

A violação de direitos decorrente de testes de orientação sexual no âmbito da União Europeia

Violation of rights resultin from sexual orientation test within the European Union

Dionis Mauri Penning Blank¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: Introdução; 1 A orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; 2 A realização da peritagem psicológica para verificação da orientação sexual; Conclusão; Referências.

Resumo: Trata-se de análise de acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual foi reconhecido que testes de orientação sexual aplicados em refugiados violam direitos fundamentais, sob o enfoque da violação da dignidade humana e da vida privada. O trabalho foi examinado sob dois enfoques: a orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; e a realização de peritagem psicológica para verificação da orientação sexual. A orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que merece ampla proteção.

Palavras chave: orientação sexual, dignidade da pessoa humana, vida privada.

Abstract: This is an analysis of the judgment of the Court of Justice of the European Union in which it was recognized that tests of sexual orientation applied on refugees violate fundamental rights, with a focus on the violation of the dignity human and private life. The work was examined under two approaches: sexual orientation as an exercise of a fundamental freedom, of free personality development; and the conduct of psychological examination to verify sexual orientation. Sexual orientation should be interpreted as the exercise of a fundamental freedom, of free development of the personality of the individual, that deserves ample protection.

Keywords: sexual orientation; dignity of human; privacy.

INTRODUÇÃO

No acórdão oriundo do processo C-473/16², julgado no dia 25 de janeiro de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que as autoridades não devem

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Ambiental e Mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas. Bolsista CAPES. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: dionisblank@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/5181555838698145>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6301-4651>

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és

submeter os postulantes a asilo a testes psicológicos para aferir a sua orientação sexual, pois constituiria uma ingerência desproporcional na vida privada, revelando os aspectos mais íntimos da vida.

O caso envolve um cidadão de nacionalidade nigeriana, o qual apresentou um pedido de asilo junto ao Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria, aduzindo que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade. O Instituto designou um perito da área psicológica para avaliar a personalidade do postulante, com o intuito de que a sua orientação sexual fosse identificada, concluindo que os resultados dos testes não corroboravam a afirmação do recorrente de que era homossexual, sobrevivendo o indeferimento do pedido de asilo.

Houve interposição de recurso dessa decisão ao Tribunal Administrativo e do Trabalho de Szeged, Hungria, com o argumento de que a realização dos testes teria violado direitos fundamentais e que não teriam sido adequados para provar a orientação sexual. O Tribunal requisitou ao Instituto de Peritos e Investigadores Forenses da Hungria um parecer sobre a controvérsia instaurada, o qual apontou que os testes seriam adequados para determinar com suficiente certeza a orientação sexual de um indivíduo, indicando também que a realização desses testes não seria suscetível de violar a dignidade humana.

De qualquer forma, o Tribunal Administrativo e do Trabalho considerou que, não possuindo os conhecimentos científicos e técnicos necessários para fiscalizar as conclusões periciais, não poderia se afastar dessas conclusões, mas diante das dúvidas a respeito da interpretação correta do direito da União, o Tribunal decidiu pela suspensão e submissão da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de ser apurada a aplicação e interpretação do art. 4º da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o art. 4º da Diretiva 2011/95, que estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem se beneficiar de proteção internacional, deve ser interpretado no sentido de que a autoridade responsável pela determinação da peritagem psicológica não pode basear a sua decisão unicamente nas conclusões de um relatório pericial e que, posteriormente, essa autoridade não pode estar vinculada por essas conclusões quando aprecia as declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual.

Por isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que a realização e utilização de uma peritagem psicológica constituem uma ingerência no direito da pessoa ao respeito da sua vida privada, apontando que, embora a realização do teste dependa formalmente do consentimento da pessoa, esse consentimento não é necessariamente livre, visto que é imposto sob a pressão das circunstâncias em que o requerente de asilo se encontra, acarretando uma violação da sua dignidade.

