994, p. 86; José dos Santos Carvalho Filho. *Ação civil pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109 e ss.

¹⁰⁶ Nessa linha, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1077-1080; Teori Albino Zavascki. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231; e Juliano Taveira Bernardes. “Novas perspectivas processuais de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade”. *Revista Jurídica da Presidência*, nº 52, 2003.

*concreto, não podendo servir para simplesmente afastar erga omnes a vigência de uma lei do ordenamento jurídico”.*¹⁰⁷

No mesmo sentido, aponta a lição de André Ramos Tavares:

*“Evidentemente que na ação coletiva o pedido jamais poderá ser pela declaração de inconstitucionalidade. Esta, a inconstitucionalidade, encontra-se nos fundamentos, na causa de pedir, da ação. Sendo assim, a questão da inconstitucionalidade é prejudicial, a ser decidida incidentalmente. Rege a hipótese a regulação processual comum, não surgindo coisa julgada relativamente à ‘questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.’”*¹⁰⁸

É esse o entendimento que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência da Corte distingue *“a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo de outra na qual a questão constitucional configura simples prejudicial da postulação principal”.*¹⁰⁹ O *leading case* na matéria foi a Reclamação nº 600, relatada pelo Min. Néri da Silveira, em cuja ementa se lê:

“Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de

¹⁰⁷ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Volume 4. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 354. Nessa linha, consignou Arruda Alvim: *“A ação civil pública, em que não se define um litígio concreto, com os elementos essenciais de um litígio (fatos concretamente acontecidos, atribuídos ou relacionados com o réu ou os réus), senão onde se objetiva fundamentalmente só a declaração de inconstitucionalidade, não pode comportar um tal pedido, ainda que de incidir tantum venha nominado”.* (Arruda Alvim. *“A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de proteção e defesa do consumidor”.* In: Édis Milaré. (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*. São Paulo: RT, 1995).

¹⁰⁸ André Ramos Tavares. *“Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas”.* *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 1, 2003, p. 113.

¹⁰⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1126.

*lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, **afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento**”.*¹¹⁰ (negrito acrescentado)

Desde então, o STF vem diferenciando (i) as ações coletivas que deduzem pretensões concretas e nas quais há uma questão constitucional prejudicial, (ii) daquelas que objetivam “*dissimular o controle abstrato de constitucionalidade*”, aceitando as primeiras, mas não as segundas.¹¹¹ Na precisa síntese do Min. Celso de Mello:

*“O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.”*¹¹²

São numerosos os julgados em que o STF reconheceu o manejo indevido de ações coletivas que pretendiam obter efeito análogo à declaração de inconstitucionalidade, e que, por isso, usurpavam a competência daquela Corte. Foi o caso da Reclamação nº 1.519, que versava sobre ação civil pública cujo objeto consistia em vedação à aplicação de lei sobre o aproveitamento dos ocupantes do extinto cargo de censor federal. Na ocasião, o STF constatou que “*o pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, traduzindo-se em pedido principal da demanda*”,¹¹³ acolhendo, assim, a

¹¹⁰ STF. Rcl nº 600, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. em 03/09/1997. Na mesma data, foram julgadas as Reclamações nº 597 e 602.

¹¹¹ A expressão foi empregada pelo Min. Dias Toffoli na ementa do acórdão da Reclamação nº 19.662/MT, julgada em 06 de setembro de 2016.

¹¹² STF. Rcl nº 1.898-ED, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 10/06/2014.

¹¹³ STF. Rcl nº 1.519, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julg. em 17/11/2011.

reclamação. No mesmo sentido, figura o julgamento da Reclamação nº 2.224, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, em que se decidiu:

*“Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal”.*¹¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça também possui farta jurisprudência afirmando a impossibilidade do emprego tanto da ação civil pública, quanto da ação popular, como sucedâneos do controle abstrato de inconstitucionalidade. É o que se constata a partir dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.827/99. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS LESIVOS. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO.

