

**I INTERNATIONAL EXPERIENCE
PERUGIA - ITÁLIA**

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IMPACTOS DEMOCRÁTICOS I**

MARCOS LEITE GARCIA

CLAUDIA MARIA DA SILVA BEZERRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C758

Constitucionalismo Transformador: Impactos Democráticos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Da Silva Bezerra, Marcos Leite Garcia. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-102-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inteligência Artificial e Sustentabilidade na Era Transnacional

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constitucionalismo Transformador. 3. Impactos Democráticos. I International Experience Perugia – Itália. (1: 2025 : Perugia, Itália).

CDU: 34



I INTERNATIONAL EXPERIENCE PERUGIA - ITÁLIA

CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IMPACTOS DEMOCRÁTICOS I

Apresentação

O I INTERNATIONAL EXPERIENCE, realizado em Perugia, Itália, entre os dias 28 e 30 de maio de 2025, teve como temática central “Inteligência Artificial e Sustentabilidade na Era Transnacional”, propondo uma reflexão interdisciplinar sobre os impactos da inovação tecnológica e da transformação ecológica nas estruturas jurídicas contemporâneas.

O evento buscou promover o diálogo entre diferentes áreas do Direito e campos do conhecimento diante dos desafios globais do século XXI, reunindo pesquisadores de diversas nacionalidades em torno de uma agenda comum voltada à justiça social, à democracia participativa e à governança responsável das novas tecnologias.

Neste contexto, o Grupo de Trabalho “Constitucionalismo Transformador: impactos democráticos I” reuniu pesquisas que investigam criticamente o papel das constituições na superação de desigualdades estruturais e na promoção de modelos democráticos mais inclusivos.

As contribuições apresentadas refletem a preocupação dos autores com a efetividade dos direitos fundamentais, com a ampliação dos mecanismos de participação social e com a ressignificação do papel das instituições no enfrentamento das múltiplas formas de exclusão. Com abordagens que vão do neoconstitucionalismo latino-americano às novas dimensões do direito digital, os trabalhos reafirmam o potencial do constitucionalismo transformador como ferramenta de reconstrução democrática, justiça social e fortalecimento do Estado de Direito em tempos de crise.

No primeiro dia de apresentações, os debates centraram-se em políticas públicas, reconhecimento de direitos e práticas institucionais emancipadoras. O artigo “Violência contra a pessoa idosa e a rede de proteção em Manaus” analisou os obstáculos enfrentados pelos órgãos de proteção social diante da ausência de integração institucional e de fluxos sistematizados de atendimento, apontando soluções de governança colaborativa.

Em linha convergente, o trabalho “Relacionamentos queerplatônicos: a possibilidade de reconhecimento jurídico de famílias não convencionais” questionou a normatividade jurídica vigente e defendeu a legitimação das estruturas afetivas não hegemônicas como formas

válidas de entidade familiar, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda no campo das desigualdades estruturais, o artigo “Equidade de gênero no Judiciário: ação afirmativa como caminho para a igualdade – análise da PEC 52/2024” discutiu a sub-representação feminina nos tribunais superiores brasileiros, destacando a importância das cotas de gênero e programas de mentoria institucional como instrumentos para romper o teto de vidro e democratizar o Poder Judiciário.

A justiça social também foi abordada na pesquisa “Direito à saúde, redemocratização e reforma sanitária: a efetivação do direito à saúde justa”, que articula os conceitos de John Rawls e Norman Daniels à trajetória histórica do direito à saúde no Brasil, com ênfase na consolidação do SUS como conquista democrática.

A juventude foi protagonista no artigo “Direito e políticas públicas de juventude: lutas, avanços e institucionalização sob a perspectiva da teoria da Constituição Transformadora”, que investigou as políticas juvenis à luz do neoconstitucionalismo emancipador e do protagonismo popular na formulação de direitos.

No mesmo eixo temático, o ensaio “Políticas públicas, transformação e democracia: diretrizes políticas e idealização de cidadania participativa” abordou a centralidade da participação popular na elaboração de políticas públicas inclusivas, sustentáveis e justas, reafirmando o papel do Estado de Direito como garantidor da equidade e da dignidade humana.

As discussões também abriram espaço para reflexões sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na consolidação de um constitucionalismo identitário. O artigo “O Supremo Tribunal Federal e o constitucionalismo identitário: entre ativismo judicial e garantias” analisou decisões paradigmáticas da Corte nos últimos 20 anos, destacando sua atuação contramajoritária em defesa de grupos minorizados e o debate contemporâneo sobre os limites do ativismo judicial.

O artigo “Eficiência na Administração Pública, emendas parlamentares e processo estrutural em tempos de emendas PIX” denunciou a fragmentação institucional provocada pela má utilização de emendas parlamentares, propondo o processo estrutural como instrumento de racionalidade técnica e justiça redistributiva.

O controle de constitucionalidade foi abordado em “Supremo Tribunal Federal e democracia: uma análise sobre o judicial review na declaração de (in)constitucionalidade de emendas constitucionais”, que investigou a legitimidade do STF na defesa das cláusulas pétreas e no equilíbrio institucional.

Encerrando o dia, o artigo “Processo estrutural e a superação da separação de poderes: a mutação constitucional provocada” apresentou uma leitura crítica sobre a rigidez do artigo 2º da Constituição de 1988, defendendo sua resignificação à luz das práticas colaborativas entre os Poderes e da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Como ponte para os debates do segundo dia, o artigo “O constitucionalismo latino-americano: análise das constituições expoentes e seu impacto nos campos social, jurídico e econômico” traçou uma síntese teórica e histórica das principais constituições progressistas da América Latina, destacando sua contribuição para a institucionalização dos direitos coletivos e a reconfiguração da ordem jurídica em favor da justiça social.

No segundo dia, os trabalhos enfatizaram os impactos das novas tecnologias sobre a democracia, a inclusão e os direitos fundamentais, além de retomarem o eixo latino-americano e decolonial do constitucionalismo.

O artigo “Quem não é visto não é lembrado: análise de audiências públicas como instrumento de participação democrática na regulação de inteligência artificial” examinou criticamente as audiências públicas realizadas no Senado Federal, ressaltando as limitações de representatividade e a importância de mecanismos institucionais mais eficazes para garantir escuta plural e inclusão nas decisões legislativas.

Na mesma linha, o trabalho “Inteligência artificial como ferramenta para a expansão do acervo de livros acessíveis no Brasil” discutiu os entraves enfrentados por pessoas com deficiência visual, propondo a IA como aliada no acesso à leitura e à cidadania.

