

**I INTERNATIONAL EXPERIENCE
PERUGIA - ITÁLIA**

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IMPACTOS DEMOCRÁTICOS III**

DANIELLE JACON AYRES PINTO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

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 - Unicuritiba - 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Danielle Jacon Ayres Pinto, José Alcebiades De Oliveira Junior, José Querino Tavares Neto. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-099-1

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 III

Apresentação

CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL:
IMPACTOS DEMOCRÁTICOS E CRISE EPISTEMOLÓGICA NO BRASIL
CONTEMPORÂNEO

José Querino Tavares Neto

José Alcebiades De Oliveira Junior

Danielle Jacon Ayres Pinto

Introdução

A presente reflexão parte de uma premissa fundamental desenvolvida ao longo de anos de pesquisa no campo do Direito Constitucional e da Justiça Socioambiental. Tais perspectivas foram anteriormente exploradas em artigos e obras, como no trabalho "Perspectivas para um Direito Constitucional em Cenários de Crise de Paradigmas" do professor José Querino Tavares Neto. O ponto de partida central reside na necessidade de deslocamento do eixo epistemológico que estrutura o Direito Constitucional brasileiro, com especial ênfase no campo socioambiental.

É imperativo superar a tradicional dicotomia entre legalidade e ilegalidade, direito e norma, legitimidade e legalidade. Essas estruturas conceituais, alicerçadas em um modelo de racionalidade econômica, continuam a reproduzir as desigualdades históricas, sustentando uma lógica de exploração inerente à relação capital versus trabalho e à centralidade das finalidades de mercado. Tal concepção tem produzido uma distorção hermenêutica da Constituição de 1988, a qual, apesar de suas cláusulas pétreas, vem sendo progressivamente desfigurada. Este processo tem resultado na manutenção de práticas de (re)escravização das populações tradicionais, indígenas e quilombolas, fenômeno que se intensificou no contexto recente de aparelhamento estatal.

O cenário atual revela um preocupante recrudescimento de discursos e práticas que reforçam a hierarquização social e de gênero, como evidenciado em episódios recentes de violência

política e simbólica, a exemplo da agressão dirigida à ministra Marina Silva por parte de senadores da República do Brasil em junho de 2025. Este episódio, entre outros, configura um ataque direto aos pilares democráticos e à dignidade da representação pública.

Além disso, observa-se um processo de patrulhamento ideológico que associa, de forma reducionista e distorcida, temas como constitucionalismo, direitos humanos e socioambientalismo a posições político-partidárias específicas. Essa manipulação discursiva resulta em uma tentativa sistemática de criminalização de movimentos sociais e pautas identitárias.

É fundamental reconhecer que tais fenômenos não são exclusivos de um único governo. Embora o bolsonarismo tenha exacerbado essa dinâmica, trata-se de um processo histórico, alimentado por diversos setores do Estado e da sociedade civil. O aparelhamento do sistema de justiça, com destaque para a relação entre setores do Judiciário e o Ministério Público, como exemplificado pelo caso Moro/Dallagnol, expõe a fragilidade institucional. Mesmo após as decisões contundentes do Supremo Tribunal Federal (STF), observa-se a ausência de uma resposta institucional mais ampla e assertiva que repudie tais práticas.

Diante desse contexto, o processo de racionalização da ideologização de temas como direitos indígenas, igualdade de gênero, questões raciais e ambientais, bem como os movimentos sociais como o Movimento Sem Terra (MST), torna-se uma estratégia deliberada de criminalização. A resposta estatal aos acontecimentos de 8 de janeiro de 2023 demonstra que tais eventos não são isolados, mas representam a materialização da fragilidade do próprio Constitucionalismo Transformador brasileiro, incapaz de resistir integralmente às forças regressivas. Como afirmou Albert Camus (1996), "é apenas uma questão de tempo para que os ratos retornem".

A Dialética do Esclarecimento e a Alienação Contemporânea

Nesse sentido, essa reflexão propõe, portanto, uma análise que não pode se dissociar de uma ponderação epistemológica profunda. Nesse sentido, é fundamental recorrer à obra de Adorno e Horkheimer (1985), "Dialética do Esclarecimento", para compreender os limites da racionalidade moderna. A pergunta central permanece: qual é o papel da academia e do próprio Direito na tarefa de libertar os sujeitos do medo e da dominação?

Mesmo após mais de três décadas de vigência da Constituição de 1988, a sociedade brasileira continua submetida a formas de sujeição que reiteram estruturas autoritárias. O processo de desencantamento do mundo, caracterizado pela alienação dos sujeitos e pela coisificação das relações sociais, conforme Marx (1982) e Weber (1993), permanece inacabado.

A necessidade de reanálise dos limites da linguagem emancipatória torna-se urgente. Trata-se de diferenciar categorias como identidade, sujeito e objeto, reconhecendo a insuficiência das soluções produzidas por uma racionalidade abissal. Neste aspecto, obras literárias como "Educação Sentimental", de Flaubert (2007), tornam-se igualmente relevantes para uma reflexão crítica. De outra parte, Han (2015; 2018), ao analisar a sociedade contemporânea, adverte para os riscos da sociedade do desempenho e da exclusão, evidenciando os novos apartheids sociais, raciais e de gênero. A lógica produtivista e individualista transforma docentes e instituições em prestadores de serviços rápidos, o que contribui para o esgotamento intelectual e emocional das categorias profissionais e acadêmicas.

A reificação das relações sociais, tal como descrita por Marx (1982), materializa-se na naturalização dos processos de dominação sobre a natureza, resultando em uma forma de narcisismo primário, como analisa Lacan (1998) em sua teoria do "estádio do espelho". Essa alienação coletiva, por sua vez, compromete a capacidade reflexiva da sociedade e perpetua a alienação.

A Crise do Método e os Limites da Ciência Jurídica Tradicional

Essa conjuntura evidencia a urgente necessidade de uma revisão epistemológica profunda, que dialogue com as críticas formuladas por pensadores como Morin (2005), Weber (1993), Feyerabend (2003) e Andery (2007). Conforme argumenta Feyerabend (2003), a ciência deve ser compreendida como uma dentre várias formas de produção do conhecimento, não podendo ser tratada como única via legítima para a compreensão da realidade. Essa percepção é especialmente relevante para o campo jurídico, cujas práticas e saberes estão historicamente condicionados por um método rígido, fragmentado e disciplinar.

De acordo com Andery et al. (2007), o método científico reflete as condições históricas, sociais e políticas de sua construção. Assim, a análise acadêmica do Constitucionalismo Transformador deve reconhecer as limitações inerentes ao método tradicional, abrindo espaço para abordagens interdisciplinares e críticas, fundamentais para a compreensão da complexidade das relações socioambientais no Brasil.