1. A ação popular foi proposta pelo recorrido, objetivando, em síntese, a declaração da extinção do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES; a nulidade de artigos da Medida Provisória 1.827 e de todos os atos administrativos correspondentes aos repasses ao Fundo, a partir de outubro de 1988 e a devolução dos recursos indevidamente repassados.

[...]

*3. Mérito – da impossibilidade jurídica do pedido na ação popular. Sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a ação popular não se mostra a via adequada para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei federal, devendo haver a comprovação da prática de atos administrativos concretos que violem o erário público. Precedentes.”*¹¹⁵

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - GRATUIDADE DE ENSINO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO MUNICÍPIO - SENTENÇA MOTIVADA - DESCABIMENTO DE ANULAÇÃO - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE

¹¹⁴ STF. Rcl nº 2.224, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 26/10/2005.

¹¹⁵ STJ. REsp nº 1.081.968, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 06/10/2009.

INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - ORIGEM DOS RECURSOS FINANCEIROS PARA MANUTENÇÃO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

[...]

3. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.”¹¹⁶

Tal orientação é também sufragada pelo TRF da 1ª Região, que tem, inclusive, precedente sobre controle de constitucionalidade de resolução do CFP. Confira-se:

“2. Nos termos da legislação de regência, a Ação Popular destina-se a proteger o patrimônio público, propiciando a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos entes públicos ou de instituições ou entidades criadas, custeadas ou subvencionadas pelos cofres públicos; bem como ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultural.

3. Não se presta, pois, a referida ação, de índole constitucional, à declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 02/2003 do Conselho Federal de Psicologia, portanto, lei em tese. Usurpação da competência da Suprema Corte.”¹¹⁷

“2. No caso dos autos, pretende o Ministério Público Federal a anulação do inciso XII do art. 8º da Resolução nº 114/2011, do CJF, bem como dos Acórdãos ns. 1871/2003 e 399/2007 do TCU, que têm caráter normativo e tratam da utilização de tempo de serviço para fins de concessão de benefícios com reflexos econômicos, prestado anteriormente por servidor público a uma sociedade de economia mista ou a uma empresa pública.

3. Predomina no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que é cabível a ação civil pública para controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser deduzida em juízo como causa de pedir, e não como o próprio pedido da pretensão autoral.

4. O STF decidiu ser inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal

¹¹⁶ STJ. REsp nº 437.277, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. em 07/10/2004.

¹¹⁷ TRF – 1ª Região, Reexame Necessário nº 0008838-05.2007.4.01.3400, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, julg. em 20/11/2012.

Federal (RCL 1.733-SP, relator Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 01/12/2000).

5. Em que pese as alegações do autor de haver pedido de declaração de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade de norma, o ajuizamento de ação civil pública contra ato normativo, contra lei em tese, assume os mesmos contornos de controle de constitucionalidade, tendo em vista o amplo alcance (erga omnes) de uma eventual procedência do pedido.”¹¹⁸

Pois bem. É indiscutível que as Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade no STF.

De acordo com o art. 102, I, “a” da Constituição de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade – ADI presta-se à impugnação de *lei ou ato normativo federal ou estadual* com a Carta Magna. Ora, as referidas resoluções constituem atos normativos federais, dotados dos atributos de generalidade, abstração e impessoalidade. Por essa ótica, as resoluções em questão poderiam ser questionadas por meio da propositura de ADI.

A única dúvida possível nesta questão se origina do entendimento do STF de que a ADI somente pode ser manejada para questionamento de atos normativos primários, ou seja, aqueles que se fundam diretamente na Constituição.¹¹⁹ No caso das Resoluções CFP nº 01/99 e 01/18, esse *status* é discutível, já que, embora o conteúdo dos atos normativos em questão se fundamente na Constituição, explicitando seus ditames, a competência do CFP para a sua edição decorre de lei federal – a Lei nº 5.766/71 – e não da Lei Maior.

