VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Copyright © 2025 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daize Fernanda Wagner; Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-154-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Apresentação

Nos dias 24 a 28 de junho de 2025 foi realizado o VIII Encontro Virtual do CONPEDI. A partir da temática geral do evento, “Direito, governança e políticas de inclusão”, pesquisadores, professores, estudantes de pós-graduação e graduação em Direito de todo o país puderam socializar suas pesquisas e participar de discussões avançadas em diferentes grupos de trabalho (GT).

O GT Direitos e Garantias Fundamentais I, coordenado pelos professores Marcos Leite Garcia (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI), Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe – UFS) e Daize Fernanda Wagner (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/Universidade Federal do Amapá – UNIFAP) objetivou promover o debate acerca de pesquisas jurídicas desenvolvidas ou em desenvolvimento nos programas de pós-graduação e na graduação em Direito que abordam, sob diferentes enfoques, os mecanismos de proteção e defesa de direitos e garantias fundamentais, oferecendo uma perspectiva abrangente de debates.

Os dezessete trabalhos aqui reunidos propõem uma análise multifacetada dos direitos fundamentais no Brasil contemporâneo, mergulhando em suas bases teóricas e nos desafios práticos de sua efetivação, sobretudo para grupos vulnerabilizados. Além disso, demonstram agenda de pesquisa contemporânea, focada nos desafios impostos pelas novas tecnologias e pelo cenário de mudanças climáticas e ambientais profundas. Assim, representam um convite à reflexão sobre a complexidade e a constante demanda e luta por direitos, em um cenário de

Daize Fernanda Wagner, doutora em Direito. Professora no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

O PROCESSO DE ESPECIFICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO JUDICIAL

THE PROCESS OF SPECIFYING FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ADJUDICATION

Vitor Hugo Anderle [1]
Marcos Leite Garcia [2]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo oferecer subsídios teóricos e apontar as políticas institucionais elaboradas pelo próprio Poder Judiciário para a atuação judicial voltada à concretização e efetividade da especial proteção jurídica dos grupos vulnerabilizados. Ao tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais, Gregorio Peces-Barba Martínez, com base na doutrina de Norberto Bobbio, apresenta o "processo de especificação" como uma das etapas da linha evolutiva dos direitos fundamentais, após a positivação, generalização e internacionalização. O processo de especificação está intimamente relacionado com os titulares dos direitos humanos a partir da compreensão da necessária superação do sujeito em abstrato, próprio da cultura jurídica moderna, para o sujeito em concreto, vale dizer, levando em consideração sua condição social, cultural, física e relacional. Nesse cenário, cumpre investigar como, no exercício da jurisdição, vem o Poder Judiciário atuando diante do desafio de conferir concretude, especialmente, aos direitos conferidos aos grupos vulnerabilizados. Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação utilizou-se o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi empregada a base lógica indutiva. O Poder Judiciário constitui, em uma democracia constitucional, espaço jurídico-institucional idôneo para o exercício da função contramajoritária. Conferir aos grupos vulnerabilizados a tutela jurídica adequada e tempestiva é, em última análise, consagrar a democracia constitucional em sua acepção material.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Dignidade da pessoa humana, Igualdade, Tutela judicial, Democracia substancial

understanding of the necessary overcoming of the abstract subject, typical of modern legal culture, to the concrete subject, that is, taking into account their social, cultural, physical and relational condition. In this scenario, it is important to investigate how, in the exercise of jurisdiction, the Judiciary has been acting in the face of the challenge of conferring concreteness, especially to the rights granted to vulnerable groups. Regarding the methodology used, the inductive method was used in the investigation phase, the Cartesian method in the data processing phase, and the inductive logical basis was used in the results report. In a constitutional democracy, the Judiciary constitutes a suitable legal and institutional space for the exercise of the counter-majoritarian function. Providing vulnerable groups with adequate and timely legal protection is, ultimately, consecrating constitutional democracy in its substantive meaning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Human dignity, Equality, Judicial protection, Substantive democracy

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar o *processo de especificação* teorizado por Gregorio Peces-Barba Martínez, como uma das etapas de evolução dos direitos fundamentais, assim como oferecer subsídios teóricos e apontar as políticas institucionais elaboradas pelo próprio Poder Judiciário para a atuação judicial voltada à concretização e efetividade da especial proteção jurídica dos grupos vulnerabilizados. O processo de especificação dos direitos fundamentais possui características próprias e representam um adensamento da ideia da justiça do caso concreto a partir da perspectiva que a interpretação e aplicação de direito devem levar em conta o ser humano situado, a partir de suas especificidades.

Nesse contexto, assume relevância maior o papel do julgador no exercício da função jurisdicional, seja para que os direitos humanos e fundamentais não representem meras promessas não cumpridas, seja para que, em última análise, o processo judicial não perpetue ou sirva de agravamento de desigualdades estruturais, dificultando ou impedindo, ainda que indiretamente, a tutela jurídica efetiva dos grupos vulnerabilizados.

Nesse cenário, cabe referir a importância da jurisdição constitucional. Não obstante exista uma tensão constitutiva entre jurisdição e democracia, que deverá sempre ser objeto de escrutínio à luz do caso concreto, fato é que a solução jurídica a ser adotada, devidamente fundamentada, mostra-se em uma primeira leitura tão legitimada quanto os demais órgãos de Poder, embora cada qual apoie-se em premissas distintas.

Além disso, políticas institucionais elaboradas no próprio Poder Judiciário vêm reforçando a exigência e a possibilidade que a atuação judicial se paute e se volte para assegurar efetivamente a especial proteção jurídica dos grupos vulnerabilizados.

Como vem o Poder Judiciário mais recentemente atuando na concreção dos direitos humanos e fundamentais é questão que será objeto de análise neste artigo, muito embora sem pretensão de exaustividade, considerando, por evidente, os limites da presente pesquisa. Quanto à metodologia empregada na pesquisa utilizou-se o método indutivo, e no relatório dos resultados foi empregada a base lógica indutiva.

1. O PROCESSO DE ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo de uma concepção evolutiva dos direitos fundamentais, Gregorio Peces-Barba Martínez (1995, p. 154) apresenta quatro importantes linhas de evolução histórica e teórica dos direitos fundamentais, os processos de: positivação, generalização, internacionalização e

especificação. Essas linhas de evolução histórica são noções essenciais para a compreensão do conceito dos direitos fundamentais na atualidade.