Sendo assim, este o trabalho tem por objetivo analisar o acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, notadamente sob o enfoque da violação da dignidade da pessoa humana e da vida privada. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido o trabalho dividido em duas partes principais, quais sejam, a) a orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; e b) a realização de peritagem psicológica para verificação da orientação sexual.

1 A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO EXERCÍCIO DE UMA LIBERDADE FUNDAMENTAL, DE LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 132/RJ, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, estabeleceu premissas fundamentais para que o caso fosse melhor analisado, cabendo destaque a algumas, pois dizem respeito diretamente ao tema ora em análise e não podem ser deixadas de lado.

Primeiramente, quanto à homossexualidade ser um fato da vida:

[...]. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.³

Posteriormente, no sentido de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual:

[...]. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção (...) de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte propria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.⁴

Por fim, tem-se uma espécie de desdobramento das duas anteriores, considerando que a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contra majoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, divulgado em 13/10/2011, publicado em 14/10/2011, p. 59. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 2 dez. 2019.

⁴ Ibid., p. 59-60.

maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.⁵

Nessa direção, cuida-se de dar concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual, competindo ao Estado assegurar que o ordenamento jurídico conceda igualdade de oportunidades a todos, de forma que cada um possa conduzir a sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.

Por isso, a orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual merece salvaguarda, livre de preconceito ou de qualquer outro modo de discriminação, com destaque para o fato de que a própria União Europeia incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos, consoante, a título ilustrativo, no que diz com a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, que é apoiada pelo Brasil.

Na posição de um direito fundamental e bem de personalidade, a orientação sexual se pauta como uma emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo em um poderoso fator de afirmação e de elevação pessoal. O exercício da autonomia individual significa o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, à igualdade material consagrada na Constituição Federal, impondo tolerância e convivência harmônica entre todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, considerando a dignidade como uma tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana imporia ao Estado, “[...] além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam impedir as pessoas de viverem com dignidade”⁶. Acrescenta Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quando como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem (...) que a dignidade de pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que um indivíduo necessita de concurso do

⁵ Ibid., p. 61.

⁶ WOLFGANG SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110.

Estado e/ou comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.⁷

Nesse raciocínio, a primazia da dignidade da pessoa humana rompe com paradigmas históricos e culturais, dando efetividade ao princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, e rejeitando a discriminação e o tratamento excludente, que marginalizam, especialmente, grupos minoritários, impondo-se o reconhecimento da orientação sexual como um exercício de liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Bastaria uma interpretação constitucional sistemática da disposição acima, para chegarmos à conclusão de que, independente da orientação sexual e dos sentimentos/vivências/performatividades com base no gênero, todo indivíduo merece respeito no que tange aos traços personalíssimos integrantes do vasto espectro da sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

As atuais discussões e concepções jurídico-doutrinárias sobre constitucionalismo e direitos humanos encontram no pluralismo – traço relevante dos Estados Democráticos, sintonizado com o princípio do respeito à dignidade humana – um dos seus eixos de sustentação.⁸

Por sua vez, ponderam Elisângela Padilha e Carla Bertoncini:

A dignidade da pessoa humana, apesar de constituir um valor maior, isto não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais. Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de fundamentalismo da dignidade, já que esta possui conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a qualquer tipo de restrição.⁹

De qualquer sorte, o Estado deve assegurar ações para criação de uma legislação que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual, em que pese não seja desconhecido que o reconhecimento e a preservação desse direito passem por uma série de concepções culturais,

⁷ SARLET WOLFGANG, I. "Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017, p. 38-39.

⁸ DE DEUS SILVA JÚNIOR, E.; ALVES MATTOS, I. "A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual". *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 281-318, mai. 2011, p. 288.