A inovação no processo legislativo foi abordada no artigo “Poder Legislativo catarinense e inteligência artificial: inovação, regulação e democracia”, que analisou experiências no âmbito da Assembleia Legislativa de Santa Catarina quanto ao uso da IA para ampliar a eficiência institucional e a transparência.

Ainda no campo dos direitos emergentes, o estudo “Neurodireitos, transformação digital e tutela da pessoa humana no ambiente tecnológico” introduziu o debate sobre a proteção da integridade mental diante dos avanços das neurotecnologias, articulando conceitos da bioética, dos direitos da personalidade e dos desafios regulatórios.

A manipulação informacional e seus efeitos sobre a democracia foram discutidos em dois trabalhos complementares.

O artigo “Deepfakes e inteligência artificial: o crime de difamação na era digital e a regulação comparada entre Brasil e China” investigou os riscos da utilização de vídeos sintéticos para fins ilícitos, defendendo marcos normativos específicos e medidas preventivas.

Na sequência, “Inteligência artificial e democracia: o perigo da manipulação de informações” abordou o uso de algoritmos, fake news e bots na desinformação em larga escala, propondo uma governança digital baseada na transparência algorítmica, regulação e educação midiática.

Encerrando os debates, a abordagem latino-americana do constitucionalismo transformador foi retomada com o artigo “Novo constitucionalismo latino-americano e o combate ao trabalho em condições análogas à escravidão”, que articulou fundamentos do neoconstitucionalismo e das teorias decoloniais na construção de um modelo jurídico voltado à erradicação da exploração laboral extrema na América Latina.

Foram apresentados 22 artigos ao longo dos dois dias de atividades, com participação de autores de diferentes níveis acadêmicos e instituições do Brasil, da América Latina e da União Europeia.

Os trabalhos refletiram a qualidade teórica, o rigor metodológico e o compromisso social dos participantes com um projeto constitucional inclusivo, emancipador e efetivo. O GT consolidou-se como espaço de fomento à pesquisa crítica, ao diálogo acadêmico e ao compromisso com a transformação democrática do Direito.

Agradecemos a todas as autoras e autores pelas valiosas contribuições, aos avaliadores pela excelência e responsabilidade no processo seletivo, e à Comissão Organizadora do CONPEDI e do I International Experience pela realização de um evento comprometido com a qualidade acadêmica, a pluralidade e o diálogo internacional.

Que este volume seja inspiração para novas agendas de pesquisa, redes de colaboração e práticas jurídicas comprometidas com a transformação da realidade.

Dra. Claudia Maria da Silva Bezerra

PPGDIR/UFMA – Universidade Federal do Maranhão

Instituto de Desenvolvimento e Aprendizagem – IDEA – São Luís/MA

Dr. Marcos Leite Garcia

Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO: ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIAS

THE SUPREME FEDERAL COURT AND IDENTITY CONSTITUTIONALISM: BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND GUARANTEES

Doglas Cesar Lucas

Resumo

Na sociedade contemporânea aumentaram as reivindicações de cunho identitário que reclamam pelo reconhecimento jurídico de suas diferenças. Notadamente no Brasil crescem as legislações, decisões judiciais, produção teórica e políticas públicas que incorporam na agenda democrática a defesa jurídica da diferença (questões de gênero, étnicas, de cor, de idade, etc.) como um valor fundamental para a proteção e inclusão das “minorias”. A presente pesquisa pretende, de forma pontual, apresentar as decisões paradigmas do STF que se ocuparam de temas identitários nos últimos 20 anos, visando destacar a defesa contramajoritária da Corte em torno de um direito constitucional à diferença identitária, bem como destacar os fundamentos decisórios e os possíveis excessos ativistas. A ideia é entender essa nova fase do constitucionalismo brasileiro a partir das decisões da Corte máxima. A pesquisa é realizada a partir da revisão crítico-reflexiva das decisões selecionadas, confrontadas com o referencial teórico escolhido e utilizando o método da fenomenologia hermenêutica.

Palavras-chave: Stf, Direito das minorias, Identidade, Ativismo judicial, Constitucionalismo identitário

Abstract/Resumen/Résumé

In contemporary society, identity-based claims demanding legal recognition of their differences have increased. Notably in Brazil, legislation, judicial decisions, theoretical production, and public policies have expanded, incorporating the legal defense of difference (issues of gender, ethnicity, race, age, etc.) into the democratic agenda as a fundamental value for the protection and inclusion of "minorities." This research aims to present, in a focused manner, the landmark decisions of the Supreme Federal Court (STF) that have addressed identity-related issues over the past 20 years. The objective is to highlight the Court's counter-majoritarian defense of a constitutional right to identity difference, as well as to examine the reasoning behind these decisions and potential activist excesses. The goal is to understand this new phase of Brazilian constitutionalism through the rulings of the nation's highest court. The research is conducted through a critical-reflective review of the selected decisions, confronted with the chosen theoretical framework and using the method of hermeneutic phenomenology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stf, Minority rights, Identity, Judicial activism, Identity constitutionalism

1. Considerações iniciais.

São muitas as adjetivações recentes ao termo constitucionalismo. Constitucionalismo altruísta, plural, global, cosmopolita, digital, feminista, multinível, abusivo, latino-americano, autoritário, simbólico, transnacional, ambiental, etc. Esse conjunto de novos nomes é o resultado de muitos e diferentes movimentos teóricos e jurisdicionais, nem sempre convergentes. O fato é que o nome que se dá as coisas é, também, o modo de constitui-las e acessá-las, mesmo como uma tentativa. Poderia se falar, então, de uma espécie de “abstração” que repousa sobre a própria ideia mais geral de Constituição que passou a exigir adjetivações que lhe recuperassem o sentido factual, histórico e pragmático de sua normatividade. Esse excesso de atomização do termo constitucionalismo pode também configurar um desejo (positivo) de a Constituição povoar todos os ambientes sociais e de se adaptar ao conjunto de problemas contemporâneos cada vez mais complexo e especificado. Não nos parece que sejam necessários tantos adjetivos para se alcançar esse objetivo, mas é evidente que esse cenário reflete o processo contemporâneo (às vezes excessivo e perigoso) de atomização dos temas (não só jurídicos) e das novas agendas que reclamam proteção constitucional.