A positivação decorreria da própria transformação do *iusnaturalismo racionalista*, após o *trânsito à modernidade*[1], no aprofundamento da concepção do contrato social e fundada no monopólio da criação jurídica exercido pelo Estado, unificação do poder na figura do Estado, o que permitiria antever, inclusive, uma maior eficácia dos direitos concebidos pelas ideologias liberal e contratualista. Agora os direitos naturais serão reivindicados e positivados como direitos do homem e do cidadão a partir das lutas da burguesia auxiliada pelos populares. Segundo o professor espanhol é a primeira linha de evolução histórica e teórica dos direitos fundamentais e está vinculada com as revoluções liberais burguesas, sobretudo com a gloriosa inglesa de 1688, a independência dos EUA em 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

A generalização, por sua vez, parte do pressuposto da igualdade de todos perante a lei, ainda que, como veremos mais adiante, diga respeito a uma igualdade formal, tendo como premissa o sujeito de direito em abstrato[2]. Agora reivindicam uma igualdade material, superando a igualdade meramente formal. Generalizar no sentido de que os avanços da Modernidade devem ser para todos os membros da sociedade, já que a classe trabalhadora empobrecida e sem direitos nem ao sufrágio, fica a margem de tudo. Liberdades para que? liberdade para morrer na miséria e de fome. Essa ideia, ínsita ao *rule of law*, é também extraída fortemente da crítica marxiana ao teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[3]. Generaliza-se os direitos fundamentais para todos os membros da

1 Segundo Marcos Leite Garcia (2005, p. 25): "No *trânsito à modernidade* as estruturas do mundo medieval serão progressivamente substituídas por umas novas, ainda que algumas permanecerão até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é quando se formará a filosofia dos direitos fundamentais, assim chamada pelo professor Peces-Barba, como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam. Estas se dariam resumidamente nos campos da economia, da política e da mudança de mentalidade. A profunda mudança na situação econômica com o surgimento e progressivo amadurecimento do capitalismo e com o crescente protagonismo da burguesia, favorecerá a mentalidade individualista diante da visão do homem em estamentos. No campo político o pluralismo do poder será substituído pelo Estado como forma de poder racional centralizado e burocratizado. O Estado é soberano, na construção doutrinal que se inicia com Jean Bodin, ou seja, o Estado não reconhece superior e tem o monopólio no uso da força legítima. Se Seu crescente poder como Estado absoluto, a utilização do Direito como *instrumentum regni*, exigirão como antítese, para garantir ao indivíduo um espaço pessoal, a reclamação de uns direitos. Mas, o Estado absoluto é uma etapa imprescindível. Seu esforço de centralização, de robustecimento de uma soberania unitária e indivisível, sua consideração do indivíduo abstrato, o *homo juridicus* como destinatário das normas, criará as condições necessárias para o aparecimento dos direitos fundamentais positivados exatamente com as revoluções liberais contrárias ao Estado absoluto. Uma nova mentalidade, impulsionada pelo humanismo e pela Reforma, se caracterizará pelo individualismo, o racionalismo e o processo de secularização. Em concreto, a Reforma protestante, com a ruptura da unidade eclesial, gerará o pluralismo religioso e a necessidade de uma fórmula jurídica que evite as guerras por motivos religiosos. Neste espaço a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental. Todos estes elementos citados, e com o fim do domínio intelectual da teologia, o auge da nova ciência e a exaltação do naturalismo, em suas influências complexas, desembocaram em uma importância extrema do individualismo e de sua capacidade de iniciativa. O conceito de contrato social e do Direito que surge se orientará também para explicar o aparecimento dos direitos fundamentais.".

2 Como chama a atenção Peces-Barba (1995, p. 162): "Sin embargo, esta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad, ni tampoco el carácter abstracto de los contenidos como en el caso de la propiedad, que es, como hemos señalado, de imposible contenido igualitario. Por otra parte, derechos claves no se consideraban, y estaban excluídos del elenco de los recogidos en las Declaraciones.".

3 Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

sociedade partindo-se da crítica dos socialistas e das reivindicações dos trabalhadores, os menos favorecidos no primeiro Estado liberal de Direito e do advento da Revolução Industrial do século XIX. Segundo o professor espanhol é a segunda linha de evolução histórica e teórica dos direitos fundamentais e está vinculada com as revoluções liberais socialistas do século XIX, sobretudo a primavera dos povos em 1848 e a Comuna de Paris de 1871.

Por fim, antes de adentrar propriamente no estudo da especificação, tem-se a internacionalização. Aqui, vemos o reconhecimento no âmbito da comunidade internacional de direitos que suplantam a concepção de um direito estatal localmente situado e sob as vestes da soberania. Criam-se sistemas universais de proteção dos direitos humanos, como a Organização Internacional do Trabalho em 1919 e o sistema da Organização das Nações Unidas a partir de 1945 e sistemas regionais como a Organização dos Estado Americanos e o Conselho da Europa. O grande desafio, nesta seara, continua sendo justamente a ausência de um poder político central capaz de assegurar a eficácia dos direitos reconhecidos nos instrumentos normativos internacionais[4].

É, então, a partir desse ponto de partida, que Gregorio Peces-Barba Martínez (1995, p. 7), utilizando da terminologia apontada por Norberto Bobbio, vai desenvolver o processo de especificação. Com efeito, para o constitucionalista espanhol:

> En efecto, el proceso de especificación, terminología aportada por Bobbio, supone una ruptura com el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de las personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, etc, y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo etc. Encuadraremos también em este proceso de especificación un particular fenómeno que afecta al núcleo aglutinador de los titulares de los derechos o, dicho de outra manera, a la razón por la cual se justifican los derechos, que em el modelo inicial era un consenso sobre la limitación del poder y una justificación de esse poder a través de la participación de los ciudadanos em la formación de su voluntad y de un consenso democrático apoyado em el princípio de las mayorías. Frente a ese consenso se empieza a proteger el disenso, que no acepta alguna de esas premisas, o dicho de outra manera, un nuevo elemento del consenso va a ser la possibilidad de rechazarlo desde su propia raíz.

Sem embargo, de acordo com Norberto Bobbio (1992, p. 62):

> Além de processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de *especificação*; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. […]

Segue o professor de Turim (BOBBIO, 1992, p. 62):

4 Ressalte-se, contudo, que de acordo com Marcos Leite Garcia, não há confundir a universalidade dos direitos humanos com o seu processo de internacionalização. Segundo o autor: "O fenômeno da universalidade dos direitos humanos é diferente do fenômeno da internacionalização dos mesmos. A universalização é anterior aos mesmos, pois se dá já na construção teórica dos direitos, ainda como Direito Natural Racionalista, e segue seu curso desde as primeiras declarações de direitos. Já a internacionalização dos Direitos Humanos é um processo muito mais recente, pois se dá basicamente como resultado da barbáries da guerra, do desejo do *nunca mais* da Segunda Guerra Mundial, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e com a construção de pelo menos três sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos (ONU, Organização dos Estados Americanos e Conselho da Europa) e tem como marco documental inicial a fundamental Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948." (GARCIA, 2010, p. 105).

> Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.

Nesse cenário, Gregorio Peces-Barba (1995, p. 180-182) compreende por distinguir dois aspectos do processo de especificação ou concreção dos direitos fundamentais.

O primeiro deles, em relação aos titulares: para o referido autor, a condição cultural de pessoas que se encontram em inferioridade nas relações sociais exige uma proteção jurídica especial, caso das mulheres e dos imigrantes. São as minorias, no sentido sociológico dos que têm menos força no seio da sociedade contemporânea – os mais débeis –, os que sofrem com preconceitos da sociedade tradicional que é racista, machista, homofóbica, xenófoba, aporofóbica, etc. Ditos grupos sociais inegavelmente vivenciam situação de desigualdade injustificada no que se refere à participação na vida política ou mesmo nas relações de trabalho.

Por outro lado, ainda sob o aspecto relacionado aos titulares, há pessoas em que as condições físicas terminam por lhes impor também uma situação de inferioridade social. As crianças, por exemplo, como seres em formação inclusive do ponto de vista psíquico, exigem uma especial proteção. Da mesma forma, todos aqueles que se encontram acometidos de graves patologias de ordem física ou psíquica, inegavelmente, estão a merecer a previsão e fruição de direitos notadamente relacionados a saúde, seguridade social, e, até mesmo, liberdade no que se refere à adoção de medidas que, tanto quanto possível, possam remover obstáculos de locomoção ou participação na vida social. Sob tal ângulo, como bem destaca o autor em comento, em tais casos, mais do que prestigiar o valor da igualdade, deve se ter em mente, na hipótese, os ideais da fraternidade e solidariedade[5].