Contudo, caso se considere incabível a ADI, a sua impugnação por suposta violação a princípios constitucionais relevantes, como os apontados na ação popular e na ação civil pública acima referidas, poderia ser realizada por intermédio do ajuizamento de outra ação do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição, e disciplinada pela Lei nº 9.882/99. Afinal, a ADPF volta-se para a impugnação de qualquer ato do poder público ao qual se aponte violação de preceito

¹¹⁸ TRF – 1ª Região, Apelação Cível nº 0051744-68.2011.4.01.3400, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Jamil Rosa de Jesus Oliveira, julg. em 19/07/2017. No mesmo sentido, TRF – 1ª Região, Apelação Cível nº 0000286-87.1999.4.01.3802, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJe 22/2/2010.

¹¹⁹ Cf., *e.g.*, STF, ADI nº 2.308, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 25/04/2001; e ADI nº 1.590, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 19/06/1997.

fundamental da Constituição (art. 1º, *caput*, Lei nº 9.882/99), sempre que inexistir outro meio processual apto para sanar a lesão (art.4º, § 1º, Lei nº 9.882/99).

Ao interpretar esse requisito da inexistência de outro meio para sanar a lesão a preceito fundamental (princípio da subsidiariedade da ADPF), a jurisprudência do STF assentou que devem ser consideradas apenas as ações do controle abstrato de constitucionalidade.¹²⁰ Assim, caso se considere incabível o ajuizamento de ADI para impugnação das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18, isso bastaria para caracterizar o cabimento da ADPF para questionamento dos mesmos atos normativos.¹²¹

Portanto, de um modo ou de outro, existe ação no controle abstrato e concentrado de normas para exame da constitucionalidade das referidas resoluções, de competência privativa do STF. Assim, na linha de pacífica jurisprudência do STF, STJ e TRF da 1ª Região, tal controle não pode ser realizado em ações coletivas cujo objetivo principal – explícito ou disfarçado – seja a própria invalidação, total ou parcial, dos referidos atos normativos, por conta de sua alegada inconstitucionalidade. Logo, a ação popular e a ação civil pública são instrumentos inadequados para realização desse controle, e seu julgamento envolve usurpação de competência privativa do STF.

Firmada essa premissa, cabe analisar se a Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400 e a Ação Civil Pública nº 1002156-22.2018.4.01.3500 representam tentativas de exercício camuflado de controle abstrato de constitucionalidade das resoluções do CFP. E a resposta é claramente positiva.

Em relação à Ação Popular, a leitura dos pedidos já permite que se conclua que o objetivo central da ação é a invalidação da Resolução CFP nº 01/99 – como visto, uma norma geral e abstrata de conduta, editada pelo Poder Público federal. E a fundamentação

¹²⁰ Cf., *e.g.*, STF, ADPF nº 388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 09/03/2016; ADPF nº 97, Rel. Min. Rosa Weber, julg. em 21/08/2014; e ADPF nº 33, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 07/12/2005.

¹²¹ Vale destacar que, ao conceder a medida cautelar nos autos da ADPF nº 489, em que se impugnou a portaria do Ministério do Trabalho que desfigurou o sistema de combate ao trabalho escravo, a Min. Rosa Weber assentou o cabimento da ação em questão para fins de se contestar atos do Poder Público de caráter normativo. Para ela, “*a arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, a específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – sejam eles atos normativos, ou não [...]*” (STF. ADPF nº 489, decisão monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, julg. em 23/10/2017).

do pedido é a suposta incompatibilidade da resolução com cláusulas constitucionais, notadamente as liberdades de expressão e científica (art. 5º, IX, CF). Portanto, o que se tem, claramente, é uma ação popular utilizada como instrumento para controle abstrato de constitucionalidade.