O contexto recente da aprovação da Lei Geral do Licenciamento Ambiental sem a devida participação popular e contra manifestações de especialistas e do próprio Ministério do Meio Ambiente é um exemplo dessa necessidade de revisão epistemológica. Tal processo legislativo, ocorrido em pleno ano da COP30 e do Global Citizen Festival: Amazônia, reflete a subordinação das instituições democráticas aos interesses econômicos mais imediatos (Senado Federal, 2025).

A análise bourdieusiana da produção simbólica do direito (Bourdieu, 1998) é elucidativa para compreender o funcionamento das estruturas jurídicas em um ambiente de dominação capitalista. O poder simbólico do Judiciário, construído em um contexto histórico de desigualdades estruturais, reproduz formas de violência simbólica e física, dificultando a consolidação de um verdadeiro Constitucionalismo Transformador.

A atuação do Estado brasileiro, especialmente durante o governo Bolsonaro, ilustra uma estratégia sistemática de necropolítica ambiental (Mbembe, 2018) e a dificuldade de fazer valer o constitucionalismo transformador. As nomeações de militares e agentes de segurança sem formação e conhecimento na área para cargos de gestão ambiental, bem como as alterações normativas promovidas pela Instrução Normativa nº 09 da FUNAI, evidenciam um projeto de desmonte das políticas de proteção às comunidades tradicionais.

A omissão estatal na crise humanitária enfrentada pelos Yanomami, apenas reconhecida após a ampla divulgação de imagens de extrema miséria, reforça a seletividade do aparato estatal (G1, 2021). Essa prática revela o funcionamento de um Estado que naturaliza a exclusão e a violência, enquanto mantém um discurso formal de proteção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a análise crítica das estruturas sociais brasileiras aponta para a permanência de um patrimonialismo estrutural, como argumenta Souza (2017). As relações entre elites econômicas, instituições estatais e o sistema jurídico revelam a continuidade de uma lógica excludente, moldada historicamente pela Casa Grande e Senzala (Freyre, 2003). Dados do IBGE (2025) demonstram que a desigualdade racial e de gênero permanece estrutural, afetando de maneira desproporcional a população negra e as mulheres nas relações de trabalho. Assim, a precarização das condições laborais, o aumento do trabalho análogo à escravidão e a sub-representação de grupos marginalizados no Congresso Nacional reforçam a centralidade da questão epistemológica. Não se trata apenas de uma crise de representatividade política, mas de uma crise profunda das estruturas de conhecimento que orientam a produção e a aplicação do direito.

Em suma, o desafio contemporâneo consiste em fortalecer um Constitucionalismo verdadeiramente transformador, capaz de romper com as estruturas históricas de dominação e exclusão. A superação dessa crise exige uma articulação entre academia, movimentos sociais, instituições democráticas e sociedade civil, com vistas à construção de um sistema de justiça socioambiental mais equitativo e inclusivo. É imprescindível reafirmar o papel da política como categoria central para a efetivação dos direitos fundamentais, evitando a captura do processo decisório por interesses corporativos e antidemocráticos. Retomar a cidadania ativa, como proposto por Arendt (1998), constitui passo essencial para evitar o aprofundamento do ciclo de exclusão e violência que marca a realidade brasileira.

Referências bibliográficas

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ANDERY, M. A. P. et al. Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica. São Paulo: Cortez, 2007.

ARENDT, H. A condição humana. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

FEYERABEND, P. Contra o método. São Paulo: Unesp, 2003.

FREYRE, G. Casa-grande & senzala. São Paulo: Global Editora, 2003.

G1. MPF cobra do Ministério da Saúde reforço na estrutura para atender povo Yanomami após imagens revelarem abandono. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roaima/noticia/2021/11/15/mpf-cobra-do-ministerio-da-saude-reforco-na-estrutura-para-atender-povo-yanomami-apos-imagens-revelarem-abandono.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2025.

HAN, B. C. Sociedade do cansaço. Petrópolis: Vozes, 2015.

HAN, B. C. No enxame: perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.

JESSÉ, S. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

LACAN, J. O estágio do espelho como formador da função do eu. In: Escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

MARX, K. Prefácio à crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 1982.

MBEMBE, A. Necropolítica. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MORIN, E. Introdução ao pensamento complexo. Porto Alegre: Sulina, 2005.

SENADO FEDERAL. Senado aprova projeto da Lei Geral do Licenciamento Ambiental. Agência Senado, 21 maio 2025.

WEBER, M. Economia e sociedade. Brasília: UnB, 1993.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E A FUNÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA LUTA ANTIDISCRIMINATÓRIA: A TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ COMO MEIO PARA A PROMOÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL

TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN THE ANTI-DISCRIMINATION FIGHT: JURISDICTIONAL GUARDIANSHIP OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE LGBTQIAP+ POPULATION AS A WAY FOR PROMOTING SOCIAL JUSTICE

José dos Santos Carvalho Filho ¹

Resumo

Este texto reflete sobre o constitucionalismo transformador e a função da jurisdição constitucional na luta antidiscriminatória. Em razão das dificuldades de efetivação de direitos fundamentais por meio das vias políticas clássicas (Poder Legislativo e Poder Executivo), Cortes Constitucionais passaram a ser utilizadas como instância para a promoção desses direitos. Nesse cenário, o artigo discorre sobre a legitimidade constitucional dos órgãos de Justiça na tutela de direitos de grupos vulneráveis, além de apresentar os principais precedentes judiciais, brasileiros e do direito comparado, sobre a proteção de direitos fundamentais da população LGBTQIAP+. Feitas essas análises preliminares, defende-se, como conclusão, que o desenvolvimento de categorias centrais, como as teorias da discriminação indireta e do impacto desproporcional, pela dogmática jurídica do direito antidiscriminatório tem o condão de sofisticar a hermenêutica constitucional e colaborar para uma atuação mais eficiente da Justiça constitucional na luta para eliminar ou reduzir as disparidades culturais entre grupos sociais, escopo central do constitucionalismo transformador.