⁹ PADILHA, E.; BERTONCINI, C. "A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional". *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 137-145, jul./dez. 2016, p. 144.

filosóficas, religiosas, as quais demandam tempo de consolidação pela sociedade. Qualquer exigência de mudança na orientação sexual, para que haja efetiva proteção de um direito ou segurança mínima dele, revela desprezo à dignidade.

Nesse particular, destacam Fernando Rodrigues Silva e Henrique Caetano Nardi:

Diante desta nova conjuntura, o Estado não mais pode se manter silente a tais clamores, de modo que se constitui uma colaboração entre o Estado e os movimentos sociais, que surge em função da epidemia, mas se amplia na defesa dos direitos sexuais. Esta, no contexto da saúde, desprende-se do aspecto reprodutivo tão somente e passa a comportar a sexualidade enquanto característica integrante da atenção integral à saúde.

Sendo assim, vai havendo um deslocamento da questão das homossexualidades da ocultação para a revelação; da imoralidade para a valorização ética; da invalidação social para a cidadania. Neste quesito o Judiciário se configura como uma arena importante na construção e garantia dos direitos pela livre expressão das sexualidades e no combate à discriminação por orientação sexual. Esta instância, além de nos apresentar as possibilidades de enfrentamento dessa problemática no que diz respeito à instrumentação legal, atua como instigador de respostas do Estado frente a tal questão.¹⁰

A respeito da orientação sexual, como fenômeno complexo, explicam Aline Beckmann Menezes, Regina Célia Souza Brito e Alda Loureiro Henriques:

[...] o primeiro ponto a ser defendido aqui é a importância do estudo da orientação sexual humana como fenômeno complexo, constituído de diferentes padrões e funções.

A caracterização da orientação sexual como fenômeno complexo incorre, entre outras coisas, na necessidade de rompimento com a tradicional dicotomia inato e aprendido. Assim, a perspectiva interacionista faz-se fundamental para articular os diferentes resultados existentes na literatura, possibilitando a interpretação de que, ao invés de contraditórios, estes seriam complementares.

Pode-se compreender que padrões comportamentais complexos são, inexoravelmente, frutos da interinfluência biológica e cultural, em um ciclo contínuo de modificações individuais. Defende-se aqui, portanto que se pode considerar que a orientação sexual não seria resultante diretamente nem de fatores biológicos nem de culturais, mas que suas múltiplas formas de manifestação decorreriam de diferentes interações entre esses elementos e, conseqüentemente, de diferentes percursos de desenvolvimento ontogenético.¹¹

Dessa forma, não merece defesa qualquer argumento preconceituoso, devendo o direito dar proteção igual, no âmbito das leis e do sistema político-judiciário, com o banimento da punição, exclusão e discriminação que fomentem a intolerância, estimulem o desrespeito e desigualem as pessoas em decorrência de sua orientação sexual.

¹⁰ RODRIGUES SILVA, F.; CAETANO NARDI, H. "A construção social e política pela não-discriminação por orientação sexual". *Physis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 251-265, 2011, p. 254.

¹¹ BECKMANN MENEZES, A.; CÉLIA SOUZA BRITO, R.; LOUREIRO HENRIQUES, A. "Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista". *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 26, n. 2, p. 245-252, abr./jun. 2010, p. 246.

Nesse particular, merece destaque o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça¹² no Brasil:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE.

ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.

1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.

132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, "este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva".

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n.

¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026714&dt_publicacao=25/03/2015>. Acesso em: 2 dez. 2019.

4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.

7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que "não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro".

8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.

9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.

10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015).

Nesse contexto, conforme ilustra o julgado, o direito à igualdade somente pode ser efetivado quando for garantido o direito à diferença, ou seja, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo a base jurídica para a edificação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

2 A REALIZAÇÃO DA PERITAGEM PSICOLÓGICA PARA VERIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

O direito à dignidade e o direito à vida privada e familiar foram considerados violados no acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União

Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, envolvendo um cidadão nigeriano, que apresentou à autoridade húngara um pedido de asilo (Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria), com o argumento de que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade.