Porém, apesar da evidência do desvio, ele não foi coibido pelo Juízo Federal da 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, que não apenas deu andamento ao processo, como já proferiu sentença, julgando parcialmente procedente o pedido ao empregar a técnica da interpretação conforme a Constituição para “*determinar ao CFP que se abstenha de interpretar a Resolução n. 001/1999 de modo a impedir os psicólogos, sempre e somente se forem a tanto solicitados, no exercício da profissão, de promoverem os debates acadêmicos, estudos (pesquisas) e atendimentos psicoterapêuticos que se fizerem necessários à plena investigação científica dos transtornos psicológicos e comportamentais associados à orientação sexual egodistônica, previstos no CID – 10 F66.1*”.

Tal decisão, portanto, julgou parcialmente inconstitucional a Resolução CFP nº 01/99, impedindo a sua incidência sobre situações em que ela deveria ser aplicada. Como se sabe, a interpretação conforme a Constituição, empregada pela sentença, é técnica da jurisdição constitucional que envolve a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, sem redução de texto.¹²² Assim, ao valer-se dessa técnica, e obstar, na hipótese reputada inconstitucional, a aplicação da resolução sobre todos os seus potenciais destinatários, a sentença realizou indisfarçável controle abstrato de constitucionalidade, usurpando, com isso, a competência privativa do STF.

A usurpação também está caracterizada na ação civil pública acima referida, embora de forma um pouco mais escamoteada. O pedido principal também é de

¹²² Veja-se, nessa linha, recente precedente do STF: “*Reclamação. 2. Direito Administrativo. 3. Servidores públicos. 4. Incorporação da vantagem referente aos 13,23%. Lei 10.698/2003. 5. Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta. 6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). **Interpretação conforme a Constituição configura claro juízo de controle de constitucionalidade.** Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente.” (STF. Rcl nº 14.872, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 31/05/2016, negrito acrescentado).*

invalidação do ato normativo – neste caso, da Resolução CFP nº 01/18. E os principais fundamentos aduzidos na petição inicial são referentes à suposta incompatibilidade entre tal resolução e normas da Constituição Federal: liberdade profissional, liberdade de expressão e princípio da legalidade.

O descabimento da pretensão formulada pelo MPF na ação civil pública foi corretamente percebido pelo Juízo da 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que extinguiu o processo sem resolução do mérito. É ver-se:

“Já no caso, o MPF não esconde a pretensão de atingir o ato impugnado de modo genérico e abstrato. Na verdade, a controvérsia constitucional foi posta em tese. Tanto é que o autor da ação nem sequer se preocupou em trazer alguma controvérsia concreta acerca da aplicação da Resolução CFP nº 1/2018, tampouco em identificar alguma pessoa transexual ou travesti a solicitar tratamento psicológico.

Ademais, também os pedidos principais formulados contra a resolução o foram de modo absolutamente genérico e abstrato, como se a ação civil pública pudesse servir de instrumento processual equivalente às ações diretas de inconstitucionalidade. A inicial busca, literalmente, a imediata suspensão da aplicação da Resolução CFP nº 1/2018 aos psicólogos (item 7.1.1), bem como, por sentença, seja tornada “definitiva” tal suspensão (item 7.2.7). Pedidos típicos de ações do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, cuja legitimidade ativa pertence exclusivamente, no âmbito do Ministério Público, ao Procurador Geral da República”.

Portanto, também neste caso, houve tentativa de forçar o juízo monocrático a exercer a fiscalização abstrata de constitucionalidade de ato normativo federal.

4.2. Cabimento de reclamação por usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal

A reclamação é instrumento processual voltado à preservação da competência de um tribunal ou à garantia da autoridade de suas decisões. De origem jurisprudencial,¹²³

¹²³ A esse respeito, cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1327 e ss.

a reclamação ao STF foi acolhida pela Constituição de 88, que a previu expressamente em seu art. 102, inciso I, alínea “1”.

Através do referido instituto, é possível requerer à Suprema Corte a cassação de decisões de juízes e de tribunais que tenham usurpado a competência do STF, ou descumprido alguma decisão sua. Com efeito, a Lei nº 8.038/90, que trata do processo perante o STF e o STJ estabelece, em seu art. 17, que, na reclamação, “*o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência*”.