Nesse contexto de novos constitucionalismos, o presente artigo pretende demonstrar que os direitos das minorias, que suas diferenças identitárias ganharam, nos últimos 20 anos, uma atenção e proteção muito significativa nas políticas públicas, leis nacionais e internacionais e nas decisões judiciais, fazendo com que as Cortes Constitucionais desempenhassem um papel contramajoritário muito evidente. No caso Brasileiro, às decisões do STF permitem constatar o surgimento de um constitucionalismo identitário, que tem como ponto de ancoragem o direito à diferença, diversidade, pluralidade, identidade.

2. O papel contramajoritário do STF na proteção dos direitos das minorias.

É inegável que a atuação do STF foi profundamente modificada nas últimas décadas. A realidade contemporânea se tornou muito complexa e novos temas, que sempre foram ou deveriam ser da seara política, chegam à corte a todo momento. Não é exagero afirmar que o STF passou a ter um protagonismo na República bastante expressivo e para muitos analistas exagerado e indevido. Seja em temas considerados sensivelmente morais (como casamento de pessoas do mesmo sexo ou aborto) ou temas políticos (critérios eleitorais e procedimentos de impedimento), o STF é quase sempre incitado a se pronunciar. Com o crescimento da comunicação digital, não demorou a se

tornar, também, um assunto público não institucional, do senso comum, alvo de apoio, mas também de críticas odiosas. Mas não sejamos ingênuos. O acesso ao STF é ainda mais facilitado aos núcleos formais do poder político e econômico, do que aos grupos periféricos e vulneráveis. Apesar de ter enfrentado temas importantes sobre identidade, diferença e diversidade, a Corte máxima de nosso país ainda não é uma caixa de ressonância plena dos direitos mais amplos das minorias excluídas. E as estatísticas de acesso ao STF, aduz Nunes (2020), comprovam isso.

No campo teórico, muitos acusam o STF de ativismo, de invadir as competências do parlamento, de dizer mais do que a própria Constituição permitiria dizer. E alerte-se: no Brasil, ativismo é considerado, como afirma Abboud (2022), pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções pessoais, é discricionariedade e voluntarismo judicial, adoção de valores pessoais como se fossem jurídicos (ao qual nos opomos radicalmente). Os limites entre a política e o direito parece que foram estreitados pela Corte, aduzem aqueles que denunciam uma postura ativista que tem judicializado excessivamente a vida social e que teria tornado o STF um protagonista ilegítimo, se comparado com os outros poderes. Outros sustentam, sem definir limites muito claros para tanto, que o STF deve ter uma atuação substancialista capaz de concretizar direitos e garantir a eficácia dos conteúdos constitucionais. Quase todos, contudo, defendem que as Cortes constitucionais têm uma missão contramajoritária que se revela fundamental para proteger o direito das minorias dos arroubos estatais e mesmo das vontades das majorias eventuais. Nesse cenário de muitas divergências sobre os limites da jurisdição constitucional, o certo é que os procedimentos, os temas e os atores que compõe o itinerário do constitucionalismo contemporâneo foram profundamente alterados nas últimas décadas e tem exigido novas análises e colocado, para a práxis jurídica, novos desafios.

Independentemente de outras questões que de fato podem ser problematizadas em relação ao STF, não há dúvida de que a sua atuação contramajoritária na proteção dos direitos das minorias se configura como um dos movimentos mais notórios da Corte e de certo modo do constitucionalismo nos últimos 20 anos. Especialmente no Brasil as minorias e suas pautas identitárias, que têm pouco apoio no parlamento, acabaram encontrando no STF um caminho para o reconhecimento de seus direitos. O número significativo de sujeitos legitimados para propor ações constitucionais garantiu, em certa medida, o aumento de participação das minorias no debate constitucional.

A interpretação da Constituição tem que estar aberta a todos os atores sociais e a todas as trocas intersubjetivas, capaz de contemplar todas as narrativas em disputa. Nesse sentido, refere Nunes (2020, p. 85), “sobretudo no caso das minorias não representadas em processos políticos majoritários, a importância dos movimentos sociais e de sua capacidade de participar da construção da Constituição através da jurisdição constitucional é ainda mais patente. ” Afinal, prossegue Nunes, existe uma relação necessária entre democratização das pautas decisórias dos Tribunais e “a potencialidade de uma paridade participativa real”.

As minorias precisam fazer parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Seus argumentos e demandas devem ser ponderados no jogo nem sempre amistoso das narrativas jurídicas. Se uma das atribuições da jurisdição constitucional é a sua função contramajoritária em defesa das minorias, não faz sentido a imposição de barreiras que impeçam o acesso desses grupos às diversas esferas de atuação da Corte. A democracia ocorre, também, e de modo privilegiado, nos debates constitucionais realizados no Judiciário. Por isso, os grupos sociais historicamente excluídos do processo político devem marcar uma presença importante no cenário de interpretação de seus direitos fundamentais (contramajoritários), se de fato pretendemos manter e estimular uma sociedade substancialmente democrática.

De fato, se pode objetar se esse é o melhor caminho, já que temas desse calibre deveriam ser tratados pelos órgãos democraticamente eleitos. Mas o fato é que muitas minorias foram reconhecidas e protegidas juridicamente por decisões do STF, muitas vezes antes da legislação. E é igualmente verdadeiro que o tema da diferença e da diversidade estão cada vez mais presentes na gramática decisória da Corte. Como muitos desses temas são considerados sensíveis por parte da sociedade brasileira, não é de se estranhar que grupos conservadores (para não dizer reacionários) tenham se pronunciado radicalmente contra muitas dessas decisões e contra a própria Corte.

O STF, portanto, tem se inserido, mesmo que lentamente, num constitucionalismo que denominamos de tipo identitário, em que os direitos à diferença, à diversidade, passam a ocupar um lugar de destaque. Esse tipo de decisões, de cunho contramajoritário, de proteção aos grupos minoritários, não fazia parte da tradição moderna do constitucionalismo, baseado sobretudo na ideia de igualdade e individualidade abstratas. Mas é apenas no decorrer deste século XXI que as Cortes constitucionais como a brasileira passaram a enfrentar esses temas de modo mais rotineiro. Ou seja, é apenas quando as minorias se organizam e passam a reclamar um estatuto jurídico próprio para

a sua diferença em igualdade de condições, que o Estado e a sociedade nacional e internacional criam mecanismos de reconhecimento e proteção jurídicas.