Palavras-chave: Constitucionalismo transformador, Cortes constitucionais, Igualdade, Direito antidiscriminatório, Lgbtqiap+

Abstract/Resumen/Résumé

This text reflects on transformative constitutionalism and the role of constitutional jurisdiction in the anti-discrimination struggle. Due to the difficulties in implementing fundamental rights through classic political channels (Legislative Power and Executive Power), Constitutional Courts began to be used as a body to promote these rights. In this scenario, the article discusses the constitutional legitimacy of Justice bodies in protecting the rights of vulnerable groups, in addition to presenting the main judicial precedents, from Brazil and other countries, on the protection of fundamental rights of the LGBTQIAP+ population. Having carried out these preliminary analyses, the conclusion is that the

¹ Pós-doutor em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito Público pela Aix-Marseille Université. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Professor de Direito Constitucional. Assessor de Ministro do STF.

development of central categories, such as the theories of indirect discrimination and disproportionate impact, through the legal dogmatics of anti-discrimination law has the power to sophisticate constitutional hermeneutics and contribute to a more efficient performance of constitutional justice in the fight to eliminate or reduce cultural disparities between social groups, the central scope of transformative constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transformative constitutionalism, Constitutional courts, Equality, Anti-discrimination law, Lgbtqiap+

PROÊMIO

Na história contemporânea, é possível observar uma ascensão de governos populistas nas democracias ocidentais, uma expansão de discursos de ódio propagados na internet e a adoção de expedientes direcionados à discriminação de grupos vulneráveis, na contramão do que aclama o direito internacional dos direitos humanos e os direitos fundamentais no âmbito de cada país. Exemplo desse fenômeno são as ordens executivas editadas no início do segundo mandato de Donald Trump com o intuito de erradicar a “ideologia de gênero” nos Estados Unidos.

Esse fenômeno tem impulsionado reações para proteger direitos de grupos vulneráveis, como o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional engajada na luta antidiscriminatória. Nesse cenário, a tutela jurisdicional de direitos fundamentais por Cortes Constitucionais tem sido um caminho de resistência de grupos subrepresentados politicamente, como a população LGBTQIAP+, para a promoção de justiça social.

A ampliação dos parâmetros e dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade, paralelamente à expansão de legitimados hábeis a instaurar e/ou participar do contencioso constitucional, em vários países ocidentais, entre os quais o Brasil, inauguraram nova onda de acesso à Justiça, promovendo verdadeira abertura procedimental da jurisdição constitucional. Em consequência, questões, até então, decididas no âmbito das instâncias políticas clássicas (Legislativo e Executivo) migraram para o Poder Judiciário, ante a positivação de normas de direitos fundamentais.

Nesse cenário, a fim de garantir a força normativa da Constituição, a Justiça Constitucional tem participado de maneira cada vez mais ativa na solução de conflitos sociais diversos. Conforme o caso, altera-se o veículo empregado para acionar a jurisdição constitucional, mas é fato que ela está habitualmente presente no tratamento das questões mais sensíveis da sociedade, como a proteção de direitos de grupos vulneráveis.

Por isso, minorias políticas passaram a explorar o litígio constitucional como estratégia na luta por direitos civis. Sobre a tutela de direitos do grupo LGBTQIAP+, é preciso reconhecer que significativa parte das conquistas alcançadas se concretizou por meio de decisões paradigmáticas da Justiça, no Brasil e no mundo.

Este artigo visa a apresentar os principais precedentes judiciais brasileiros e do direito comparado sobre o tema, além de discorrer sobre o constitucionalismo transformador e a função das Cortes Constitucionais na luta antidiscriminatória.

2. A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O critério antidemocrático da jurisdição constitucional tem sido historicamente invocado para criticar o controle de constitucionalidade exercido por órgãos jurisdicionais. O grande desafio à legitimidade da Justiça constitucional reside em saber qual é a justificativa democrática de uma decisão judicial para paralisar a vontade expressa pelos representantes do povo. Em outras palavras, como é possível harmonizar a representação popular com o papel que os juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis desempenham?

A identificação de um possível conflito entre democracia representativa e o controle da constitucionalidade das leis remonta à doutrina americana dos anos cinquenta e sessenta, da qual Alexander Bickel é um dos representantes mais ilustres. O autor constatou que, quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato de um membro eleito do poder, frustra a intenção dos representantes do povo, de modo que exerce sua atividade não a favor, mas contra a maioria. Como resultado, o controle da constitucionalidade das leis seria antidemocrático, daí a dificuldade contramajoritária da Justiça constitucional que ele identificou (BICKEL, 1962, p. 16-17).

No entanto, a doutrina contemporânea enfatiza que tanto o eleito quanto o juiz são indispensáveis a qualquer democracia. Com efeito, o termo não pode ser compreendido como sendo apenas uma "democracia eleitoral" (DENQUIN, 2009), na medida em que o regime deve respeitar o Estado de Direito. Consequentemente, o Parlamento e o Tribunal Constitucional estão sujeitos às regras promulgadas pelo poder constituinte.

Trata-se de uma concepção substancial da democracia, que leva em conta não apenas o processo eleitoral, mas também a proteção dos direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Constituição. Para Dominique Rousseau, a Constituição que carrega a democracia não é mais a Constituição que garante os direitos fundamentais pela separação de poderes, mas os garante pelo controle da constitucionalidade; não é mais a separação de poderes na Constituição, mas os direitos fundamentais na Constituição (ROUSSEAU, 2008).

Essa visão contemporânea do termo democracia visa a impedir a instalação de uma tirania da maioria – consequência indesejável da democracia eleitoral pela qual uma

maioria poderia oprimir uma minoria. É por isso que o termo democracia inclui o reconhecimento de certos direitos para proteger minorias. Nesse sentido, Tocqueville argumenta que "o poder concedido aos tribunais para julgar a inconstitucionalidade das leis ainda é uma das barreiras mais poderosas que já foram levantadas contra a tirania das assembleias políticas" (TOCQUEVILLE, 1981, p.172).

Nessa conjuntura, percebe-se que as reflexões quanto à legitimidade da jurisdição constitucional passaram a reconhecer a necessidade de uma democracia constitucional, caracterizada pela existência de um catálogo de direitos fundamentais associada à ideia de supremacia da Constituição e ao exercício de controle de constitucionalidade por órgão jurisdicional (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 71-164).

Por outro lado, não se deve admitir um discurso centrado na supremacia dos juízes, segundo o qual a Constituição seria o que os juízes dizem que é. Sobre o tema, há autores que criticam a postura do Supremo Tribunal Federal e de seus membros, adjetivando sua atuação como "supremocracia" (VIEIRA, 2008, p. 441-464) e "ministrocracia" (ARGUELES; RIBEIRO, 2018, p. 13-32). No estrangeiro, para reagir à possibilidade de um governo de juízes, Cass Sustein (1993) formula uma teoria que conduz ao minimalismo judicial e Jeremy Waldron (1999) se propõe a defender a dignidade do Parlamento.

Em vista de todas essas posições, um grupo de juristas americanos composto por Larry Kramer (2004), Mark Tushnet (1999) e Jack Balkin (2011), entre outros, fundou a Escola do "Constitucionalismo Popular", que propõe soluções dialógicas para a interpretação da Constituição, para que a última palavra relativa ao sentido da Constituição não pertença a um único poder constituído, seja o juiz constitucional, seja o Parlamento. Assim, essa corrente doutrinária defende que a Constituição não é apenas o produto da atividade judicial, mas fruto de um processo de interação entre os tribunais e o povo, manifestando-se diretamente ou por meio de representantes eleitos.