Por fim, no que se refere aos titulares, há situações em que se faz presente uma inegável assimetria no plano das relações sociais que exige o reequilíbrio por intermédio de uma proteção jurídica *reforçada*. É o caso, por exemplo, das relações de consumo, em que os

5 Marcos Leite Garcia (2010, p. 108-109), abordando esse conceito e trazendo aportes da realidade nacional, ensina: "Em relação primeiramente aos titulares os direitos fundamentais se especificam na busca de uma melhor igualdade de condições ou igualdade de oportunidade para todos. É a questão de tratar a desiguais de forma desigual para se chegar a uma igualdade. Quanto aos titulares é constatável que alguns grupos por diversos motivos estão em situação de desigualdade e merecem uma proteção especial para chegar a uma teórica igualdade. É o caso das mulheres, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos indígenas e de grupos minoritários outros como deficientes físicos e mentais e parcelas menos favorecidas da população de determinados povos (como afro-descendentes, pobres e excluídos). São todas questões absolutamente polêmicas, sobretudo para sociedades de modernidade tardia como a brasileira acostumada ao descaso que sofrem os menos favorecidos e com os arraigados privilégios dos donos do poder, utilizando-se aqui propositalmente o título da magistral obra de Raymundo Faoro.".

consumidores, frente aos grandes monopólios ou empresas, estão em condições de franca inferioridade. Assim, também, os usuários dos serviços públicos.

Daí porque, ensina Gregorio Peces-Barba Martínez (1995, p. 182):

> En las tres situaciones estamos ante status sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas, y de papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima. Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, (a diferencia de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación una técnica para alcanzar essa equiparación.

Em passo adiante, o segundo aspecto desenvolvido por Gregorio Peces-Barba (1995, p. 182-183) do processo de especificação diz com a relação aos conteúdos. Trata-se de compreender que a dimensão atual dos direitos fundamentais responde aos valores e imperativos da solidariedade e fraternidade. Ainda que não se possa rigorosamente falar em "gerações", pois não se cuida de uma projeção sucessiva como a que se considerar superada uma em face da outra, fato é que as primeiras bases ideológicas tinham na liberdade e na igualdade o fundamento de suas ações no plano normativo de reconhecimento dos direitos humanos.

Dessa forma, à luz dessa nova compreensão, calcada na solidariedade e fraternidade, a partir das reivindicações dos mais débeis, faz-se necessário a proteção do direito ao meio ambiente, do direito ao desenvolvimento e do direito à paz, também conhecidos como "novos" direitos.

Em suma, parece-nos lícito concluir que o processo de especificação dos direitos fundamentais representa um importante e indispensável avanço na perspectiva da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminações injustificadas de qualquer ordem.[6]

Sem embargo, é preciso ter presente que não se trata apenas de consagrar uma igualdade formal calcada no sujeito abstrato a partir de um ideário que desconhece, muitas vezes, o campo das relações sociais mais profundas e naquilo que ela verdadeiramente muitas vezes traduz de assimetrias historicamente ainda existentes.[7]

---

6 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

7 Cite-se, exemplificativamente, a questão envolvendo o racismo. Como adverte Lilia Moritz Schwarcz (2019, p. 39): "[…] quando se trata da questão racial, estamos muito longe do 'viveram felizes para sempre'. Continuamos combinando inclusão cultural com exclusão social – mistura com separação – e carregando grandes doses de silêncios e não ditos. […] Aliás, enquanto persistir o racismo, não poderemos falar em democracia consolidada. O período do pós-

Além disso, não se pode perder de perspectiva que a ciência jurídica possui um caráter prático, ou seja, voltada à resolução de problemas concretos a partir de critérios que se extraem das regras, dos princípios, da doutrina e da jurisprudência. Porém, por consubstanciar o direito também um produto dessa mesma realidade social e cultural, deve perquirir e reafirmar os valores fundamentais que compendiam o sistema jurídico, tais como a igualdade, a liberdade, a paz social, a segurança jurídica e o bem comum, tudo sob a ótica dos fins básicos da realização da justiça e o respeito aos direitos humanos.[8]

Sob tal ângulo e a título conclusivo do presente tópico, é bem de ver que os direitos fundamentais igualmente hão de ser compreendidos a partir de uma visão integral, como destacam Marcos Leite Garcia e Osvaldo Ferreira de Melo (2009, p. 301-302), ou seja, levando em consideração, a um só tempo, seus processos de evolução e suas respectivas gerações, de onde provém os direitos civis e políticos (positivação - primeira geração – direitos de liberdade), os direitos econômicos, sociais e culturais (generalização - segunda geração – direitos de igualdade) e os direitos difusos (universalização - terceira geração - direitos de solidariedade).

Ademais, segundo Garcia e Ferreira de Melo (2009, p. 311), os direitos fundamentais possuem uma dimensão ética, representativa de uma pretensão moral justificada, calcada em valores básicos que foram se formando a partir da modernidade, uma dimensão jurídica, vale dizer, positivados e, portanto, voltados à produção de eficácia jurídica e, por fim, uma dimensão social, isto é, "atuante na vida social, e portanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade".

É, portanto, diante dessas premissas que se passa a investigar como mais recentemente vem o Poder Judiciário atuando de modo a assegurar a tutela jurídica devida aos grupos vulnerabilizados, buscando, assim, dar concretude à especial proteção jurídica decorrente do processo de especificação dos direitos humanos e fundamentais.

---

abolição no Brasil não construiu uma nação mais igualitária no que se refere aos diferentes povos que a formaram. A despeito de certos avanços sociais, instituições e postos de liderança continuam a ser dominados por brancos, na mesma medida em que os negros acabam sistematicamente discriminados. Simetricamente, nossas prisões e manicômios são ainda tomados por uma majoritária cor negra em seus mais diferentes tons".

8 Essa a lição de Francisco Amaral (2006, p. 4-6), que defende uma visão integral do fenômeno jurídico: "O direito […] vem se formando ao longo dos séculos como inerente à vida e à cultura dos povos, tendo como sentido e razão de ser a solução de conflitos, do que resulta o caráter de sua problematicidade, vale dizer, sua função de pensamento chamado a resolver questões jurídicas concretas. É um produto histórico, que se forma ao longo dos tempos, como cultura e como processo de solução de controvérsias, que vai da previsão dos conflitos, pela tipicidade estabelecida nas regras, até chegar a uma institucionalização dos órgãos e dos critérios de decisão, critérios esses ditados pela ética da comunidade a que se destina. Como cultura, exprime valores espirituais da sociedade humana, sendo por isso, também, fenômeno cultural. Como processo de solução de conflitos, é uma técnica a serviço de uma ética. […] A compreensão do que realmente seja o fenômeno jurídico não deve partir da visão do direito como simples conjunto de normas ou como determinado procedimento de solução de conflitos de interesses, mas da certeza de ser ele produto de uma realidade complexa e dinâmica, que é a vida em sociedade, com seus problemas e controvérsias. Disso lhe advém a já referida natureza problemática e o reconhecimento de sua função prática".

2. O PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE AO JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E RAÇA

Não parece existir maior dúvida, atualmente, que o direito fundamental de acesso à justiça insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal[9], não pode representar simplesmente a possibilidade do ingresso de uma ação judicial.

Com efeito, como destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 217), "A base constitucional do direito de ação não pode ser limitada a um ato de provocação da jurisdição, pois deve dar ao cidadão a possibilidade de obter a adequada, efetiva e tempestiva proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão".