Evidentemente que o novo papel das Cortes Constitucionais tem relação com um novo tipo de constitucionalismo, que aflora no segundo pós-guerra e reconhece a positividade e concretude ampla das normas constitucionais principiológicas, estabelece normas programáticas consistentes em metas a serem atingidas pelo Estado, bem como atua na proteção contramajoritária de minorias a cargo do Poder Judiciário. Esse novo pensamento se reflete no conteúdo das Constituições. Se antes elas se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado, agora passam a prever valores e opções políticas gerais e específicas que instrumentalizam uma nova forma de julgar. Luís Roberto Barroso (2005), nesse sentido, leciona que o neoconstitucionalismo identifica um amplo conjunto de modificações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, apontando os marcos histórico, filosófico e teórico que subsidiam o surgimento do neoconstitucionalismo.

O marco teórico do neoconstitucionalismo, a seu turno, é o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. O reconhecimento da força normativa da Constituição, dirá Hesse (1991), busca garantir concretização dos valores inseridos no texto constitucional.

Com a ênfase dada aos direitos fundamentais, é imperativo que a jurisdição constitucional passe a ganhar novos contornos. Passa a ser tarefa, também, do Poder Judiciário, proteger os direitos fundamentais, assumindo inclusive uma postura contramajoritária. Segundo Cardinali (2018, p. 114):

Uma das justificativa mais comuns para o exercício contramajoritário da jurisdição constitucional é a tutela dos direitos fundamentais das minorias, principalmente daquelas socialmente estigmatizadas, a partir da ideia de que direitos fundamentais operam como *trunfos*, não estando submetidos a considerações majoritárias. Assim, o Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte teriam o papel de servir como o refúgio dos párias sociais para fazer valer os seus direitos fundamentais, não adequadamente tutelados pelos poderes políticos representativos.

Dworkin (2002), ao tratar os direitos como *trunfos*, refere que os direitos devem se sobrepôr a meros cálculos de utilidade social e concepções de moralidade, mesmo que estas sejam majoritárias. Ao enfrentar o argumento de que os tribunais não possuem legitimidade para decidir sobre questões constitucionais importantes, uma vez

que não se compõem de magistrados eleitos, devendo tais assuntos ser resolvidos pela maioria política, Dworkin destaca que uma das principais características do constitucionalismo moderno é garantir os direitos individuais, mesmo das minorias, pela limitação dos poderes políticos da maioria, razão pela qual não parece que essa mesma maioria seja a mais indicada para julgar as suas próprias questões. Em outras palavras, como a Constituição opera como um limitador da vontade da maioria, declinar em favor desta mesma maioria o poder de decidir de modo exclusivo sobre os seus próprios limites não satisfaz qualquer argumento derivado da democracia. Dworkin alega, ainda, que os legisladores não se encontram, institucionalmente, em situação mais privilegiada que os magistrados para decidirem sobre questões de direito, e que, por consequência, não há nenhuma razão plausível para imaginar que as decisões do Legislativo sobre direitos sejam mais acertadas que as tomadas pelo Judiciário.

Isso não significa, contudo, que Dworkin concorde com decisões discricionárias, voluntaristas e populistas. Pelo contrário. A criação jurisprudencial, defende o autor, deve respeitar os princípios formulados ao longo da história de uma comunidade, de modo que cada decisão judicial se origine de uma referência jurídica compartilhada, parâmetro de um processo sucessivo de decisões que sustentam a integridade contínua do direito. "A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que sua interpretação deve estar constringida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política." (Vianna, 1999, p. 39).

Streck (2013), na mesma direção, crítica radicalmente o ativismo à brasileira que, segundo ele, mesmo no STF, promove decisões seguindo padrões estritamente políticos, a partir de argumentos utilitaristas/consequencialistas. Destaca que os “diversos grupos que leva(ra)m as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde, etc.”, tiveram as suas “reivindicações” atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo

É inegável que o papel contramajoritário das Cortes Supremas, e isso vale para o STF, encontra certos limitadores no mecanismo de freios e contrapesos que permite a ação e reação do Poder Legislativo, por exemplo, por meio do chamado efeito *backlash*, cada vez mais frequente, à medida em que avança a pauta contramajoritária na Suprema Corte. O constitucionalismo popular, por exemplo, propugna o uso estratégico do

backlash como uma poderosa ferramenta de pressão sobre os tribunais. Nesse sentido, o efeito backlash pode ser entendido como a contraforça que surge, no seio da sociedade, ante decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição (Pimentel, 2017). Por isso, decisões do STF sobre temas considerados impopulares não encerram a questão e nem convertem a oposição política. A disputa sobre os significados constitucionais, portanto, continua por muito tempo. (Cardinali, 2018). Especialmente no Brasil, que tem um parlamento bastante conservador e avesso às demandas das minorias, as reações do legislativo contra as decisões contramajoritárias da Corte têm sido cada vez mais frequentes.

Luís Roberto Barroso (2017, p. 15), perspectivando aquilo que ele chama de “judicialização da vida”, fala também no papel representativo, que funciona ao lado do contramajoritário e consiste no “atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional. ” Fato é que o Supremo Tribunal Federal tem aludido em seus votos sobre uma série de novos constitucionalismos, dentre os quais é possível citar o constitucionalismo fraternal, o constitucionalismo abusivo (também chamado de legalismo autocrático ou democracia iliberal), o constitucionalismo latino-americano, o constitucionalismo popular (segundo o qual o intérprete final da Constituição deve ser o povo) etc. Nessa mesma direção, portanto, não se fala de contramajoritário somente no sentido de ser contra a maioria formal do legislativo, mas de uma resistência popular dominante que, por conta do nosso modelo eleitoral e de representatividade, é de fato majoritariamente contrária a determinada lei ou política pública.

A questão central é saber, contudo, se as decisões judiciais (em sua maioria) que reconhecem e protegem o direito constitucional das minorias se enquadram ou não no que os autores comumente chamam de ativismo judicial, de voluntarismo e decisionismo. Ou seja, como alertou Streck 2013, p. 212): “Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. ”

O presente artigo defende que não se trata de ativismo, ao menos não na maioria dos casos julgados. Se trata, sim, de decisões que protegem, respeitados os padrões formais e substanciais da Constituição, o direito de indivíduos e grupos historicamente vulnerabilizados e violentados pelas escolhas (também morais presente no direito) das majorias eventuais. Vamos nos questionar de modo diferente. Qual seria o argumento jurídico constitucional para tratar gays, trans, negros, etc., de maneira desigual e lhes impedir o mesmo tratamento ao sistema de direitos brasileiro? A moralidade

heteronormativa e sexista (já que se fala tanto em moralidade) presente nas regras jurídicas é avalizada pelo texto constitucional, a ponto de a Corte precisar se curvar a ela (e, portanto, à vontade dos sexistas)? Evidentemente que não.