Percebe-se, portanto, que as reflexões sobre a legitimidade da própria existência da jurisdição constitucional migraram para estudos sobre os limites de atuação do juiz constitucional. Dito de outro modo, em que medida pode a jurisdição constitucional agir, com fundamento na supremacia da Constituição, para resguardar direitos fundamentais dos jurisdicionados?

Temas relacionados notadamente ao conteúdo moral do direito tem dividido a doutrina quanto à possibilidade de intervenção judicial nessa seara. Enquanto alguns autores, como Jeremy Waldron (2006, p. 1346-1406), desenvolvem a concepção de

desacordo moral razoável para assentar que o palco para a tomada de decisão quando há mais de uma possibilidade legítima é necessariamente político; outros doutrinadores, como Richard Fallon (2008, p. 1.710-1.714), pugnam por uma atuação moderada da jurisdição constitucional, nas hipóteses em que a autocontenção (*self-restraint*) é capaz de acarretar consequências mais gravosas do que a intervenção que efetiva os direitos fundamentais.

Para Waldron, nos contextos constitucionais em que há compromisso de respeito aos direitos fundamentais – inclusive de grupos minoritários – e onde as instituições democráticas são funcionais, porém há discordância razoável sobre o conteúdo dos direitos, não há justificativa para que a definição desses direitos, permeados por debates morais, ocorra no seio do poder Judiciário. Ao contrário, as decisões devem ser tomadas por meio de deliberação em processo democrático, no âmbito do poder Legislativo, porque os legisladores têm o dever de prestação regular de contas com os seus constituintes, por meio do processo eleitoral (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

Contrariamente a essa posição, Richard Fallon (2008, p. 1.718-1.727) defende que há argumentos de resultado fortes o suficiente para permitir a atuação do juiz constitucional. Apesar do déficit de legitimidade democrática, Fallon entende que erros resultantes da proteção insuficiente de direitos fundamentais (*underenforcement*) são mais graves do que erros que possam resultar da proteção exagerada (*overenforcement*), de modo que os custos da proteção judicial excessiva de direitos fundamentais são inferiores ao impacto negativo da proteção insuficiente, que ocorreria se não houvesse a *judicial review*. Além disso, o autor entende que a legitimidade democrática não é o único fator que justifica a atuação política, a qual se fundamenta também na contribuição institucional na proteção de direitos fundamentais. Assim, na medida em que outras instituições podem suprir a legitimidade democrática do regime político considerado globalmente, um modelo que estabeleça a jurisdição constitucional ainda mantém legitimidade democrática suficiente.

Registre-se que Fallon reconhece a possibilidade de uma atuação moderada da Justiça constitucional, na medida em que propõe um sistema de controle de constitucionalidade em que haja certa deferência dos juízes constitucionais às decisões dos legisladores, notadamente porque se parte da premissa segundo a qual os direitos fundamentais devem ser protegidos por múltiplas instituições, e não da premissa de que os tribunais são melhores do que as legislaturas para resolver corretamente questões

controversas sobre direitos fundamentais (FERNANDES, 2016). No ponto, as lições do autor vão ao encontro da doutrina do constitucionalismo popular.

Fato é que a concretização imediata de direitos fundamentais diretamente pelo Judiciário é questão das mais difíceis do constitucionalismo contemporâneo. Por um lado, é preciso atentar à organização funcional dos poderes públicos estabelecida pela Constituição e à legitimidade democrática que lhes foi atribuída para atuar em nome do povo; mas, por outro lado, a separação de poderes não segue critério rígido hermético, de modo que as instituições do Estado exercem controle simultâneo umas sobre as outras.

Nesse quadro, a questão que se põe é: diante de omissão estrutural da instituição preferencialmente responsável pela efetivação de direitos fundamentais, seja ela integrante do Legislativo ou do Executivo, pode o Judiciário intervir para assegurar direitos mínimos?

A celeuma está diretamente relacionada à proteção dos direitos de grupos vulneráveis, como a população LGBTQIAP+, sendo que a vicissitude reside na definição do órgão competente para atribuir significados e consequências aos direitos fundamentais abstratamente previstos no âmbito normativo.

Embora se reconheça a problemática decorrente da concretização de direitos fundamentais pela Justiça constitucional, no que diz respeito especificamente à tutela de grupos vulneráveis, trata-se praticamente do único canal estatal efetivo onde coletivos marginalizados e vítimas de preconceitos culturais violentos conseguiram ver algumas de suas pretensões atendidas.

Portanto, decisões judiciais não encerram debate sobre temas polêmicos, mas concretizam imediatamente alguns direitos básicos e lançam luz de esperança que encoraja os movimentos sociais a continuarem buscando igualdade em sentido material.

Feitas essas reflexões iniciais sobre a legitimidade da Justiça constitucional para a tutela jurisdicionais de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, é possível já avançar à apresentação dos principais precedentes, no Brasil e no direito comparado, sobre o tema.

3. A TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Precedente pioneiro e relevante do Supremo Tribunal sobre a tutela jurisdicionais de direitos fundamentais LGBTQIAP+ foi o caso das uniões homoafetivas, no qual a

Suprema Corte conferiu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família (BRASIL, 2011). Assim, o reconhecimento como entidade familiar da união estável entre o homem e a mulher não exclui a possibilidade de reconhecimento familiar das uniões entre pessoas do mesmo gênero, desde que configuradas na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família – requisitos que a lei exige para a união estável. Antes dessa decisão, muitas uniões entre pessoas do mesmo gênero eram consideradas “sociedades de fato” pela jurisprudência, o que gerava insegurança jurídica e discriminação quanto à fruição de diversos direitos previdenciários, familiaristas e sucessórios, entre outros.

Outro importante precedente foi o caso em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade da discriminação por orientação sexual nas Forças Armadas, ao julgar o chamado crime de pederastia. No julgamento da ADPF 291, o STF assentou a inconstitucionalidade (não-recepção) das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” constantes do art. 235 do Código Penal Militar. A Corte entendeu que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses, contudo, refutou o uso de expressões pejorativas e discriminatórias pela lei, como corolário do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual (BRASIL, 2016). Essa decisão não alterou o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, entretanto se trata de importante decisão que simboliza a impossibilidade de atos normativos discriminatórios, em sua redação ou aplicação.

No que diz respeito à alteração do registro civil de pessoas transgênero, seguindo a Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o STF assentou que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la. Assim, ela resta comprovada por simples autoidentificação – em declaração de vontade escrita, apresentada perante o Cartório de Registro Civil –, o que garante à pessoa transgênero o direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pelas vias administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2018; BRASIL, 2019).