Como visto no item anterior, usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal a decisão judicial que julga ou mesmo que admite o processamento de ação civil pública ou de ação popular cujo objeto central – explícito ou dissimulado – seja a realização de controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo, com efeitos *erga omnes*. Em tais circunstâncias, não há dúvidas de que a reclamação pode ser empregada para preservar a competência do STF, com a postulação da cassação da decisão eventualmente proferida e o reconhecimento da inadequação processual da ação coletiva, com a sua consequente extinção.

Nesse sentido, já se manifestou a Suprema Corte, em diversos precedentes, *e. g.:*

“Constitucional e Processual Civil. Reclamação constitucional. Subsídio mensal e vitalício pago a ex-ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo. Ação civil pública. Contorno de ação direta de inconstitucionalidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Reclamação julgada procedente.

1. A ausência de identidade entre os atores elencados como responsáveis pela prática dos atos lesivos ao patrimônio público e aos princípios da Administração Pública na narrativa apresentada na peça vestibular da ação civil pública e aqueles indicados para integrar o polo passivo da lide, bem como a constatação de que o adimplemento do benefício está fundamentado em ato normativo geral editado pelo Poder Legislativo do Estado do Mato Grosso e que o pedido de cessação do pagamento do benefício está fundamentado em normas constitucionais evidenciam a pretensão final da ACP de que se declare a inconstitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda à Constituição estadual nº 22/2003, esvaziando a eficácia da referida norma.

2. A pretensão deduzida nos autos da ação civil pública está dissociada da natureza típica das ações de responsabilização cível; se destina, antes, a

dissimular o controle abstrato de constitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda nº 22/2003 à Constituição do Estado do Mato Grosso, que, ao extinguir a pensão vitalícia paga aos ex-ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo estadual, assegurou a manutenção do pagamento àqueles que já houvessem adquirido o direito de gozar o benefício.

3. Há usurpação da competência do STF inscrita no art. 102, I, a, da CF/88 quando configurado o ajuizamento de ação civil pública com o intento de dissimular o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo estadual em face da Constituição Federal.

4. Arquivamento da ação civil pública, ante a ausência de legitimidade ativa ad causam do Parquet estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte, nos termos do art. 103 da CF/88. Precedentes.

5. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação civil pública, declarar a incompetência do juízo de primeira instância e determinar o arquivamento da ação”¹²⁴.

“Constitucional e Processual Civil. Reclamação constitucional. Contribuição para custeio de iluminação pública. Ação civil pública. Contorno de ação direta de inconstitucionalidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Reclamação julgada procedente.

1. A pretensão deduzida nos autos da ação civil pública se destina a dissimular o controle abstrato de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 39/2002, que incluiu o art. 149-A na Constituição Federal de 1988, instituindo a competência tributária dos municípios e do Distrito Federal para a cobrança de contribuição de custeio do serviço de iluminação pública.

2. Os municípios e o Distrito Federal, ao instituírem a contribuição de iluminação pública e preverem a sua cobrança na fatura de energia elétrica, atuam a partir do disposto no art. 149-A da Constituição Federal, cuja declaração de inconstitucionalidade no processo in abstracto teria como consequência lógica a inconstitucionalidade por arrastamento de leis locais que instituíram o tributo, retirando do ordenamento jurídico o fundamento constitucional e legal da exação tributária em comento.

3. Reclamação julgada procedente”¹²⁵.

Desse modo, parece-me cabível o ajuizamento de reclamação ao STF contra a sentença já proferida pela 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal na Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400. O mesmo raciocínio se estende a

¹²⁴ STF. Rcl nº 19.662, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 01/08/2017.

¹²⁵ STF. Rcl nº 2.353, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 20/11/2014.

qualquer outra ação coletiva que venha a ser ajuizada com o objetivo, explícito ou velado, de invalidação das Resoluções CFP nº 01/99 ou nº 01/18, por conta de sua suposta inconstitucionalidade.