No processo de asilo, o Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria avaliou a credibilidade do cidadão nigeriano por meio de várias entrevistas. Posteriormente, o Instituto designou um perito psicólogo para examinar a personalidade do requerente, a fim de que a sua orientação sexual pudesse ser averiguada. Após a aplicação de vários testes psicológicos, o psicólogo concluiu que os resultados dos testes não corroboravam a afirmação do recorrente de que era homossexual, o que acarretou o indeferimento do pedido de asilo.

Sobreveio recurso dessa decisão ao Tribunal Administrativo e do Trabalho de Szeged, Hungria), com alegação de que a realização dos testes teria violado direitos fundamentais e que os testes não seriam adequados para provar a orientação sexual. Na sequência do processo, o Tribunal requisitou ao Instituto de Peritos e Investigadores Forenses que emitisse um parecer sobre a controvérsia instaurada.

O parecer emitido pelo Instituto conclui que, contrariamente ao que o recorrente defendeu, os testes seriam adequados para determinar com suficiente certeza a orientação sexual de um indivíduo. O parecer indicou também que a realização desses testes não seria suscetível de violar a dignidade humana do recorrente. Dessa forma, o Tribunal Administrativo e do Trabalho considerou que, não possuindo os conhecimentos científicos e técnicos necessários para fiscalizar as conclusões dos peritos, não poderia se afastar dessas conclusões. O mesmo Tribunal considerou também que os testes em questão não têm caráter médico, uma vez que a psicologia é um ramo das ciências humanas.

Por essas razões, havendo dúvidas a respeito da interpretação correta do direito da União, o Tribunal decidiu pela suspensão e submissão da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com as seguintes questões prejudiciais: (a) deve o art. 4º da Diretiva 2011/95, lido à luz do art. 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, relativamente a requerentes de asilo pertencentes à comunidade lésbica, gay, bissexual, transexual e intersexual, acolha-se e avalie o parecer pericial de um psicólogo forense, baseado em testes de personalidade projetivos, quando, para a sua elaboração, não sejam feitas perguntas sobre hábitos sexuais, tampouco haja submissão a um teste físico?; (b) no caso de o parecer pericial a que se refere a primeira questão não poder ser utilizado como elemento de prova, deve o art. 4º da Diretiva 2011/95, lido à luz do art. 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que, quando o pedido de asilo tenha por fundamento a perseguição em virtude da orientação sexual, nem as autoridades administrativas nacionais nem os tribunais têm qualquer possibilidade de avaliar, através de métodos periciais, a veracidade do alegado pelo requerente de asilo, independentemente das características particulares dos referidos métodos?

O sumário do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser assim referido¹³:

Sumário — Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018

1. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság - Hungria - F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) - Processo C-473/16. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-473/16>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Dever de considerar a orientação sexual como um facto provado apenas com base nas declarações do requerente — Inexistência — Consequências

(Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.º)

2. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Necessidade de apreciar sistematicamente a credibilidade da orientação sexual — Inexistência

[Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigos 2.º, alínea d), 4.º e 10.º, n.ºs 1, alínea d), e 2]

3. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Apreciação através de peritagem — Admissibilidade — Requisitos

(Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.º)

4. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Apreciação através de uma peritagem psicológica assente em testes projetivos da personalidade — Violação do direito ao respeito da vida privada e familiar — Inadmissibilidade

(Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 7.º; Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.º).

Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia, fazendo constar que a orientação sexual constitui uma característica que pode demonstrar a pertença a determinado grupo social, quando o grupo de pessoas cujos membros partilham da mesma orientação sexual for visto pela sociedade que o rodeia como sendo diferente, decidiu que o art. 4º da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que a autoridade responsável pela apreciação dos pedidos de proteção internacional ou os órgãos jurisdicionais chamados a conhecer, se for caso disso, de um recurso de uma decisão dessa autoridade ordenem uma peritagem no âmbito da apreciação dos fatos e das circunstâncias relativos à orientação sexual alegada de um requerente, desde que as modalidades dessa peritagem sejam conformes com os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que essa autoridade e esses órgãos jurisdicionais não baseiem a sua decisão unicamente nas

conclusões do relatório pericial e não estejam vinculados por essas conclusões quando da apreciação das declarações desse requerente relativas à sua orientação sexual.