Portanto, para além da provocação do Poder Judiciário, cabe assegurar ao cidadão a proteção jurídica que lhe é conferida pelo ordenamento, a tempo e modo. Mas há mais: a tutela judicial há de compreender sua efetividade, vale dizer, operar no plano dos fatos.

Essa premissa cresce em importância a partir do momento em que o processo judicial veicula pedido voltado à tutela e à efetividade de direitos fundamentais. E, considerando os contornos dos direitos fundamentais consagrados a partir do processo de especificação, guarda relevância ainda maior quando em jogo casos concretos em que o(s) sujeito(s) processuais tido(s) como integrante(s) de grupo(s) vulnerabilizado(s) insere(m)-se no seu âmbito de proteção.

Note-se que a Constituição da República de 1988 elege como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[10], e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.[11] Ademais, a Constituição Federal apresenta uma série de dispositivos em seu texto voltado à especial proteção jurídica de grupos vulnerabilizados, tais como: pessoas com deficiência[12], mulheres[13], indígenas[14], pessoa idosa[15], crianças e adolescentes[16], população negra[17], apenas a título exemplificativo[18].

9 "Art. 5º. - […] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;".
10 Art. 3º, I, da Constituição Federal.
11 Art. 3º, IV, da Constituição Federal.
12 Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24, XIV; Art. 37, VIII; Art. 203, IV e V; Art. 208, III; Art. 226, § 2º, dentre outros, todos da Constituição Federal.
13 Art. 7º, XX; Art. 17, § 7º, dentre outros, todos da Constituição Federal.
14 Art. 210, § 2º; Art. 215, º 1º; Art. 231; Art. 232, dentre outros, todos da Constituição Federal.
15 Art. 203, V; Art. 230, ambos da Constituição Federal.
16 Art. 203, II; Art. 206, IV; Art. 227, § 3º, dentre outros, todos da Constituição Federal.
17 Art. 4º, VIII; Art. 5º, XLII; Art. 215, § 1º, todos da Constituição Federal.
18 A definição das pessoas em condição de vulnerabilidade ou de grupos vulnerabilizados pode ser extraída das "Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade", aprovadas na XIV Conferência Judicial Ibero-americana, ocorrida em Brasília em 2008: "1.- Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade (3)

Por outro lado, importa consignar que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"[19], assim como prevê que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"[20].

Daí porque, a partir desses dispositivos, entra em cena a compreensão do bloco de constitucionalidade. Com efeito, consoante ensinam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2019, p. 50):

> No ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas contidas no texto constitucional integram o bloco de constitucionalidade. Também o integram preceitos constantes de emendas constitucionais que não foram incorporados ao texto da Constituição. Além disso, existem princípios constitucionais não escritos, que podem ser extraídos pela via hermenêutica da ordem constitucional, que também compõem nosso bloco de constitucionalidade. Nesta matéria, o principal debate travado no país diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos. […]
>
> Quanto aos tratados internalizados por meio desse procedimento [art. 5º, § 3º, da CF] não há dúvida: eles integram a Constituição compondo o 'bloco de constitucionalidade'. Em caso de conflito entre tratado incorporado dessa forma e preceito constitucional, deverá prevalecer a norma mais favorável ao titular do direito. Mas a circunstância de determinado tratado internacional de proteção de Direitos Humanos ter sido internalizado em conformidade com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, passando a integrá-la, não impede que leis sejam aprovadas conferindo proteção mais ampla aos direitos fundamentais. Uma lei ordinária que confira maior proteção não será considerada inconstitucional. […]
>
> Após a edição da EC nº 45/2004, o STF, com composição bastante renovada, revisitou o tema da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Mais uma vez, a questão veio à baila em discussão sobre a validade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a vedação estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos. Tratava-se, portanto, de tratado internacional aprovado antes da promulgação da EC nº 45, cuja incorporação, naturalmente, não seguira o procedimento nela previsto. A Corte mudou o seu entendimento anterior, passando a atribuir hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido incorporados pela forma estabelecida pela EC nº 45. Pelo novo posicionamento, estes tratados internacionais sobre direitos humanos prevalecem sobre a legislação interna, ressalvada apenas a própria Constituição. Todavia, eles não integram o bloco de constitucionalidade, já que se situam em patamar hierárquico inferior ao da Constituição.

A partir dessa compreensão, inegavelmente aos tratados internacionais de direitos humanos há de ser conferida a importância devida, seja pelo conteúdo material das questões que neles são versadas, seja por seu próprio reflexo no ordenamento interno quando de sua internalização. Sob tal ângulo, ensina Flávia Piovesan (2023, p. 27):

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. (4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico."

19 Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

20 Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

> O direito enunciado no tratado internacional poderá:
> a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos);
> b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos;
> c) contrariar preceito interno.

Pois bem, importa frisar a existência de dois importantes tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. O primeiro deles foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em 2009[21]. Em 2022, por sua vez, houve a promulgação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (CIRDI).[22]

Além disso, principalmente após a nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição da República de 1988, diversos outros tratados de direitos humanos foram ratificados pelo Estado brasileiro, podendo ser citados, exemplificativamente[23]: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura (1989); b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); c) a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990); d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992); e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); f) a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992); g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); h) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador (1996); i) a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001); j) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002); l) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil (2004); m) a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (2014); n) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao procedimento de comunicações (2017), entre outros.

Cabe referir que o Poder Judiciário exerce um expressivo papel institucional, especialmente quando do exercício da jurisdição constitucional, em que muitas vezes atua na função contramajoritária, assegurando os direitos humanos e fundamentais de grupos vulnerabilizados.

Como destaca Luís Roberto Barroso (2009, p 389-390):

> O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao

21 Promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009.
22 Promulgada pelo Decreto n. 10.932/2022.
23 Rol exemplificativo extraído a partir de PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. p. 12-13.

> princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.
> O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais.

Certo, não se desconhece a tensão constitutiva existente entre jurisdição e democracia. Como ensina Bianca Stamato (2005, p. 1-2):

> A corrente noção de democracia constitucional envolve a relação de dois ideais que estão, ao menos a uma primeira vista, fadados a um relacionamento conflituoso: a ideia de governo limitado, fundada no princípio da supremacia da Constituição, e a ideia de governo do povo, ancorada no princípio da maioria. Em outras palavras, as atuais democracias inauguradas por uma Constituição convivem com um paradoxo, pois a instituição de um controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário é, concomitantemente, pressuposto e limite para a democracia. A promessa nas democracias constitucionais é a conquista de um fino equilíbrio entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Mas tal promessa situa-se em um plano ideal, pois nem no plano normativo a acomodação entre as noções apresenta-se como questão de fácil solução.

De fato, não se trata de uma questão de fácil resolução ou mesmo indene a críticas e a um permanente escrutínio público.

A atuação judicial no exercício da jurisdição constitucional e na tutela dos direitos fundamentais deve encontrar-se amparada no devido processo legal, dentro de um contexto dialógico, e, para além disso, legitimar-se mediante a utilização da lógica argumentativa que seja capaz de evidenciar as razões públicas que formaram o convencimento do julgador e, assim, a solução jurídica adotada.[24]

Tudo isso ocorre, no mais das vezes, dentro de um ambiente de maior tensionamento com o Legislativo e o Executivo, dado o sistema de freios e contrapesos inerente à tripartição funcional do Poder.