Com isso não se está defendendo qualquer tipo de decisão identitarista, sem critério e sem limite constitucional. Por mais importantes que sejam, e de fato são, os direitos das minorias, o direito à identidade e a proteção da diversidade, é preciso ter cuidado para não avançar de qualquer modo e de qualquer maneira, fomentando decisionismos voluntaristas e perigosos. O limite material e procedimental é sempre a Constituição. Decisões contramajoritárias devem ser fundadas nos exatos termos da legalidade constitucional, sem avançar nas legítimas funções do Poder Legislativo. Não se pode, por melhor que seja a agenda (mesmo que identitária), desconfigurar os arranjos institucionais da República e colocar em risco a própria noção do que é entendido como direito e o que é entendido como política. O judiciário precisa se proteger da política, da economia e do subjetivismo infundado (Abboud, 2022). Uma decisão contramajoritária não pode ser qualquer decisão, mesmo que alcance um tema identitário; não pode fomentar ativismos de nenhuma ordem, seja ele moralista, messiânico, populista, etc.

Entendemos, no entanto, que na maioria dos casos julgados pelo STF, os direitos das minorias têm sido garantidos porque são juridicamente protegidos, porque amparam-se na tradição constitucional brasileira. Trata-se, portanto, de um sistema de garantias que reconhece e potencializa o igual direito de as minorias viverem a sua diferença em igualdade de condições. E, por isso, tais decisões não são ativistas (no sentido negativo que lhe é dado), mas sustentam-se na robustez material da Constituição Brasileira. Se pode discutir, contudo, se a Corte, em julgados muitos específicos (e não estamos discutindo o mérito), extrapolou seus poderes e tenha afirmado mais do que comumente se espera que uma Corte o faça (o caso de equiparação do crime de LGBTIfobia com racismo, nas ADO 26 e MI 4733, é, sem dúvida um desses casos polêmicos). É inegável, porém, que esse debate está em aberto e não nos parece que tenha promovido um consenso uníssono da comunidade jurídica, o que de fato revela a oportunidade desses temas serem tratados constitucionalmente pela Corte, que é provocada justamente para isso. Esta pesquisa trabalha com a hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal (apesar de algumas controvérsias) vem encabeçando, sobretudo nas últimas duas décadas, um novo constitucionalismo, de corte identitário, vocacionado a concretizar, mesmo que de modo lento e errático, os direitos fundamentais dos grupos minoritários e historicamente vulneráveis. Diferença, diversidade, identidade, multiculturalismo, são

termos cada vez mais presentes nas decisões da Corte máxima do país. Apesar de os avanços serem sempre maiores quanto maior é a aceitabilidade da opinião pública, é inegável que esses novos temas estão implicando a cena da jurisdição constitucional e alterando seu protagonismo nas questões republicanas. Vejamos na sequência algumas dessas decisões que nos permitem concluir nessa direção.

3. Igualdade e diferença no Supremo Tribunal Federal: itinerários de uma ambivalência

Nesta seção a análise centrar-se-á, apenas de modo noticioso, sobre os casos do Supremo Tribunal Federal que implicaram, ou ao menos tem evidenciado, para uma virada paradigmática na atuação da Suprema Corte, no sentido de fazer do seu atuar contramajoritário um instrumento de proteção das diferenças identitárias. Nos interessa aqui é demonstrar que esses temas têm ocupado um espaço privilegiado na jurisdição constitucional, que tem acolhido, mesmo que tardiamente e de modo ainda incipiente, as demandas identitárias e consagrado o direito à diversidade e à diferença como condições para o exercício efetivo da igualdade material.

É importante advertir que os casos analisados foram escolhidos levando-se em consideração, primeiramente, a sua relevância temática para o direito das respectivas minorias que são indicadas em cada tópico. Outrossim, partiu-se do pressuposto de que esse movimento constitucional se instalou no Brasil com mais vigor nas últimas duas décadas, de modo que o recorte temporal é aquele do período compreendido entre os anos de 2000 e 2024.

3.1. Raça, racismo e (des) igualdade

É paradigmático e inaugural sobre o tema o HC nº 82.424: caso Ellwanger, que discutiu sobre os conceitos de raça e racismo e o alcance da liberdade de expressão. O paciente, que tinha publicado livros com ideias antissemitas e que defendia o nazismo e negava o holocausto, alegava estar amparado constitucionalmente no livre direito de expressão. Na oportunidade (2012) a Corte condenou a discriminação a grupos sociais historicamente racializados, endossando que o discurso discriminatório não é protegido pelo direito à liberdade de expressão. Neste julgado o STF negou a existência de diferentes raças e defendeu que a “divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.” Refere a “Adesão

do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo”. O Estado, portanto, decidiu a Corte, deve combater as discriminações raciais e impedir que os sujeitos sejam inferiorizados e aviltados pela pretensa liberdade de expressão.

Um dos mais importantes julgamentos da última década do Supremo Tribunal Federal teve como pano de fundo o tema das cotas raciais e a questão do racismo estrutural e institucional. A ADPF 186, julgada em 2012, envolveu o sistema de cotas utilizado pela Universidade de Brasília (UnB), a primeira Universidade Federal a adotar esse mecanismo. No julgamento, em 26 de abril de 2012 (acórdão publicado em 2014), todos os ministros seguiram o voto do relator, ministro Lewandowski, pela improcedência da ADPF. Esse posicionamento repercutiu em outras ações que trataram da mesma matéria e consolidou o entendimento da Corte sobre a constitucionalidade da Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012).

A decisão do STF sustenta a tese de que as ações afirmativas, praticadas por prazo limitado, em benefício de determinados grupos específicos historicamente prejudicados, prestigia (em vez de contrariar) o princípio constitucional da igualdade material. Destaca que “o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”. Uma leitura da Constituição, centrada na ideia de **pluralidade e diversidade como valores positivos**, permite defender que a “Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla **valores culturais diversificados**, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.” (BRASIL. STF. ADPF nº 186. 2012).