O Tribunal consignou que não se pode excluir que, no contexto particular da apreciação das declarações de um requerente de proteção internacional relativas à sua orientação sexual, certas formas de peritagem se revelem úteis à apreciação dos fatos e das circunstâncias e possam ser realizadas sem lesar os direitos fundamentais desse requerente. No entanto, a autoridade responsável pela determinação está encarregada de proceder a uma apreciação adequada dos pedidos, no fim da qual adotará a sua decisão sobre os mesmos. Por conseguinte, só a essas autoridades incumbe proceder, sob a fiscalização do juiz, à apreciação dos fatos e das circunstâncias previstas no art. 4º da Diretiva 2011/95. Daí decorre que a autoridade responsável pela determinação não pode basear a sua decisão unicamente nas conclusões de um relatório pericial e que, *a fortiori*, essa autoridade não pode estar vinculada por essas conclusões quando aprecia as declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual.

Levando em conta isso, a realização e utilização de uma peritagem psicológica constituem uma ingerência no direito dessa pessoa ao respeito da sua vida privada, conforme fundamentado pelo Tribunal. Nesse particular, embora uma ingerência na vida privada possa ser justificada pela busca de elementos que permitam avaliar as necessidades reais de proteção internacional, compete à autoridade responsável pela determinação apreciar, sob a fiscalização do juiz, o caráter adequado e a necessidade, para a realização desse objetivo, de uma peritagem psicológica. A esse respeito, há que sublinhar que o caráter adequado de uma peritagem só pode ser admitido se esta for baseada em métodos e princípios suficientemente confiáveis à luz das normas aceitas pela comunidade científica internacional. Em qualquer dos casos, no entanto, a incidência sobre a vida privada do requerente de uma peritagem se afigura desmedida face ao objetivo visado, uma vez que a gravidade da ingerência no direito ao respeito da vida privada que a mesma constitui não pode ser considerada proporcional à utilidade que ela poderia eventualmente apresentar para a apreciação dos fatos e das circunstâncias previstas no art. 4º da Diretiva 2011/95.

Com base nisso, o Tribunal de Justiça apontou que a diretiva relativa às condições de concessão do estatuto de refugiado permite que as autoridades nacionais ordenem uma peritagem no âmbito da apreciação de um pedido de proteção internacional com vista a melhor determinar as necessidades reais de proteção internacional do requerente. Todavia, as modalidades de um eventual recurso a uma peritagem devem ser conforme os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como o direito ao respeito da dignidade humana e o direito ao respeito da vida privada e familiar.

Assim, não se pode excluir que, quando da apreciação das declarações de um requerente de asilo relativas à sua orientação sexual, certas formas de peritagem se revelem úteis para a apreciação dos fatos e das circunstâncias apresentados no pedido e possam ser realizadas sem lesar os direitos fundamentais. A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinha, contudo, que, no âmbito da apreciação das declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais não podem basear a sua decisão apenas nas conclusões de uma peritagem e não podem estar vinculados por essas conclusões.

Sendo assim, é preciso dizer que, embora a realização desses testes dependa formalmente do consentimento da pessoa, esse consentimento não é necessariamente livre, visto que é imposto sob a pressão das circunstâncias em que o requerente de asilo se encontra. Ora, nestas condições, o recurso a uma peritagem psicológica para determinar a orientação sexual do requerente constitui uma ingerência no direito dessa pessoa ao respeito da sua vida privada.