5. Resposta aos quesitos

Com base no que foi exposto, passo a responder de modo sintético aos quesitos formulados pelo Consulente:

(a) O Conselho Federal de Psicologia detém competência para edição das Resoluções nº 01/99 e nº 01/18?

Sim. Essa competência foi outorgada ao CFP pelos arts. 1º e 6º da Lei nº 5.766/71. Tal atribuição de competência se ajusta ao modelo adotado no Brasil – e em muitos outros países – de outorga de poderes aos conselhos profissionais para regulação das profissões regulamentadas. No caso, o aspecto regulado se liga à deontologia profissional, cuja disciplina é normalmente atribuída aos conselhos profissionais pela legislação brasileira.

(b) As Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18 são materialmente constitucionais? Eles se harmonizam com os princípios da legalidade, da liberdade de ofício, da liberdade de expressão e da liberdade de pesquisa científica?

Sim. Tais resoluções não apenas são compatíveis com a Constituição, como explicitam orientações normativas que já podiam ser inferidas da nossa Lei Fundamental, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proibição de discriminações. Afinal, a patologização da orientação sexual e da identidade de gênero de pessoas as estigmatiza, degrada e discrimina, em contrariedade aos referidos princípios constitucionais. Os comandos contidos nas referidas resoluções podiam também ser extraídos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, especialmente do seu art.

1.1, que veda discriminações odiosas. Essas afirmações se baseiam não só na melhor exegese da Constituição e do Pacto de San Jose da Costa Rica, como também na clara posição dos seus principais intérpretes institucionais – respectivamente, o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos –, que têm firme jurisprudência banindo discriminações contra pessoas em razão da sua orientação sexual e identidade ou expressão de gênero.

As resoluções não ofendem ao princípio da legalidade, pois se limitam a explicitar comandos constitucionais decorrentes de normas garantidoras de direitos fundamentais – e, portanto, autoaplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição. As restrições que elas contêm às liberdades de profissão, expressão e científica são válidas, porque compatíveis com o princípio da proporcionalidade e orientadas para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Com relação à liberdade profissional, não há dúvida de que podem ser impostas restrições deontológicas aos ofícios regulamentados, dentre as quais a exigência de que seu exercício não viole a dignidade humana e os direitos fundamentais de terceiros, que é o que ocorre com a patologização de orientação sexual e de identidade de gênero de grupos estigmatizados, vedada pelas resoluções. No que toca à liberdade de expressão, a atribuição de natureza “doentia” à orientação sexual ou à identidade de gênero de pessoas integrantes de minorias estigmatizadas caracteriza o *hate speech*, que não é tolerado na ordem jurídica brasileira. Já quanto à liberdade científica, é indiscutível a legitimidade da imposição de limites éticos à ciência, como os que envolvem a proteção de direitos básicos de grupos minoritários e vulneráveis, na linha do que foi determinado pelas resoluções discutidas.

(c) A ação popular e a ação civil pública podem ser utilizadas para obter a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial das Resoluções CFP nº 01/99 e nº 01/18, ou para gerar efeito materialmente equivalente?

Não. Embora seja cabível o controle incidental de constitucionalidade nas ações coletivas – como a ação civil pública e a ação popular –, ele não pode ser utilizado como sucedâneo do controle abstrato de constitucionalidade, que, no Brasil, é monopolizado

pelo STF. É o que ocorre tanto com a Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400, ora em trâmite perante o TRF da 1ª Região, como com a Ação Civil Pública nº 1002156-22.2018.4.01.3500, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal de Goiás.

(d) É cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal para impugnar eventuais decisões judiciais proferidas em ação popular ou ação civil pública, que afastem a plena aplicação das citadas resoluções e que se baseiem em juízo de inconstitucionalidade total ou parcial dos seus ditames?

Sim. É cabível a Reclamação para o STF, prevista no art. 102, I, “I”, da Constituição, visando à preservação da competência privativa da Corte. Afinal, as decisões referidas no quesito usurpam a competência do STF para exercício do controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos federais.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2018



DANIEL SARMENTO
Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Pós-doutor na Yale Law School