Registre-se, também, a decisão judicial que, ao reconhecer omissão legislativa inconstitucional sobre o tema, enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. A Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da população LGBTQIAP+, razão por que reconheceu que a homofobia e a transfobia se enquadram nos crimes previstos na Lei Antirracismo (Lei 7.716/1989), por entendê-las como espécies de crimes raciais, na acepção político-social de raça e racismo, enquanto o Congresso Nacional não editar lei sobre a matéria. A tese fixada pelo STF foi resumida em três pontos: I) até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/1989 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe; II) o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, configurando-se em qualquer inferiorização de um grupo social relativamente a outro, em um sistema de relações de poder em que grupo dominante oprime, desumanizando, grupo dominado, negando a dignidade e a humanidade dos(as) integrantes de grupos vulneráveis (daí a homotransfobia se enquadrar na interpretação *literal* dos crimes “por raça”); e III) a repressão penal à prática da homotransfobia não se aplica ao exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio (BRASIL, 2019b; BRASIL, 2019c).

O STF ainda decidiu que a Lei 6.160/2018 do Distrito Federal, que estabelece políticas públicas de valorização da família, não pode excluir a união homoafetiva como entidade familiar. Afirmou que a proteção enquanto família apenas da união entre o homem e a mulher contraria o entendimento da Corte Suprema firmado por ocasião do julgamento das uniões homoafetivas, razão pela qual se atribuiu ao dispositivo o mesmo entendimento já adotado: a única interpretação constitucionalmente possível da norma questionada é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na lei, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2019d).

Na ADI 5.543, o STF declarou a inconstitucionalidade de atos normativos que vedavam a doação de sangue por “homens que fizeram sexo com outros homens nos últimos doze meses”, por considerá-los integrantes de grupo de risco supostamente mais elevado de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis. A Corte entendeu que a norma, por focar no conceito ultrapassado de “grupo de risco”, adotou tratamento discriminatório em relação aos homens homossexuais. Com efeito, considerar que todo

homem que faça sexo com outro homem, sempre e inevitavelmente, está em uma situação de risco implica discriminação em relação a este grupo (BRASIL, 2020).

Desde 2020, em diversos julgamentos, o STF tem declarado a inconstitucionalidade de leis municipais e estaduais que proíbem o debate de gênero nas escolas (BRASIL, 2020a). Além de inconstitucionalidade formal, por se referir a tema de competência privativa da União, reconheceu-se a inconstitucionalidade material, por violação dos princípios da liberdade de cátedra, que abarca a pluralidade de concepções pedagógicas, da vedação da censura e do papel das escolas de promoverem a liberdade, a tolerância e o respeito aos direitos humanos em favor do livre desenvolvimento da personalidade de todas as pessoas, consoante a Lei de Diretrizes e Bases da Educação no Brasil (art. 3º, IV) e o Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13, 2).

Há decisão proferida em sede de medida cautelar em controle abstrato de constitucionalidade muito relevante sobre direitos da população transexual. Na ADPF 527, o Min. Roberto Barroso determinou que as presas transexuais mulheres que o desejarem cumpram pena em presídios femininos, por entender que a medida protege a dignidade de pessoa integrante de um grupo extremamente estigmatizado e que, em relação ao contexto carcerário, sofre dupla vulnerabilidade (BRASIL, 2021). Essa decisão impulsionou o Conselho Nacional de Justiça a editar resolução com diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

No julgamento da ADI 5.686, a Suprema Corte interpretou dispositivo do Plano Nacional de Educação Nacional (Lei 13.005/2014) para reconhecer a obrigação de escolas públicas e privadas em combater discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual. O Tribunal ainda assentou que o direito à educação deve estar orientado para assegurar o pluralismo de ideias e coibir toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, motivo pelo qual as escolas devem reprimir o *bullying* e as discriminações de cunho machista contra meninas e homotransfóbicas, que afetam gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (BRASIL, 2024).

Finalmente, ao julgar a ADPF 487, O Supremo Tribunal Federal determinou ao Ministério da Saúde a adoção das medidas necessárias para garantir o acesso de pessoas

transexuais e travestis às políticas de assistência básica em saúde, notadamente para o agendamento de consultas e exames, independentemente do gênero declarado da pessoa, bem como adequação do formulário da Declaração de Nascido Vivo, em conformidade com a autodeclarada identidade de gênero dos genitores (BRASIL, 2024a).

Todos esses casos representam conquistas históricas do movimento LGBTQIAP+, na medida em que produzem efeitos jurídicos concretos para possibilitar a fruição de direitos fundamentais, como o casamento entre pessoas que se amam, a adoção por casais homoafetivos, o registro civil compatível com a identidade de gênero do cidadão, o acesso a políticas públicas de saúde e a possibilidade de responsabilização penal do autor de crimes homotransfóbicos.

4. A TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ NO DIREITO COMPARADO

A concretização imediata de direitos fundamentais por Cortes Constitucionais é um fenômeno global, portanto, paralelamente aos principais julgados brasileiros sobre o tema, convém apresentar também alguns exemplos de decisões paradigmáticas de vários países em que a Justiça Constitucional promoveu direitos humanos e fundamentais da população LGBTQIAP+.

A Suprema Corte dos Estados Unidos (*Scotus*), ao julgar o caso *Bostock v. Clayton County*, decidiu pela inconstitucionalidade de discriminações em ambiente de trabalho decorrentes da orientação sexual ou da identidade de gênero dos trabalhadores (*UNITED STATES OF AMERICA*, 2020). Esse precedente é um dos mais relevantes relativamente à comunidade LGBTQIAP+, ao lado de *Lawrence v. Texas*, em que a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da criminalização de condutas sexuais recreativas sem finalidade de procriação (*UNITED STATES OF AMERICA*, 2003; CARVALHO FILHO, 2021); e *Obergefell v. Hodges*, que legitimou o casamento gay nos Estados Unidos (*UNITED STATES OF AMERICA*, 2015). Mais recentemente, ao apreciar pedido incidental no caso *West Virginia v. B.P.J.* (2023), a *Scotus* também proferiu decisão provisória permitindo que uma adolescente transexual de doze anos integrasse o time feminino de atletismo do colegial. Em consequência, afastou a aplicação de legislação do Estado de *West Virginia* que proibia meninas transgênero de jogar em times esportivos femininos em escolas secundárias e faculdades públicas, ao fundamento de que esse tipo de norma viola a garantia constitucional da proteção igualitária (*UNITED STATES OF AMERICA*, 2023).