Recentemente, em junho de 2017, na ADC 41, o STF reafirmou unanimemente a sua posição ao reconhecer a constitucionalidade de Lei 12.990/2014, que estabeleceu uma cota aos negros de 20% das vagas em concursos públicos realizados no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Entre os fundamentos, destaca-se que essa ação afirmativa “se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a

igualdade material (redistribuição) entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do **reconhecimento da população afrodescendente**.” Vejamos uma parte importante da decisão:

Além da redistribuição, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014 tem como meta contribuir para o ganho de autoestima da população negra, a **eliminação dos estereótipos raciais**, e para o **aumento da diversidade e do pluralismo** do serviço público

Também em relação aos quilombolas o STF tem reconhecido a condição de grupo étnico-racial minoritário e dispensado proteção constitucional específica, nos termos do art. 68 do ADCT. Na ADI 3.239, julgado em 2018, a Corte reconheceu que tal dispositivo “assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam - direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata.” A questão da identidade e diversidade quilombola adquire lugar de destaque neste julgamento:

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a **"consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais** aos quais aplicável, **enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.**

Já no RE 494.601 (2019) se discutiu a constitucionalidade de uma lei estadual que autorizava o sacrifício de animais no caso de rituais em cultos e liturgias de matriz africana. O STF declarou constitucional a lei, salientando “a proteção constitucional conferida à liberdade de religião e aos direitos culturais de **grupos minoritários**, ressaltando a condição de especial vulnerabilidade de seus praticantes, quer por se tratar de crença **extremamente minoritária**, quer por ser comumente alvo de **discriminação** e de violência de cunho racial.”

Nessa mesma direção afirmativa, merece destaque a liminar na ADPF 738, de 2020, que reconheceu a possibilidade de se aplicar já nas eleições daquele ano ações afirmativas para candidaturas eleitorais de pessoas negras. No Julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes aduziu, ao referendar a decisão do relator, que “o histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a **desigualdade racial**, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista.”

Em linhas gerais, portanto, o STF tem denunciado os limites da igualdade formal e a necessidade de o país avançar em estratégias promotoras da igualdade material,

reconhecendo a diversidade, a diferença e a pluralidade como marcas distintivas e positivas das sociedades democráticas. Sustenta, ainda, que o modelo de justiça presente em nosso texto constitucional deve alinhar, conjuntamente, práticas distributivas e de reconhecimento, capazes de promover compensações históricas, mas, sobretudo, garantir em igualdade de condições a participação das minorias nos espaços públicos de nossa República.

3.2. A questão indígena nas decisões do STF

O STF, depois de décadas da promulgação da Constituição de 1988, foi acionado para tratar das questões indígenas. Na Pet 3.388, conhecida como Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal entendeu que somente são consideradas “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” aquelas que eles habitavam na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, 05 de outubro de 1988, salvo nos casos do chamado renitente esbulho, e, complementarmente, se houver a efetiva relação dos indígenas com a terra, consistindo essa característica no marco da tradicionalidade da ocupação. Com isso, adotou-se a teoria do marco temporal. Assim, se, em 05 de outubro de 1988, a área em questão não era ocupada por indígenas, isso significa, em tese, que ela não terá a natureza indígena de que trata o art. 231 da Magna Carta.

A discussão, porém, voltou ao Plenário do Supremo diante do Tema 1.031, cujo objetivo é dar uma “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.” O recurso discute, à luz dos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.

O Relator, Ministro Edson Fachin, se manifestou pela teoria do indigenato, ou seja, segundo a qual as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas constituem um direito inato, congênito, sendo anterior à própria criação do Estado brasileiro, a quem incumbe tão somente demarcar e declarar os limites territoriais. A natureza da decisão, então, é meramente declaratória. No voto do Ministro Relator, as terras indígenas foram caracterizadas como “substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em

nosso País. ” Para ele, a discussão perpassa pela diversidade do modo de ser indígena, pois:

A compreensão de uma sociedade plural e de **respeito à diversidade**, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história.

O voto do Ministro Relator de fato confirmou uma virada jurisprudencial quanto à decisão anteriormente proferida, no bojo da Pet 3.388, de outubro de 2013, adotando-se, a partir de então, a teoria mais condizente com o direito das minorias, qual seja, a teoria do indigenato, defendida também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Povo Indígena Xucuru vs. República Federativa do Brasil, alusivo à demora de mais de dezesseis anos do processo de demarcação de terras indígenas da comunidade.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou, portanto, em setembro de 2023, a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Por 9 votos a 2, o Plenário decidiu que a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) não pode ser utilizada para definir a ocupação tradicional da terra por essas comunidades. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031). A Corte destacou, expressamente, a importância da diversidade que constitui o território brasileiro e que tem nos povos indígenas a sua manifestação mais ancestral:

1. A Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do indígena à sociedade nacional, a fim de que deixasse paulatinamente sua condição, para um paradigma de **reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural** e ao direito de existir como indígena. (...) 6. **A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil.**

Num país que tem 305 etnias indígenas e 275 línguas distintas (segundo dados do último censo), gastronomia, espiritualidade, conceitos de família, sistemas jurídicos e noções sobre propriedade próprios, não reconhecer a diversidade ontológica dessas coletividades, para além de ser um apagamento real e simbólico de nossa própria história, é o mesmo que negar, em termos constitucionais, as condições materiais de exercício do direito desses grupos.

3.3. O direito das pessoas com deficiência

Uma decisão modelar nessa direção se deu com o julgamento, em 09 de junho de 2016, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, na qual o STF julgou constitucionais os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) que determinam a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular, provendo as medidas de adaptação necessárias para tanto, sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades ou matrículas. A decisão reconheceu que: a) tanto a Constituição Brasileira quanto a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (que no Brasil tem status de emenda constitucional) garantem a igualdade como um fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade da pessoa humana; b) o ensino inclusivo é uma garantia constitucional; c) a igualdade abstrata precisa ser substancializada com o ideário pluralista defendido constitucionalmente como condição de possibilidade para a igualdade material; d) que “é somente com o **convívio com a diferença** e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB)”. Em seu voto, o ministro relator Edson Fachin refere que o “enclausuramento em face do **diferente** furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como **diferente**. ”

Recentemente, a Suprema Corte também discutiu o Decreto nº 10.502/2020, que instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida” que, dentre outras, estabelecia a implementação de classes especializadas em escolas regulares e de escolas especializadas para pessoas com deficiência. O ato normativo foi impugnado por meio da ADI 6.590. Para o Supremo Tribunal Federal, o paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade, de modo que subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.