---

24 George Marmelstein Lima (2018, p. 68-69) chama a atenção para a distinção da legitimação do poder no espaço institucional de deliberação legislativa e na esfera jurisdicional: "Para ser mais preciso, será apresentada a noção de consentimento político e de consentimento ético-jurídico (ou simplesmente consentimento ético) para ilustrar dois modelos possíveis de legitimação do poder. Defenderei que a adoção da jurisdição constitucional decorreu de uma mudança de paradigma sobre a definição dos fatores de legitimação do exercício do poder estatal que 'avançou' de uma proposta de consentimento político dado pelos governados pela via eleitoral para uma proposta de consentimento ético-jurídico, onde a proteção dos direitos fundamentais, como trunfos ou trincheira de proteção da pessoa, é confiada a órgãos jurisdicionais pretensamente imparciais e independentes. No modelo do consentimento político, a vontade da maioria dos cidadãos (ou da maioria dos representantes dos cidadãos), manifestada no voto, é o fator central para a definição dos critérios de solução dos conflitos sociais e morais. Já no modelo do consentimento ético-jurídico, admite-se que os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional possam, eventualmente, tomar decisões contramajoritárias se isso for necessário para resguardar determinados valores que, pela sua importância fundamental, não podem ficar à disposição de maiorias eventuais, sobretudo aqueles valores relacionados à pessoa. A validade do direito deixa de ser constituída politicamente em um procedimento eleitoral para buscar um fundamento intencionalmente comprometido com a proteção da dignidade humana, estabelecido por um processo judicativo imparcial, em que os interesses de todos são avaliados numa perspectiva de igual respeito e consideração. Ao fim e ao cabo, a qualidade ética da resposta concreta oferecida pelos órgãos decisores será o principal elemento de aferição de legitimidade do exercício do poder. E a qualidade ética da decisão será medida pela sua capacidade de garantir efetivamente o pleno respeito à dignidade de todos aqueles que são afetados pelo julgamento".

Além disso, não se pode perder de perspectiva que mesmo a contraposição entre os direitos da maioria e os direitos da minoria não pode ser tida em caráter apriorístico, sem que sejam considerados os contornos do caso concreto, os debates travados, as ações executivas encetadas, as regras e princípios incidentes a partir do processo de deliberação legislativa, assim como a questão social subjacente ao conflito ou à colisão existente, principalmente quando em jogo desacordos morais razoáveis.

Nesse sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni (2021, p 88):

> Nem todas as vezes que se afirma a prevalência de um direito fundamental sobre uma decisão parlamentar *se decide uma questão moral essencialmente controvertida na sociedade* e, com base numa cláusula aberta da Constituição, nega-se opção de autoridade ancorada em decisão tomada pela maioria dos votos dos representantes da população. Quando a conclusão de desrespeito à Constituição por violação de um direito fundamental independe de decisão sobre desacordo moral razoável *não há motivo algum para ver contraposição democrática na declaração de nulidade da lei*. Nesse caso, a decisão judicial não está negando a autoridade do Parlamento, mas apenas reafirmando a autoridade (já definida) da Constituição sobre a autoridade da maioria parlamentar.

E, mais adiante, adverte o Marinoni (2021, p. 106-112):

> Quando se diz que a solução de um desacordo razoável em princípio não pode ser questionada, pressupõe-se que a decisão é o resultado de um procedimento legítimo, em que as posições morais em confronto não apenas podem ser apresentadas e discutidas em igualdade de condições, mas também podem ser consideradas pelo poder decisório sem qualquer preconceito ou discriminação.
> O mesmo problema que está por detrás da dificuldade de uma classe de pessoas ser ouvida está presente quando o poder não deseja escutá-la. Tanto o grupo que não pode falar quanto aquele que não é escutado são desconsiderados, constituindo uma porção de pessoas que não participa da discussão sobre a adequada solução para o desacordo moral. Trata-se, inevitavelmente, de uma coletividade discriminada.
> É exatamente a discriminação, cuja consequência é a desconsideração ilegítima da vontade de um grupo, que sustenta a possibilidade da correção da lei que afirma posição moral majoritária na sociedade ou supõe estar tutelando direito fundamental. Note-se que *grupo dessa espécie não é um grupo que eventualmente perdeu*. Esse é um grupo que sofre uma longa história de desconsideração, um grupo que, por conta do que a maioria pensa, não apenas foi excluído da discussão e da participação no poder, mas se tornou um grupo isolado, ou seja, marginalizado e discriminado. […]
> Há razão para suspeitar da lei que prejudica minoria quando, ao lado da desigualdade de fato que dificulta a ascensão social, persistem na sociedade os efeitos da discriminação, concretizados em atos e atitudes de preconceito, em sentido amplo, contra os membros do grupo. É que isso pode significar uma verdadeira falta de disposição ou incapacidade da sociedade e dos seus representantes para respeitarem os membros da minoria.

Segue o autor Luiz Guilherme Marinoni:

> Um grupo marginalizado e discriminado não tem as suas razões consideradas e, assim, não integra o processo de tomada de decisões democráticas. Isso é o que basta para se legitimar a desconfiança numa decisão que, apostando na vontade moral da maioria, desconsidera a minoria. Em situação como essa, o problema não apenas está na negação do direito democrático de participar, mas, na verdade, revela a própria suspeita que inevitavelmente recai sobre a lei que prejudica a minoria isolada.
> Isso quer dizer que a discriminação pode configurar violação de direito fundamental democrático, ou seja, do direito de adequadamente participar. Também pode, *numa perspectiva substancialista, preocupada com a questão objeto da decisão parlamentar, justificar a atenuação da presunção de constitucionalidade. Por fim, a discriminação pode determinar a invalidação da lei por infringência ao princípio da antidiscriminação*, indepedentemente do reconhecimento da violação do direito de participar. […]
> De qualquer modo, é indeterminada a graduação de presunção de constitucionalidade de uma lei à luz exclusiva da característica de uma minoria. Também não é suficiente a diferenciação de graus de presunção de constitucionalidade para efeito de se tutelar adequadamente a Constituição e as minorias, especialmente diante dos desacordos morais razoáveis. Nessas situações, parte-se do pressuposto de que as pessoas discutem honestamente e que os parlamentares não têm motivo para privilegiar uma posição moral diante de outra. Assim, eventual discriminação só pode aí existir quando a maioria parlamentar está alinhada com a maioria social em detrimento do grupo minoritário, o que descaracteriza o próprio desacordo como razoável. Portanto, a discriminação, nos casos de desacordos morais razoáveis, apenas pode derivar da incapacidade de aceitar o outro como sujeito que merece igual consideração e respeito, o que pode resultar em vontades mais ou menos conscientes de discriminar e, assim, em leis efetivamente violadoras da antidiscriminação.

> De modo que, tratando-se de desacordo moral razoável – ou do que seria um desacordo dessa espécie -, importa analisar com rigor as circunstâncias que envolvem a disputa e a adequação da justificativa da decisão do desacordo com o fim que se pretende com ela alcançar. Em outras palavras, para se saber se a resolução da disputa encobriu preconceito, é necessário prestar a devida atenção à situação substancial concreta que a lei objetivou regular. Há de ser assim porque a simples presença de uma minoria não elimina a possibilidade de uma decisão legítima em seu desfavor, ou mesmo de um verdadeiro desacordo moral razoável.