No Canadá, ao analisar a demissão de um professor colegial com base em sua homossexualidade, a Suprema Corte entendeu que discriminação por orientação sexual é inconstitucional, sendo as legislações locais que não preveem a orientação sexual como causa de discriminação inconstitucionais por omissão. Essa tese foi fixada no julgamento do *case Vriend v. Alberta* (CANADA, 1998), em que a Corte assentou que a omissão da orientação sexual como fundamento protegido no *Individual Rights Protection Act (IRPA)* do Estado de Alberta criava uma distinção entre homossexuais e outros grupos desfavorecidos protegidos pela lei, de modo que gays e lésbicas não tinham igualdade formal com relação a outros grupos protegidos. Além disso, a exclusão do fundamento da orientação sexual, considerado o contexto da realidade social de discriminação contra gays e lésbicas, tinha claramente impacto desproporcional sobre eles em relação aos heterossexuais (CANADA, 1998).

Na Colômbia, a Corte Constitucional estabeleceu uma série de medidas para o enfrentamento do *bullying* em ambiente escolar. Ao proferir a sentença T-478-2015 – que envolvia a responsabilidade da escola em razão do suicídio de adolescente de dezessete anos, perseguido pelos diretores do colégio em que estudava e punido disciplinarmente por se relacionar com outro estudante –, além de ordenar ato de desagravo ao aluno falecido, a Corte determinou ao Ministério da Educação o desenvolvimento de mecanismos de combate ao *bullying* nos colégios e a revisão dos manuais de convivência, a fim de garantir o respeito à orientação sexual e à identidade de gênero dos alunos pelas instituições educacionais (COLOMBIA, 2015). Ademais, a Corte colombiana assentou que instituições educativas não podem obrigar estudantes a adotarem aparência pré-estabelecida, por contrariar o princípio do livre desenvolvimento da personalidade de alunos transexuais. Consequentemente, as escolas não podem punir alunas transexuais por utilizarem cabelos longos, maquiagem ou uniforme compatível com sua identidade de gênero, além de terem o dever de tratar estudantes pelo gênero de autoidentificação (COLOMBIA, 2013a, e 2013b e 2016; CARDINALI, 2017).

No Peru, paradigma relevante para a comunidade LGBTQIAP+ diz respeito ao julgamento em que o Tribunal Constitucional assentou que a aplicação de sanções motivada pela orientação sexual de servidores públicos viola a dignidade humana, por se consubstanciar em medida sub-reptícia que impõe padrão de vida moralmente aceitável pela maioria das pessoas. Em razão desse entendimento, a Corte determinou a reincorporação ao serviço ativo da Polícia Nacional de servidor que havia sido posto em disponibilidade sob a justificativa de falta de decoro, em decorrência de seu

relacionamento com uma mulher transgênero (*PERÚ*, 2004). Em outro julgado, o Tribunal peruano ainda estabeleceu que o direito à visita íntima em estabelecimentos prisionais não poderia ser obstaculizado pela orientação sexual do beneficiário, devendo os casais homossexuais gozarem dos mesmos direitos dos casais heterossexuais (*PERÚ*, 2007).

Na Áustria, uma decisão da Corte Constitucional de 2017 declarou a inconstitucionalidade de restrições do Código Civil e da Lei das Parcerias Registradas que restringiam o casamento a pessoas de sexos diferentes, e as parcerias registradas a pessoas do mesmo sexo. Em razão dessa decisão, os casais hetero e homoafetivos passaram a poder escolher, indistintamente, entre casamento e parceria registrada como entidade familiar formal. A Corte compreendeu que, apesar de não existirem diferenças substanciais entre as duas instituições legais na Áustria, a imposição obrigatória de nomes diferentes constitui discriminação (*AUSTRIA*, 2017; *GESLEY*, 2019).

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconheceu a desproporcionalidade do tipo penal consubstanciado na prática de ato sexual homossexual consentido com pessoa entre 14 e 16 anos, comparativamente a crime semelhante praticado por autores heterossexuais. Enquanto os autores heterossexuais precisavam abusar da inexperiência da vítima, os agentes homossexuais prescindiam desse elemento para incidir na conduta tipificada, o que evidenciava maior desvalor em relação a atos homossexuais. Diante desse cenário, o Tribunal julgou inconstitucional o artigo 175 do Código Penal português, na parte em que punia a prática de atos homossexuais com adolescentes mesmo que não se verificasse, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima (*PORTUGAL*, 2005).

Por seu turno, o Conselho Constitucional francês convalidou alteração legislativa que substituiu o termo “identidade sexual” por “identidade de gênero” no Código Penal, de modo a ampliar o nível de proteção jurídica do grupo LGBTQIAP+, uma vez que a prática de crime ou contravenção motivada pela orientação sexual ou a identidade de gênero da vítima passou a ser considerada circunstância agravante da infração (*FRANCE*, 2017).

Na Espanha, embora o casamento gay tenha decorrido de iniciativa legislativa (*Ley 13/2005*), o Tribunal Constitucional refutou recurso de inconstitucionalidade manejado por parlamentares conservadores contra esta lei. Na STC 198/2012, o Tribunal assentou que a norma impugnada está na tendência mundial de igualar o status legal de pessoas homossexuais e heterossexuais, com o objetivo de avançar da descriminalização

do comportamento homossexual para o reconhecimento da proteção contra a discriminação baseada na orientação sexual das pessoas (*ESPAÑA*, 2012).

Na Itália, a Corte Constitucional fixou entendimento segundo o qual a alteração de registro civil de pessoa transgênero independe de cirurgia de transgenitalização. Ao proferir a *Sentenza* 221/2015, em que analisava a constitucionalidade de norma que dispõe sobre retificação de atribuição de gênero, condicionando-a a uma “decisão final do tribunal que atribui a uma pessoa sexo diferente daquele declarado na certidão de nascimento, após alterações em suas características sexuais” (*ITALIA*, 1982), a Corte deu interpretação à norma para assentar que a prevalência da proteção da saúde do indivíduo sobre a correspondência com sexo anatómico, o que conduziu a considerar o tratamento cirúrgico não como pressuposto para o procedimento de retificação, mas como um meio possível e funcional para a obtenção de completo bem-estar mental e físico (*ITALIA*, 2015).

Em Taiwan, a Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade, por violação ao princípio do tratamento igualitário, da omissão legislativa em tutelar o direito ao casamento homoafetivo, concedendo ao Legislativo o prazo de dois anos para editar norma sobre o assunto (*TAIWAN*, 2017). Isso impulsionou a edição de lei em 2019, transformando o país no primeiro do continente asiático a tutelar o direito fundamental ao casamento da população LGBTQIAP+.

Finalmente, a Índia fornece precedente bastante interessante em que Suprema Corte, analisando a conjuntura da população trans, reconheceu a ela o direito de autoidentificação de gênero como masculino, feminino ou terceiro gênero. A Corte ainda ponderou que, como as pessoas transgênero são marginalizadas na sociedade, justifica-se a reserva de vagas para admissão em instituições educacionais e empregos (*INDIA*, 2014).