Nessa mesma direção, sempre reconhecendo a condição diferencial das pessoas com deficiência e a necessidade de implementação de políticas afirmativas, a corte se manifestou pela constitucionalidade da reserva de vagas para pessoas deficiente em concurso público. A ideia de equidade e correção material do princípio da igualdade, bem como a questão da diversidade, formam o núcleo desse tipo de decisão.

3.4. O Direitos das mulheres

A organização e a luta das mulheres, o surgimento de novas legislações e políticas públicas, fez com que a demanda das mulheres ganhasse evidência (e um novo debate) nos tribunais e particularmente no STF especialmente nos últimos 20 anos.

Atinente ao tema, talvez o julgamento mais importante (por conta dos argumentos apresentados) do Supremo Tribunal Federal seja aquele pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006. O Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente duas ações relacionadas com a Lei Maria da Penha: a ADC 19, proposta pela Presidência da República, que tinha como objetivo declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da normativa, e a ADI 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, para o fim de dar interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, 16 e 41, ambos da Lei nº 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Para os Ministros da Suprema Corte, a Lei não viola o princípio da igualdade, porquanto justamente cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exatamente como preconizado pelo § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e por outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. O Relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou que a Lei Maria da Penha promove a igualdade numa perspectiva material, sem, no entanto, restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. Os fundamentos da decisão reconhecem, como não poderia ser diferente: o sexo e o gênero como critério de diferenciação legítimo; a vulnerabilidade histórica das mulheres; a exagerada violência doméstica contra as mulheres; necessidade de se conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência.

Também paradigmática foi a ADI nº 5.617, julgada em 2018, que tratou do financiamento eleitoral de candidaturas femininas. A questão da diversidade, identidade e diferença, no caso de gênero, sustentam o núcleo de fundamentação. As principais razões constitucionais para a decisão seriam: 1. As ações afirmativas promovem igualdade material; 2. É incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela **discriminação** em relação ao sexo da pessoa. 3. A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas

iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados; 4. Em virtude do princípio da igualdade, não pode, pois, o partido político criar distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero. 5. Utilizar para qualquer outro fim a **diferença**, estabelecida com o objetivo de superar a discriminação, ofende o mesmo princípio da igualdade.

Finalmente, outro julgamento da mais extrema importância refere-se à inadmissibilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da legítima defesa da honra no Plenário do Tribunal do Júri. Na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (artigo 5º, da CF/88). Segundo o Ministro Relator, Dias Toffoli, além de ser atécnica, a ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores jurídicos, de institucionalização da **desigualdade entre homens e mulheres** e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

3.5. Os direitos das pessoas LGBTQIAPN+

Quanto à comunidade LGBTQIAPN+, um dos mais importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal foi o reconhecimento, no bojo da ADI 4.277 e da ADPF 132, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como dignas de proteção jurídica. Em maio de 2011 o Plenário do Supremo Tribunal Federal equiparou, de forma unânime, as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, portanto, a união homoafetiva como um núcleo familiar. O foco da discussão foi o art. 1.723 do Código Civil, que define como união estável aquela “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ao discorrer sobre o constitucionalismo fraternal, o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, mencionou o **princípio da diferença**, também estudado, segundo ele, pelo italiano Francesco Viola sob o conceito de “similitude”.

Como consequência lógica desse reconhecimento, o STF, no RE nº 646.721, julgado em 2017, declarou a tese de que “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo

ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. ” Também nesse julgado, como não poderia ser diferente, a questão da diversidade dos tipos familiares ganha evidência e proteção.

Essas decisões seguem na esteira de outras decisões referentes a casais homoafetivos que tratavam de outros tipos de demandas, tais como: a adoção de menores por casais homossexuais (Recurso Especial nº 889.852 – RS 2006, Ap. Cível nº 1.0470.08.047254-6/001/MG, Ap. Cível 582499-9/PR), o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato para fins de partilha de bens (Resp. 648.763/RS), o reconhecimento do direito à pensão por morte de um dos membros da união homoafetiva em razão da morte do titular do plano de previdência (Resp. 1.026.981/RJ, 238.715/RS), a geração do direito a um dos membros da união homoafetiva de ser incluso no plano de saúde do companheiro (Resp. 238.715/RS), reconhecimento do direito à herança (Apelação Cível n. 0007309-38.2003.8.19.0204/RJ), reconhecimento do direito a verbas rescisórias do de cujus a serem divididas igualmente entre sua filha e seu companheiro (Ap. Cível n. 0003873-96.2002.8.19.0207/ RJ).

Ainda nesse tema, tanto na ADI nº 4.275 quanto nos autos do RE 670.422, com repercussão geral reconhecida (Tema 761), ambas julgadas em 2018, decidiu-se que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto diretamente pela via administrativa. Consignou-se, também, que essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedando-se expressamente a inclusão do termo “transgênero”.

Avançando na pauta das minorias sexuais, em 2019 o Supremo Tribunal Federal reconheceu aquilo que chamou de racismo social no bojo da ADO 26 e do MI nº 4.733, entendendo que a Lei nº 7.716/89 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e Transfóbicas. A Suprema Corte alude à “tolerância como expressão da **harmonia na diferença** e o respeito pela **diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos**”.

O STF, ainda sobre a questão Trans, reconheceu a aplicação das Resoluções 348/2020 e Nº 366/2021, que estabelecem que o magistrado deve indagar à pessoa transexual sobre sua preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver; e sobre o convívio geral ou em alas e celas específicas. Este último

questionamento também deve ser feito à pessoa gay, lésbica, bissexual, intersexo ou travesti.

Mais recentemente, em 2020, outras decisões merecem destaque para a presente pesquisa. A ADI 5. 543 teve como objeto o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (RDC nº 34/2014 da ANVISA), que, em linhas gerais, proibiam a doação de sangue por homossexuais (por lapso de 12 meses após ato sexual), considerado um grupo de risco. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar inconstitucionais os referidos dispositivos, por configurarem indevida discriminação por orientação sexual e ofenderem a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Entre os fundamentos da decisão se encontram as seguintes ideias: Discriminação com base em grupos conforme sua orientação sexual e violação à dignidade humana; Direito à dignidade humana, identidade e reconhecimento; Direito à liberdade sexual e à autonomia; do indevido tratamento desigual; Movimento LGBTQIAP+ como intérprete da Constituição e Impacto desproporcional e violação à igualdade.