O Tribunal de Justiça observou, igualmente, que a realização de uma peritagem psicológica para determinar a orientação sexual de um requerente de asilo

não é indispensável para avaliar a credibilidade das declarações do requerente relativas à sua orientação sexual. O Tribunal de Justiça entendeu que, por força da diretiva, perante uma situação em que a orientação sexual do requerente não é justificada por provas documentais, as autoridades nacionais, que devem dispor de pessoal competente, podem basear-se, de maneira particular, na coerência e na plausibilidade das declarações da pessoa em causa. Por outro lado, a peritagem tem, na melhor das hipóteses, uma confiabilidade apenas limitada, uma vez que a sua utilidade para efeitos da avaliação da credibilidade das declarações de um requerente de asilo pode ser posta em causa, notadamente nos casos em que, como no caso vertente, as declarações do recorrente não são contraditórias.

A conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia privilegia a orientação sexual como um exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da livre personalidade do indivíduo, que merece proteção, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação, promovendo o princípio da dignidade da pessoa humana e exigindo do Estado o correspondente dever de proteção.

Nessa direção, devem ser ressaltados os apontamentos de Luciano Augusto de Toledo Coelho, em trabalho intitulado testes psicológicos e o direito – uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade:

Ressalte-se que, doutrinariamente, vida privada está ligada à relação com a coletividade, protegendo o indivíduo do conhecimento alheio. Intimidade diz respeito a uma esfera mais fechada, que permite inclusive o desenvolvimento reservado da própria personalidade. [...].

Parece-nos fora de dúvida que testes de personalidade ou projetivos invadem a esfera psíquica do indivíduo e que, se existe um direito psíquico, derivado da personalidade, que é irrenunciável, não se justifica, juridicamente, hoje, em todas as situações, a aplicação de testes [...].¹⁴

Nessa linha de raciocínio, recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, serem inconstitucionais dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que excluíam do rol de habilitados para doação de sangue os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes, prevalecendo o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, no qual podem ser extraídas valiosas ponderações a respeito do tema em análise:

A aversão exagerada à alteridade, quer decorra de orientação sexual ou de manifestação de identidade de gênero, não raro deságua em sua negação e, no extremo, em tentativas, por vezes tristemente bem-sucedidas de sua aniquilação existencial [...].

[...].

Sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão [...].

[...].

Isso porque se está a exigir, para manifestação de um elemento da personalidade - o exercício da alteridade mediante o ato de doação de sangue -, o completo aniquilamento de outra faceta da própria personalidade - o exercício da liberdade sexual. Há, nesse quadrante, violação à dignidade inerente a cada sujeito (art. 1º, III, CRFB), que se vê impedido de exercer sua liberdade e autonomia (art. 5º, caput, CRFB) expressadas pelos direitos de personalidade que

¹⁴ AUGUSTO DE TOLEDO COELHO, L. "Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade". *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 90-100, ago. 2004, p. 94-95.

lhes constituem (sua orientação sexual) para ter um gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo. Tal moldura normativa também impõe, assim, um tratamento não igualitário injustificado e, portanto, inconstitucional (art. 5º caput, CRFB).

[...].

Também nessa toada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a qual teve o Brasil, juntamente com Argentina, Equador e Uruguai, como um dos primeiros signatários, expande a abrangência da discriminação, constituindo primeiro instrumento jurídico juridicamente vinculante que condena discriminação em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero [...].

[...].

Igualmente elucidativa é a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento confeccionado por especialistas em reunião das organizações não governamentais International Commission of Jurists e International Service for Human Rights, cujo texto conclusivo foi apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, e que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

[...].