Todas essas decisões paradigmáticas revelam que a Justiça Constitucional pode ser encarada como via efetiva para a litigância estratégica na luta por direitos civis pelo movimento LGBTQIAP+. Porém, Cortes Constitucionais não devem ser compreendidas como único canal adequado de debate sobre o tema.

É imperioso ponderar que as Cortes estudadas neste artigo também têm precedentes que não efetivam direitos da população LGBTQIAP+, seja porque adotaram postura moralmente conservadora, seja porque se inclinaram à posição autocontida que não reconhece o controle de omissões inconstitucionais como função da Justiça Constitucional. Em consequência, assim como a litigância judicial estratégica pode gerar resultados positivos, pode igualmente trazer frustração de expectativas.

Além disso, decisões judiciais têm um efeito legitimador da pauta LGBTQIAP+ que é apenas relativo, na medida em que despertam diversas críticas à atuação concretista das Cortes, qualificando-as pejorativamente como ativistas, o que estimula um contramovimento reacionário às conquistas (*backlash*).

Nessa conjuntura, avanços na construção de uma sociedade igualitária que decorrem de lei deliberada pelos representantes do povo, e não de decisão judicial conformadora do Direito, têm mais robustez contra retrocessos, a exemplo do que ocorreu em relação ao casamento gay na Argentina, na Austrália, na África do Sul, na Holanda e na Tailândia.

Portanto, a Justiça Constitucional é mais um caminho legítimo para a conquista de direitos civis pela população LGBTQIAP+, notadamente nos casos de omissões normativas inconstitucionais, mas não o único, o mais adequado ou, necessariamente, o mais eficiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E A FUNÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA LUTA ANTIDISCRIMINATÓRIA

Os direitos fundamentais em geral e especialmente o direito a tratamento igualitário ocupam posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos democráticos, funcionando como balizas para as interações entre o Estado e os seus cidadãos (dimensão subjetiva clássica dos direitos fundamentais) e para as relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), além de serem vetores que conduzem toda a atuação estatal, na elaboração de leis, na tomada de decisões, no desenvolvimento e na condução de políticas públicas.

Se, por um lado, o tratamento igualitário pela lei é relevante conquista histórica, por outro, não se pode negligenciar que ele é insuficiente para lidar com problemas estruturais dos nossos arranjos sociais, como a desigualdade cultural, que hierarquiza grupos sociais.

Isso porque o padrão cultural do mundo ocidental é fundado em modelo patriarcal eurocêntrico, que coloca homens brancos heterossexuais em posição de privilégio social em relação a outros grupos sociais, como negros, mulheres, indígenas, homossexuais etc., que são histórica e sistematicamente excluídos do processo político (RIBEIRO, 2019).

Nesse cenário, as potencialidades de desenvolvimento dos cidadãos que não se inserem no padrão hegemônico patriarcal eurocêntrico são proporcionalmente menores, à medida em que se distanciam desse modelo cultural, por meio dos marcadores sociais da desigualdade.

Tudo isso conduz a uma tendência de perpetuação dos arranjos sociais tradicionais, diante da grande dificuldade de rompimento das barreiras da injustiça cultural. É por isso que, paralelamente ao conceito formal de igualdade, são acrescentadas perspectivas de igualdade substancial, como a igualdade material enquanto mecanismo de redistribuição de renda; e a igualdade material como diretriz de reconhecimento e proteção de categorias identitárias (FRASER, 2002).

Em contextos de grande desigualdade no plano fático, os cidadãos não devem ter o mesmo tratamento. Ao contrário, o Direito surge como instrumento de Justiça social, para reduzir as desigualdades, de modo que o ordenamento jurídico pode tratar pessoas de maneiras distintas, com a finalidade de promover igualdade substancial. A fim de combater injustiças existentes no plano fático, o Direito pode atuar tanto por meio de estratégias punitivo-repressivas, punindo determinada conduta que se quer repelir da sociedade, como por estratégias promocionais ou ações afirmativas, que são medidas compensatórias temporárias que visam a acelerar a igualdade como processo (PIOVESAN, 2006).

Ilustrativamente, o Texto Constitucional brasileiro estabelece, para além da igualdade formal, que são objetivos fundamentais do Brasil “reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III e IV), abrindo espaço para um tratamento jurídico diferenciado para pessoas ou grupos sociais em situações distintas (BRASIL, 1988).

É essa conjuntura que justifica a atuação da Justiça constitucional para promover a tutela jurisdicional da igualdade em sentido substancial, de modo a gerar transformações sociais redutora das desigualdades, em manifestação do movimento do constitucionalismo transformador (OLSEN; KOZICKI, 2021).

Daí a justificativa dos fatos precedentes do Supremo Tribunal Federal e das Cortes Constitucionais estrangeiras apresentados neste texto, os quais efetivaram direitos fundamentais de grupo subrepresentado politicamente: a população LGBTQIAP+.

Essa temática está há alguns anos em ascensão no âmbito do Direito Constitucional e tem conduzido juristas a refletirem sobre um sub-ramo denominado

direito antidiscriminatório, que seria a área do conhecimento e da prática jurídica relativa a normas, institutos, conceitos e princípios sobre o direito de igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais (RIOS; SCHÄFER, 2017).

O desenvolvimento de uma dogmática jurídica do direito antidiscriminatório é assaz importante para compreender a concepção e o alcance das discriminações vedadas pela ordem jurídica, por meio do estabelecimento de categorias de análise, como as discriminações indiretas, consubstanciadas em atos ou normas aparentemente neutros, sem intencionalidade discriminatória, mas que têm um impacto desproporcional na vida de certos grupos vulneráveis.

Na seara jurídica, a relação da norma com os sujeitos pode ser construída por uma hermenêutica estruturalmente discriminatória, sob o pretexto de uma neutralidade e de um sujeito universal ilusório. Portanto, questionar certas imparcialidades aparentes pode ser um caminho para combater discriminações culturais e gerar transformação social (FACHIN; PEREIRA; SANTANA, 2022). Em outros termos, a aplicação da igualdade simétrica e linear pode ser instrumento legal para a prática de arbitrariedades, ainda que não intencionais.

Discriminação pode ser compreendida como ato arbitrário nas interações sociais, oriundo de preconceito, este consubstanciado em percepções mentais negativas sobre coletividades ou indivíduos. Seu conceito está tradicionalmente associado aos elementos arbitrariedade e intencionalidade. Porém, apesar da ausência de intencionalidade discriminatória, certos atos e normas podem ter um impacto desproporcional na vida de grupos vulneráveis.