No mesmo sentido foi a ADPF nº 461, que tem como objeto a análise do art. 3º, X, parte final, da Lei 3.468/2015 do Município de Paranaguá (PR), que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade, formal e material, do dispositivo em questão, uma vez que a norma compromete o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral. Mais do que isso, a Corte fundamentou seu julgado (e é o que nos interessa aqui) destacando: 1. A necessidade de se compreender claramente os conceitos de sexo, orientação sexual e gênero; 2. O quadro geral de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+; 3. Resultado prático da vedação do ensino de gênero e orientação sexual; 4. Educação e promoção da igualdade; 5. Educação, pluralismo e emancipação; 6. Quadro de violência e exclusão de pessoas LGBTQIAP+ nas escolas; 7. Educação sexual e proteção integral da criança e do adolescente. A decisão reconheceu, textualmente, que é “dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade.” Que não se pode violar à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214) e comprometer o papel transformador da educação. Refere, a decisão, ainda, que não se pode utilizar do

“aparato estatal para manter **grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade**”.

Sobre o mesmo tema¹ foi o julgamento da ADPF n.º 457, no ano de 2020, a fim de impugnar a Lei Municipal.º 1.516/2015 que visava a exclusão de qualquer referência à diversidade de gênero e à orientação sexual à política municipal de educação no município de Novo Gama, no Estado de Goiás. O STF decidiu que a referida proposta “não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero” (STF. ADPF 457, 2020), tendo sua inconstitucionalidade material reconhecida.

Vejamos que todas essas decisões do STF repousam sobre a ideia de que a pluralidade das formas afetivas e sexuais são reconhecidas e devem ser protegidas constitucionalmente, já que que são modos particulares de a humanidade de cada ser revelar aquilo que se é, em igualdade de condições e em igual dignidade. O “amor”, desejo e sexualidade como experiências plenas são fundamentais para a construção de espaços democráticos que dependem da autenticidade, da alteridade e do reconhecimento da diferença do outro. Tem um apelo ético, uma carga de sentido nunca completa que se alimenta da constante incerteza e insegurança que funda os desejos e os interesses de cada cidadão. Cada pessoa individualmente considerada é a unidade da distribuição política e os direitos em igualdade de condições são a condição de possibilidade para que cada sujeito se realize como um projeto independente (Nussbaum, 2002). O Poder judiciário, ao proteger ativamente os direitos que garantem o reconhecimento e a pertença em igualdade de condições, está cumprindo uma função importante para a consolidação dos direitos individuais em sua acepção mais concreta possível (Copetti Santos; Lucas, 2017; 2019).

4. Considerações finais

Apesar das críticas ao modelo de atuação do STF, frequentemente acusado de ativista, é possível destacar que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando, mesmo que lentamente, um constitucionalismo identitário de tipo afirmativo, que dialoga e

¹ Ver, ainda, sobre este tema: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038 e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600, que foram ajuizadas contra a Lei estadual 7.800/2016 de Alagoas, que proibia a doutrinação política e ideológica no sistema educacional estadual e veda que os professores incitem os alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas.

substancializa os limites materiais do princípio da igualdade e reconhece demandas de reconhecimento identitário de viés liberal. Para consolidar essa função, o papel contramajoritário da Suprema Corte tem sido fundamental, pois ele permite a defesa das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais de grupos historicamente excluídos, a exemplo dos abordados nesta pesquisa. Isso porque, não raras vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão danoso à democracia quanto qualquer outro. Além disso, o papel representativo impõe que o Poder Judiciário “olhe à sua volta” e decida tendo em mente a realidade concreta, o mundo da vida. Nesse sentido, seria importante ampliar o acesso à Corte às minorias periféricas, pois as estatísticas indicam uma participação ainda muito pequena desses grupos.

Se o constitucionalismo é o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais, não há como negar que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, tem desempenhado importante função no sentido do estabelecimento de um constitucionalismo de jaez identitário. Esse movimento é novo e, como dissemos, não é visto como totalmente positivo por todos os autores. Uma coisa, porém, é certa: as questões identitárias fazem parte da agenda de qualquer país democrático e é normal que as suas pautas por reconhecimento e proteção sejam cada dia mais habituais nos ambientes institucionais da República. O direito e a política estão incitados, cada um do seu lugar, a dizer algo e deverão elaborar as soluções para que esses grupos minoritários tenham o igual direito de viverem as suas diferenças.

Não se trata, contudo, apenas de uma estratégia de distribuir direitos, mas de reconhecer novos argumentos, novas identidades e novas histórias em narrativa, sem esquecer, contudo, que o pano de fundo do direito à diferença é uma exigência calcada na igualdade de tratamento. Problemas desse tipo não se resolvem apenas com medidas distributivas, típicas de uma sociedade industrial, mas requerem, também, ações de reconhecimento do outro diferente, requerem um novo conceito para a igualdade e um pacto de confirmação e correção de nossa historicidade. O certo é que o direito será pouco eficiente se insistir em conduzir respostas homogeneizadoras para tratar de demandas que reclamam o reconhecimento de diferenças, bem como correrá o risco de ser autoritário se fundar medidas de direito amparadas somente em atributos de diferença. Em outras palavras, dois riscos devem ser evitados: a universalidade de direitos não pode se transformar em homogeneização e tampouco a diferença pode ser confundida com desigualdade.

5. Referências

- ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial. Os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF.** Limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes, 2018.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. Crítica do Protagonismo do Poder Judiciário. O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**, v. 17, p. 197-230, 2017.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. **A (In) Diferença no Direito. Minorias, Diversidade e Direitos humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Doglas Cesar. **Togas & “Diabos”. O constitucionalismo identitário entre ativismo judicial e garantias.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabbris Editor, 1991.
- NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal.** Entre impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- NUSSBAUM, Martha. **Las mujeres y el desarrollo humano.** Barcelona: Herder, 2002.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189
- REMOTTI, Francesco. **L’ossessione identitaria.** Roma-Bari: Laterza, 2010.
- RESTA, Eligio. L’identità nel corpo. In: RODOTÀ, Stefano; ZATTI Paolo. **Il governo del corpo.** Giuffrè Editore, 2011.
- RESTA, Eligio. **Le stelle e le masserizie.** Paradigmi dell’osservatore. Roma-Bari, 1997.
- RESTA, Eligio. **Percursos da Indentidade.** Uma abordagem jus-filosófica. Tradução de Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Unijui, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Espaço Jurídico Journal of Law, v. 17, n. 3, 2016, p. 721-732.
- STRECK, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.
- VIANNA, Luiz Werneck. et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.