De fato, a solução há de partir do caso concreto, como dito acima, e, certamente, nessa seara não há respostas simples. Pode ocorrer, por exemplo, que a atuação reivindicatória de um grupo vulnerabilizado, detentor de especial proteção jurídica, encontre-se destituída de legitimação a partir da adoção de atos violentos ou atentatórios ao Estado de Direito.

Assim como, por outro lado, não parece despropositado referir que decisões tomadas por grupos majoritários possam representar manifesta ofensa ao conjunto de valores que a ordem constitucional visa a resguardar, como, no limite, viu-se acontecer nos regimes totalitários da primeira metade do século XX que culminaram no nazifascismo.

Daí porque, tudo somado, conforme ensina Aharon Barak (2006, p. 33), é preciso antes de mais nada assegurar o conceito material de democracia:

> Democracy is not satisfied merely by abiding by proper elections and legislative supremacy. Democracy has its own internal morality based on the dignity and equality of all human beings. Thus, in addition to formal requirements (elections and the rule of the majority), there are also substantive requirements. These are reflected in the supremacy of such underlying democratic values and principles as separation of powers, the rule of law, and independence of the judiciary. They are based on such fundamental values as tolerance, good faith, justice, reasonableness, and public order. Above all, democracy cannot exist without the protection of individual human rights – rights só essential that they must be insulated from the power of the majority. […] Democracy is not just the law of rules and legislative supremacy; it is a multidimensional concept. It requires recognition of both the power of the majority and the limitations on that power. It is based on legislative supremacy and on the supremacy of values, principles, and human rights. When there is internal conflict, the formal and substantive elements of democracy must be balanced to protect the essence of each of these aspects. In this balance, the system must place limits on both legislative supremacy and the supremacy of human rights.

Pois bem, a partir desse cenário, importa destacar doravante importantes medidas adotadas, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, que visam a concretizar direitos humanos e fundamentais no âmbito do Poder Judiciário.

Sem embargo, ações como o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos[25], a institucionalização da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no âmbito do Poder Judiciário[26], a Resolução CNJ n. 325/2020, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder

25 Segundo informação colhida do próprio site do Conselho Nacional de Justiça: "O Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos consiste na adoção de medidas variadas voltadas para a concretização dos direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. O Pacto tem por objetivo central o fortalecimento da cultura de direitos humanos no Poder Judiciário, com especial enfoque no controle de convencionalidade. Constitui novo esforço da UMF/CNJ voltado ao fomento dessa cultura." O Pacto compreende cinco ações iniciais: 1. Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos; 2. Meta de inclusão de Direitos Humanos nos editais dos concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura; 3. Fomento a programas de capacitação em Direitos Humanos e controle de convencionalidade; 4. Publicação dos 'Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos"; 5. Seminários Internacional sobre 'Direitos Humanos e Diálogos Jurisdicionais: Controle de Convencionalidade.' https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/pacto-nacional-do-judiciario-pelos-direitos-humanos/. Acesso em 01/04/2025.

26 Provimento n. 85, de 19/08/2019. Dentre os objetivos de Desenvolvimento Sustentável, cite-se o Objetivo 16, consistente em "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso

Judiciário 2021-2026, contemplando a garantia dos direitos fundamentais,[27] a Recomendação n. 123/2022, que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de, mais recentemente, o programa Justiça Plural[28], voltado ao fortalecimento das "capacidades do Poder Judiciário para a promoção dos direitos humanos, socioambientais e para a ampliação do acesso à Justiça por populações estruturalmente vulnerabilizadas", certamente qualificam e conferem uma maior legitimação da atuação judicial voltada à concreção dos direitos humanos e fundamentais.

A partir desses pressupostos, o presente estudo busca empreender uma sucinta análise dos Protocolos para julgamento com perspectiva de gênero e com perspectiva racial como instrumentos capazes de propiciar ao julgador relevantes subsídios para a construção da solução jurídica final da lide, assim como para a adoção de procedimentos que não venham a replicar, na esfera judicial, muitos dos comportamentos discriminatórios injustificados, assegurando, pois, a higidez do devido processo legal.

à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. 16.1 Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares. 16.2 Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças. 16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos. 16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado. 16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas. 16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis. 16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis. 16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global. 16.9 Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento. 16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais. 16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime. 16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável." Ainda sob tal ângulo, note-se que, de acordo com o art. 3º, § 2º, da Resolução CNJ n. 325/2020, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026: "Na elaboração dos seus planos estratégicos, os tribunais e conselhos deverão se pautar pelas diretrizes estabelecidas em Resoluções, Recomendações e políticas judiciárias nacionais instituídas pelo CNJ para concretização da Estratégia Nacional doPoder Judiciário 2021-2026 e, no que couber, pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, conforme correlação apresentada no Anexo III desta Resolução."

27 Com efeito, aludido macrodesafio "Refere-se ao desafio de garantir no plano concreto os Direitos e Garantias Fundamentais (CF, art. 5º), buscando-se assegurar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como atenuar as desigualdades sociais, garantir os direitos de minorias e a inclusão e acessibilidade a todos."

28 Segundo informação colhida do site do Conselho Nacional de Justiça: O programa Justiça Plural teve início em 2024 e é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), para fortalecer as capacidades do Poder Judiciário para a promoção dos direitos humanos, socioambientais e para a ampliação do acesso à Justiça por populações estruturalmente vulnerabilizadas. Diante da diversidade geográfica e populacional do nosso país, o programa foi organizado em sete eixos temáticos, que incluem medidas específicas para atender às necessidades de crianças e adolescentes abrigados, mulheres, pessoas LGBTQIA+, povos indígenas, comunidades tradicionais, vítimas de racismo, pessoas em situação de rua, pessoas desaparecidas, idosos e pessoas com deficiência, bem como pessoas expostas por questões socioambientais. O Justiça Plural também contribui para o cumprimento da estratégia do CNJ relativa à sua atuação em harmonia com a proteção dos direitos fundamentais, especialmente a igualdade e o acesso à prestação jurisdicional, assim como a promoção do objetivo do desenvolvimento sustentável 16 do Pnud, vinculado à paz, justiça e instituições eficazes. A iniciativa soma-se às inúmeras ações desenvolvidas pelo Poder Judiciário e que estão inseridas na Estratégia Nacional do Poder Judiciário (2021–2026), que foi instituída pela Resolução n. CNJ n. 325, de 29 de junho de 2020 e que tem a finalidade de definir as diretrizes nacionais da atuação institucional dos órgãos do Poder Judiciário para o sexênio." https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/justica-plural/. Acesso em 01/04/2025.

Pois bem, parte-se da análise do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.[29]

Inicialmente, sublinhe-se que a Resolução n. 492/2023 textualmente consigna em sua ementa: "Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado […]", a revelar o intento da utilização de suas balizas interpretativas e procedimentais no âmbito jurisdicional.

O protocolo em comento teve como referência o "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género", concebido no México, por determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda segundo o Protocolo editado pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Conselho Nacional de Justiça[30]:

> Cumpre acentuar que este protocolo é mais um instrumento para que seja alcançada a igualdade de gênero, Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, à qual se comprometeram o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça.
> Este instrumento traz considerações teóricas sobre a questão da igualdade e também um guia para que os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos. […]
> Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas.
> As lentes de gênero na interpretação do direito vêm sendo utilizadas há bastante tempo, e de modo especial, após a promulgação da Lei Maria da Penha, e com as iniciativas adotadas com o propósito de garantir a sua aplicação, como as Jornadas de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça e o Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar (Fonavid), com inserção de diálogos públicos nacionais à sedimentação de trabalhos que pudessem efetivamente dar corpo e funcionalidade à Lei n. 11.340/2006. Cite-se ainda a instalação de coordenadorias atinentes à temática da violência contra a mulher nos tribunais de justiça, para melhor implementação e funcionalidade das unidades judiciais com essa competência, o que veio a incrementar o diálogo público para melhoria dos serviços da rede de atendimento quando dessas intercorrências.
> Nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc.
> O Poder Judiciário brasileiro, voltando seu olhar para os países vizinhos na América Latina, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, que já editaram protocolos, dirige sua atenção também às decisões de Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos que chamam à atenção da importância e da necessidade de se adotar protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos envolvendo direito das mulheres sejam tratados de forma adequada.

O Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero encontra-se dividido em três partes.

A primeira delas, apresenta conceitos básicos relacionados a sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade, bem assim elementos teóricos que compreendem as desigualdades

29 Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27/2021; Resolução CNJ n. 492/2023.

30 **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]** / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo : PDF 132 páginas). Disponível em: http:// www.cnj.jus.br e www.enfam.jus.br eISBN nº 978-65-88022-06-1

estruturais, as interseccionalidades, a divisão sexual do trabalho, estereótipos de gênero e a violência de gênero [violência sexual, física, psicológica, patrimonial, moral, institucional e política]. Neutralidade e imparcialidade são abordadas, assim como os riscos que uma interpretação e aplicação abstrata do direito pode representar no campo dos fatos quando não considera as assimetrias nas relações de poder.

A segunda parte do protocolo versa sobre procedimentos voltados sobretudo para a atuação judicial durante a instrução processual, desde o primeiro contato com o processo até a valoração da prova, identificação dos fatos e, por fim, sobre como deve operar o julgador em uma leitura interpretativa constitucionalmente adequada, evitando, ainda, que a decisão final possa encontrar-se fundada em estereótipos ou possam indiretamente traduzir-se como medida discriminatória (discriminação indireta).

A terceira parte do documento aborda questões de gênero específicas dos ramos da Justiça. Assim, no âmbito da Justiça Federal, enfatizou-se especialmente o direito previdenciário, trazendo aportes sobre a desvalorização do trabalho feminino da trabalhadora rural e as dificuldades que possui na obtenção de provas como títulos de propriedade ou documentos em nome próprio, circunstância a um só tempo reveladora do machismo estrutural e também da invisibilidade do trabalho exercido pela mulher que labora no campo. A Justiça Estadual, de outra parte, teve no direito penal e no direito da família e sucessões um foco mais expressivo de atenção, sendo objeto de destaque a violência de gênero em todas as suas modalidades. Acerca da Justiça do Trabalho, abordou-se a importante questão envolvendo as desigualdades salariais em decorrência do gênero e, ainda, as dificuldades vivenciadas pelas mulheres no ingresso e promoção da carreira. Também nessa seara, inseriu-se no protocolo questões relacionadas à violência e assédio no ambiente do trabalho. Na Justiça Eleitoral, pôs-se em evidência a necessidade de incremento da representatividade política, com a reserva de vagas para candidaturas femininas, incluindo de pessoas transgênero, o que permite um processo eleitoral mais equânime e representativo da população brasileira, cuja composição é majoritariamente formado por eleitoras. Por fim, na Justiça Militar, com o aumento da participação das mulheres nas academias militares, debateu-se a necessidade de que seja observada "a hierarquia, ordem e disciplina existente na vida castrense de forma bastante criteriosa, de forma a evitar que esses elementos de licitude inquestionável na área militar sejam utilizados para atitudes sexistas e misóginas".

Em passo adiante, mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou e publicou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial.[31] Desde já, importa destacar da Introdução desse importante documento[32]:

31 Portaria CNJ n. 73/2024.

> O presente protocolo é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolvido com a contribuição de magistrados(as) e demais especialistas na temática, a partir do reconhecimento de que, para o fortalecimento do estado democrático de direito, é essencial que o Poder Judiciário atue contra a reprodução do racismo, em suas distintas dimensões, considerando suas interseccionalidades com questões de gênero, sexualidade, idade, deficiência, orientação religiosa e origem.
> Este avanço é fruto de um processo histórico enraizado em todos os ciclos político-constitucionais brasileiros, ganhando especial destaque com a Constituição de 1988. Tal marco resultou da intensa mobilização dos movimentos negros e de mulheres negras na construção da redemocratização, como possibilidade de proteção de todas as formas de vida em nosso território.
> A partir da internalização da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, em janeiro de 2022, há a instituição de um novo marco constitucional de enfrentamento ao racismo e de promoção da equidade racial, sexual e social no nosso contexto. Além de reforçar os documentos normativos antirracistas produzidos anteriormente no plano federal e nas demais esferas federativas, o novo marco passa a incidir diretamente na determinação do sentido e interpretação de todo ordenamento jurídico brasileiro, ampliando as possibilidades de promoção de direitos e de responsabilização pelos que reproduzem quaisquer das formas de violência racial definidas.
> A atuação jurisdicional é fundamental para concretizar um novo paradigma constitucional de enfrentamento ao racismo. Assim, o protocolo tem como objetivos: a) fomentar o acesso à justiça, aprimorando o tratamento às(aos) jurisdicionadas(os), sobretudo daquelas(es) cuja realidade difere da realidade vivida por quem julga os processos; b) incentivar a magistratura a refletir sobre as suas preconcepções e ampliar o espaço de escuta qualificada para as circunstâncias apresentadas pelos(as) jurisdicionados(as); c) assegurar que todos os relatos do processo sejam considerados com igual relevância e peso na conformação do entendimento dos fatos; d) otimizar a prestação jurisdicional, inclusive por intermédio de equipes multidisciplinares quando tal medida for necessária para garantir um ambiente seguro e confiável para a participação das partes e testemunhas no processo; e) despertar a percepção de julgadores(as) para as condições materiais e simbólicas que incidem sobre os fatos e conflitos em análise, o que pode alterar significativamente a compreensão das motivações, dos silêncios e do impacto das hierarquias institucionais sobre os relatos produzidos; f) expandir os parâmetros normativos das decisões judiciais, com o recurso às legislações internas e internacionais de promoção da equidade racial; g) ampliar o compromisso com uma comunicação que promova a exata compreensão dos efeitos de cada etapa do processo para todas as pessoas envolvidas; h) ampliar a perspectiva de julgadores(as) nos processos sob a sua responsabilidade, baseando-se nas premissas constitucionais que ressaltam o dever do Estado de garantir direitos e aplicar mecanismos necessários para erradicar todas as formas de violações de direitos.
> O Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial é uma medida estratégica que contribui diretamente para a realização das metas da Agenda 2030 das Nações Unidas, especialmente o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 16, que visa "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis".
> Garantir que todas as pessoas, independentemente de raça, possam ter pleno acesso à justiça e a um tratamento equitativo, é condição indispensável para um desenvolvimento sustentável que respeite a diversidade de nosso país. Assim, ao integrar uma análise interseccional que considera as desigualdades raciais nas decisões judiciais, o protocolo fortalece a capacidade do sistema de justiça de atuar no enfrentamento do racismo e alinha-se, ainda, ao ODS nº 18, um compromisso voluntário com a equidade étnico-racial assumido pelo Estado Brasileiro no âmbito da Agenda 2030.
> Trata-se, portanto, de um documento que não orienta apenas o julgamento de processos que envolvem pessoas ou comunidades negras, como partes ou testemunhas, mas que tem o potencial de impulsionar uma mudança de postura do Judiciário brasileiro no sentido de aplicar as normas considerando as dinâmicas das relações raciais que se inscrevem na formação social brasileira, um movimento que reflete o compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que zela pelo diálogo intercultural e pelo respeito irrestrito a todas as pessoas.