Reconhecido o exercício livre e responsável da sexualidade, é de se entender a partir dos postulados nos Princípios de Yogyakarta que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e devem ser integralmente gozados por todos os cidadãos quaisquer sejam suas orientações sexuais ou identidades de gênero.¹⁵

Outrossim, no acórdão oriundo do processo C-451/16, julgado no dia 26 de junho de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁶, afirmando a existência de proibição de toda e qualquer forma de discriminação em razão do sexo em matérias de prestações sociais, concluiu que a legislação britânica concede um tratamento menos favorável a uma pessoa que mudou de identidade sexual após o seu casamento do que a uma pessoa que conservou o seu sexo de nascimento estando casada, apontando, então, a discriminação direta em razão do sexo.

Considerando o exposto, tem-se que o caso analisado do Tribunal de Justiça da União Europeia, seguindo os termos de sua jurisprudência, coíbe a violação de aspectos íntimos da vida, exigindo o respeito à dignidade e à vida privada e familiar, afastando a peritagem psicológica para fins de deliberação a respeito de orientação sexual, o que se releva congruente com os demais casos analisados, bem como à luz da doutrina examinada.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5543. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020, p. 2, 17, 37-38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2019.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 26 de junho de 2018 (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court of the United Kingdom em 12 de agosto de 2016 – MB/Secretary of State for Work and Pensions) – Processo C-451/16. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-451/16>>. Acesso em: 2 dez. 2019.

CONCLUSÃO

A orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que merece proteção livre de preconceito ou de qualquer outro modo de discriminação. Na posição de um direito fundamental e bem de personalidade, a orientação sexual se orienta como uma emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo em um poderoso fator de afirmação e de elevação pessoal. O exercício da autonomia individual significa o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, à igualdade material, impondo tolerância e convivência harmônica entre todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

A primazia da dignidade da pessoa humana rompe com paradigmas históricos e culturais, dando efetividade ao princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, e rejeitando a discriminação e o tratamento excludente, que marginalizam, especialmente, grupos minoritários. Qualquer exigência de mudança de orientação sexual, a qual se cuida de um fenômeno complexo, para que haja efetiva proteção de um direito ou segurança mínima dele, revela desprezo à dignidade.

O direito à dignidade e o direito à vida privada e familiar foram considerados violados no acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, envolvendo um cidadão de nacionalidade nigeriana, que apresentou à autoridade húngara um pedido de asilo, com o argumento de que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade.

Tal caso revela a preocupação com a violação de aspectos íntimos da vida, exigindo o respeito à dignidade e à vida privada e familiar, afastando-se a peritagem psicológica para fins de determinação a respeito da identificação da orientação sexual de um refugiado. Dessa maneira, tem-se que as autoridades devem se pautar, especialmente, na coerência e na plausibilidade das declarações da pessoa interessada, para fins de averiguar a sua credibilidade.

REFERÊNCIAS

- AUGUSTO DE TOLEDO COELHO, L. "Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade". *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 90-100, ago. 2004.
- BECKMANN MENEZES, A.; CÉLIA SOUZA BRITO, R.; LOUREIRO HENRIQUES, A. "Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista". *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 26, n. 2, p. 245-252, abr./jun. 2010.
- DE DEUS SILVA JÚNIOR, E.; ALVES MATTOS, I. "A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual". *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 281-318, mai. 2011.
- PADILHA, E.; BERTONCINI, C. "A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional". *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 137-145, jul./dez. 2016
- RODRIGUES SILVA, F.; CAETANO NARDI, H. "A construção social e política pela não-discriminação por orientação sexual". *Physis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 251-265, 2011.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026714&dt_publicacao=25/03/2015. Acesso em: 2 dez. 2019.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 2 dez. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5543. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020, p. 2, 17, 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastafachin/anexo/ADI5543.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2020.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság - Hungria – F / Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) – Processo C-473/16. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-473/16>>. Acesso em: 2 dez. 2019.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de junho de 2018 (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court of the United Kingdom em 12 de agosto de 2016 – MB/Secretary of State for Work and Pensions) – Processo C-451/16. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-451/16>>. Acesso em: 2 dez. 2019.
- WOLFGANG SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- WOLFGANG SARLET, I. "Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017.