É preciso reconhecer que o sistema protetivo do direito à igualdade se consolidou globalmente em uma cultura jurídica delineada em padrões liberais, a qual é incompatível com o tipo de interpretação e prática exigidos no atual paradigma de Estado Constitucional de Direito, que demanda uma hermenêutica inclusiva de diferentes grupos culturais, atenta às diferenças estruturais na sociedade e aos impactos desproporcionais que grupos vulneráveis podem sofrer, mesmo diante de normas jurídicas aparentemente neutras (MOREIRA, 2020).

Portanto, olhar atentamente às diferenças estruturais nos arranjos sociais e aos impactos desproporcionais que as discriminações indiretas podem implicar em relação a indivíduos e grupos vulneráveis é essencial na luta contemporânea contra as

discriminações, na medida em que as arbitrariedades, em geral, não se operacionalizam mais de modo ostensivo.

Essa hermenêutica focada no impacto desproporcional de discriminações indiretas em relação a grupos vulneráveis tem sido crucial para a tutela jurisdicional do direito à igualdade em sentido substancial, notadamente para o reconhecimento e a proteção de categorias identitárias que sofrem discriminações históricas e sistemáticas.

O citado caso da proibição de doação de sangue por homens gays exemplifica bem o fenômeno em território brasileiro. Na controvérsia, argumentava-se que as restrições eram baseadas em dados técnicos, e não na orientação sexual, razão por que não haveria discriminação. No julgamento, a corrente minoritária compreendia que a Corte deveria adotar postura autocontida diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas fossem embasadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados; entretanto, por maioria de votos, o STF declarou a inconstitucionalidade de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) 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” (BRASIL, 2020).

Nessa controvérsia, não se desconhece que as normas foram editadas com a finalidade nobre de proteção ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos na doação de sangue. Portanto, não há intencionalidade ou arbitrariedade aparente nas normas impugnadas. Entretanto, ao exigir abstenção sexual durante doze meses para a doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais, a norma acarretou impacto desproporcional nesse grupo. De mais a mais, as normas ainda atrelaram comportamentos de risco a um grupo cultural específico, sem considerar condutas particulares, como o uso de proteção durante a relação e o fato de o doador ter parceiro fixo, informações que impactam significativamente no risco das condutas.

O reconhecimento da existência da teoria do impacto desproporcional em atos estatais foi essencial para essa decisão acertada do Supremo Tribunal Federal, assim como tem sido em diversos outros casos julgados no Brasil e no Direito Comparado.

Diante desse cenário, o desenvolvimento de categorias centrais, como discriminação indireta e impacto desproporcional, pela dogmática jurídica do direito antidiscriminatório tem o condão de sofisticar a hermenêutica constitucional e colaborar para uma atuação mais eficiente da Justiça constitucional na luta para eliminar ou reduzir

as disparidades culturais entre grupos sociais, escopo central do constitucionalismo transformador.

REFERÊNCIAS

ARGUELES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. In: Novos Estudos. CEBRAP. São Paulo. V. 37, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 13-32.

AUSTRIA. *Verfassungsgerichtshof G 258-259/2017-9*.

BALKIN, Jack. **Living originalism**. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press. 2011.

BICKEL Alexander. **The least dangerous branch** : the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 26/8/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.868, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 21/8/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 26/9/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 13/6/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11/5/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, Rel. Min. Alexandre de Moares, DJe 3/6/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, Rel. Min. Roberto Barroso.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 787, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 18/12/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 13.6.2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 15/8/2018.

- CANADA. *Supreme Court. Vriend v. Alberta (1998).*
- CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências.** Belo Horizonte: Arraes Editores.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. **Direitos LGBT e Cortes Constitucionais Latino-Americanas: Uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil.** In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, n. 31, jun. 2017.
- CARVALHO FILHO, José. S. **Lawrance v. Texas.** In: Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos históricos. Org. Rodrigo Frantz Becker. Brasília: IDP, 2021.
- COLOMBIA. *Corte Constitucional. Sentencia T-478/15.*
- COLOMBIA. *Corte Constitucional. Sentencias T-562/2013, T-565/2013 y T-363/2016.*
- DENQUIN, J.M. **Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle.** Jus Politicum, n°2, 2009, p. 1-25.
- ESPAÑA. *Tribunal Constitucional. Sentencia 198/2012 de 6 noviembre 2012.*
- FALLON, Richard H. Jr. **The core of an uneasy case for judicial review.** Harvard Law Review, vol. 121, n. 7, mai. 2008, p. 1.693-1.736.
- FERNANDES, Felipe Nogueira. A incorporação de elementos factuais às decisões em controle de constitucionalidade. In: **Clássicos do Direito.** Álvaro Luís de A. S. Ciarlini (Org.). Brasília: IDP/EDB, 2016.
- FRANCE. *Conseil Constitutionnel. Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017.*
- GESLEY, Jenny. **Austria: Same-Sex Couples Allowed to Get Married Starting January 2019.** In: *The Law Library of Congress.*
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 9. Ed. Malheiros: São Paulo, 2018.
- INDIA. *Supreme Court. National Legal Services Authority v. Union of India (2014).*
- ITALIA. *Art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164.*
- ITALIA. *Corte Costituzionale. Sentenza 221/2015.*
- KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.** New York,: Oxford University Press, 2004.
- MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório.** São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 36.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. **O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. Suprema – Revista de Estudos Constitucionais, Distrito Federal, Brasil, v. 1, n. 1, p. 82–118, 2021.**
- PERÚ. *Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. N.º 2868-2004-AA/TC.*
- PERÚ. *Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 01575-2007-PHC/TC.*
- PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas e direitos humanos.** Revista da Universidade de São Paulo, n. 69, mar.-mai. 2006.
- PORTUGAL. *Tribunal Constitucional. Acórdão n° 247/2005.*

POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Roe Rage** : *democratic constitutionalism and backlash*. In Yale Law School Legal Scholarship Repository, n. 169, 2007.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. **Direito da antidiscriminação e direitos de minoriais**: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. Rev. direitos fundam. democ., v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017. p. 131.

ROUSSEAU, Dominique. **Constitutionnalisme et démocratie**. In : La vie des idées, 19 septembre 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality balancing and global constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Law. V. 47, n. 1, 2008, p. 71-164.

TAIWAN. *Constitutional Court. Judicial Yuan interpretation 748*. Disponível em: <<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310929>>.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**, t. 1, partie 2, ch. 7. Paris : Éditions Flammarion, 1981.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court. Bostock v. Clayton County (2020)*.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court. Lawrence v. Texas (2003)*.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court. Obergefell v. Hodges (2015)*.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court. West Virginia v. B.P.J. (2023)*.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista Direito GV. São Paulo: jul-dez/2008, p.441-464.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Nova York: Cambridge, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal. V. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1346-1406.