A estrutura do documento guarda certa similitude com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Com efeito, parte dos princípios fundamentais, apresentando referências ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e ao princípio da vedação à discriminação.

---

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/. Acesso em 01/04/2025.

Na Parte II, aborda os conceitos igualmente fundamentais como raça, etnia, identidade étnico-racial, racismo, preconceito e discriminação racial, bem assim as diversas modalidades de racismo [estrutural, institucional, recreativo, cultural, religioso, ambiental]. Traz aportes, ainda, acerca da branquitude e dos vieses cognitivos e da consciência racial. Esses elementos interpretativos mostram-se absolutamente relevantes para a compreensão de como é tristemente e injustificadamente estruturada a "hierarquia social" e, ainda, para afastar o "mito da democracia racial". Vale dizer[33]:

> Assim, a Justiça Racial requer que o Estado reconheça a sua responsabilidade e atue para a construção e manutenção de medidas institucionais que revertam desigualdades e, acima de tudo, coíbam eventuais retrocessos. Para isso, entretanto, é necessário considerar a discussão racial enquanto elemento central de todas as ações adotadas.

A Parte III, veicula um guia para magistrados e magistradas. Nele, principia por destacar a necessidade de aproximação do julgador com as partes. E, sob tal ângulo, dispõe o documento em análise[34]:

> A aproximação das partes em um processo judicial não é apenas uma questão de procedimento; é uma oportunidade para o sistema de justiça demonstrar que entende e respeita as complexidades que cada pessoa traz ao Poder Judiciário.
> Para pessoas negras, essa complexidade é frequentemente marcada por experiências de exclusão, preconceito e discriminação que podem não ser imediatamente visíveis, mas afetam profundamente sua interação com o sistema legal.
> As perguntas e considerações a seguir são orientadas por essa perspectiva, garantindo que mulheres, pessoas idosas, privadas de liberdade, vítimas, crianças e adolescentes negros e negras sejam tratadas com a justiça e dignidade que merecem.
> Mulheres negras carregam consigo uma história de opressão e resistência que molda suas vidas de maneiras complexas. Quando uma mulher negra entra em contato com o sistema de justiça, é crucial reconhecer as camadas de desigualdade que ela pode enfrentar, que vão além das questões de gênero, estendendo-se à raça e, muitas vezes, à classe social, sexualidade, orientação religiosa ou origem, e de forma interseccional.

Note-se que a premissa a ser utilizada para a instrução processual parte da existência de desigualdades estruturais, de modo que cabe ao julgador aferir se as relações submetidas a julgamento encontram-se "pautadas por dinâmicas raciais que possam afetar o julgamento."[35] Um importante ponto destacado na valoração das provas e identificação dos fatos diz com o

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/. p. 47.

34 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/. p. 55.

35 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/. p. 62.

fato de que muitas vezes o indivíduo já vivenciou diversos episódios de racismo até não mais suportar.

Nas questões raciais por ramos da Justiça, objeto da Parte IV, houve uma modificação mais sentida em relação ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Isso porque, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial, não parte, a rigor, dos ramos da Justiça separadamente, senão apresenta suporte teórico relacionado à dogmática jurídica propriamente dita, tais como o direito de família, às relações privadas, ao discurso de ódio, o direito à terra e moradia.

Por outro lado, é bem de ver que o Grupo de Trabalho que editou o protocolo em comento conferiu expressiva atenção às medidas socioeducativas, assim como ao direito penal, este levando em consideração a seletividade penal, a vulnerabilidade social e o racismo. Com efeito, uma das questões mais sensíveis que envolvem esse grupo vulnerabilizado diz com a lamentável presença, ainda hoje, de estereótipos raciais pela Justiça Criminal. Outros aspectos relevantes que merecem destaque nesta sucinta análise, refere-se ao perfilamento social e a fundada suspeita. Ainda nessa seara, a execução penal também foi objeto de expressa menção do protocolo.

No direito previdenciário, fez-se expressa referência ao fato de que pessoas negras que realizam os requerimentos administrativos para a obtenção de benefício de natureza previdenciária ou assistencial, possuem maior dificuldade o acesso à tais prestações. Deveras, compreende-se que[36]:

> Em razão desse cenário de desigualdades – caracterizado pela baixa escolaridade, alta informalidade, maior índice de desemprego e predominância de atividades mal remuneradas –, pessoas negras tendem a efetuar contribuições previdenciárias de modo descontínuo, em valores muito baixos ou nem o fazem. Consequentemente, costumam receber benefícios previdenciários de menor valor e/ou enfrentam mais dificuldades no respectivo procedimento de obtenção, seja perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou na esfera judicial, devido à ausência de registros formais da ocupação.

Na Parte V, por fim, o protocolo apresenta estratégias para incorporação das diretrizes, que passam pela capacitação do corpo funcional do Poder Judiciário, até a recomendação de notificação compulsória às autoridades competentes quando constatada atitude discriminatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

36 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para julgamento com perspectiva racial. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/. p. 139.

O presente artigo buscou evidenciar a importância do processo de especificação na linha evolutiva dos direitos fundamentais. Certo, atualmente, não se pode compreender o sujeito de direito como um ser abstrato, dissociado de seu contexto social, de sua historicidade, principalmente quando se constata a presença de um grupo vulnerabilizado.

Sem embargo, as pessoas e grupos vulnerabilizados detém especial proteção jurídica que visa à reparação de injustiças ainda hoje presentes estruturalmente na sociedade brasileira.

Cuida-se aqui de assegurar que o processo judicial represente instrumento jurídico-processual apto e hábil a conferir a tutela jurídica a tempo e modo a quem mais precisa.

Com isso, não se está a afirmar que os grupos vulnerabilizados sempre terão em seu favor o reconhecimento do direito alegadamente invocado. O caso concreto, como vimos, comporta contornos próprios. De todo modo, sempre haverá de ser resguardado o direito à participação em um processo judicial de caráter dialógico, que traduza, na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco, um "microcosmos democrático do Estado de Direito".[37]

Por outro lado, dentro da concepção material da democracia, cumprirá essencialmente ao Poder Judiciário o exercício da função contramajoritária, evitando que maiorias ocasionais venham a conflagrar manifesta ofensa aos direitos humanos e fundamentais e aos valores mais caros da ordem republicana.

É, de fato, no exercício magno dessa competência, que o Poder Judiciário há de dar concretude aos objetivos do Estado brasileiro, na construção de uma sociedade livre, justa, solidária e livre de preconceitos e discriminações de qualquer ordem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero** [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília : Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo : PDF 132 páginas). Disponível em: http:// www.cnj.jus.br e www.enfam.jus.br eISBN nº 978-65-88022-06-1.

37 É conhecido o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco quanto ao ponto: "O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmosdemocrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade." (DINAMARCO, 2003. p. 27).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva racial**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/pacto-nacional-do-judiciario-pela-equidade-racial/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-a-equidade-racial-fonaer/protocolo-de-julgamento-com-perspectiva-racial/.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **XIV Congresso Nacional do Conpedi**. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista de Direito da UNISC**. Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129, 2010.

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 4., n. 2., 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791. Acesso em 23 de março de 2025.

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal-Centro de Estudos Judiciários, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** Vol. 1. 3a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**.12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 6. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.