# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

## CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

**MARCOS LEITE GARCIA**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

Copyright © 2024 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
**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

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-982-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU
(2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




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

# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

## CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

## Apresentação

Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I reúne onze textos elaborados, submetidos e posteriormente aprovados por professores que integram o banco de avaliadores do CONPEDI. Todos os textos foram selecionados a partir de um processo de avaliação cega por pares, o que garante a seriedade do mecanismo de análise das contribuições acadêmicas. Os textos selecionados abordam temas os mais diversos dentro da temática Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Em todos eles observamos a criatividade e empenho dos pesquisadores no sentido de abordarem de forma criativa, racional e crítica as temáticas objeto de suas investigações, a exemplo dos impactos da constituição sobre a administração; globalização e constituição; comissões parlamentares de inquérito; proteção das diferenças pelo Supremo Tribunal Federal; estado de coisas inconstitucional; precedentes; direitos humanos e direitos fundamentais; reforma da constituição e constitucionalismo na América Latina.

Todos os artigos suscitam debates e contribuem para o avanço das discussões a partir das investigações realizadas, mantendo vivo o processo de compreensão dos institutos jurídicos não somente vigentes no Brasil como também em organismo internacionais cujas decisões impactam na dinâmica da sociedade brasileira.

Por tudo isso, recomendamos a leitura dos artigos que integram esta coletânea.

Boa leitura.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia -UNIVALI

Prof. Titular Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

# O CONSTITUCIONALISMO IDENTITÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

# IDENTITY CONSTITUTIONALISM AND THE FEDERAL SUPREME COURT: LEGAL PROTECTION OF IDENTITY DIFFERENCES IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

**Doglas Cesar Lucas** [1]

**Resumo**

O presente texto pretende demonstrar que a identidade tem se transformado numa categoria essencial para se compreender os conflitos contemporâneos. Referências ao termo identidade proliferam em todos os lugares. Identidade cultural, nacional, religiosa, étnica, de gênero, profissional, organizacional, etc., sugerem uma ideia de valor positivo, uma qualidade que agrega particularidades e garante a unidade com base numa representação comum. Parece que não se pode acessar ao mundo sem recorrer a uma identidade. Ela sugere ser, no contexto contemporâneo de inseguranças, uma ilha de proteção, uma promessa de certeza e de estabilidade. Diferentemente de suas formas tradicionais de identificação, a identidade tem se estratificado, se tornada múltipla, reclamando reconhecimento jurídico para as suas diferentes formas de produção de pertença. A pluralidade das identidades tem reclamado, cada vez mais, seus estatutos de proteção e reconhecimento jurídico. Seja na legislação e nas decisões das Cortes nacionais e internacionais, o tema da diversidade tem ocupado ou lugar de destaque. Por isso o texto pretende analisar como esse processo de proteção identitária das minorias tem ocorrido no âmbito do STF, procurando problematizar a tensão entre as denúncias de ativismo e a defesa de sua missão constitucional contramajoritária. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Stf, Constitucionalismo identitário, Minorias

**Abstract/Resumen/Résumé**

This text aims to demonstrate that identity has become an essential category for understanding contemporary conflicts. References to the term identity proliferate everywhere. Cultural, national, religious, ethnic, gender, professional, organizational identity, etc., suggest an idea of positive value, a quality that adds particularities and guarantees unity based on a common representation. It seems like you can't access the world without resorting to an identity. It suggests being, in the contemporary context of insecurities, an island of protection, a promise of certainty and stability. Unlike its traditional forms of identification, identity has become stratified, become multiple, demanding legal recognition for its different forms of production of belonging. The plurality of identities has increasingly demanded their

[1] Doutor em Direito pela Unisinos e Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre, Itália. É professor do PPGD da UNIJUI. Advogado.

status of protection and legal recognition. Whether in legislation or decisions by national and international courts, the topic of diversity has occupied a prominent place. Therefore, the text intends to analyze how this process of protecting the identity of minorities has occurred within the scope of the STF, seeking to problematize the tension between accusations of activism and the defense of its counter-majoritarian constitutional mission. The method used was hypothetical-deductive.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Stf, Identity constitutionalism, Minorities

## Considerações iniciais

A sociedade contemporânea tem protagonizado reivindicações de cunho identitário que reclamam o reconhecimento jurídico de suas diferenças. Notadamente no Brasil crescem as legislações, decisões judiciais, produção teórica e políticas públicas que incorporam na agenda democrática a defesa jurídica da diferença (questões de gênero, étnicas, de cor, de idade, etc.) como um valor fundamental para a proteção e inclusão das "minorias". Por isso, entender as causas, os limites, a densidade e a extensão desse movimento político-jurídico brasileiro em nome das causas identitárias e sua repercussão no campo da teoria jurídica é importante para a formação de saberes e práticas que estimulem e situem o diálogo entre a igualdade e a diferença no contexto de um Direito e de um Estado democráticos.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, têm ocupado um lugar central nesse processo de reconhecimento e proteção identitária. Nesse cenário de ambivalências e de reclamos por reconhecimento das diferenças, este texto pretende responder aos seguintes questionamentos: quais os elementos fundamentadores do direito à diferença identitária que estão presentes nas decisões paradigmas do Supremo Tribunal Federal nas últimas duas décadas? A Corte tem promovido excessos ativistas nesse tipo de decisão? É possível extrair das decisões do Supremo Tribunal Federal elementos substanciais que indiquem o surgimento de um constitucionalismo de tipo identitário e uma teoria constitucional do direito à diversidade?

A pesquisa é valeu-se da metodologia de revisão bibliográfica crítica das categorias estudadas, visando a traçar um itinerário teórico do direito à diferença, diversidade e reconhecimento na teoria do Direito e no Direito Constitucional brasileiro. Para responder do ponto de vista da práxis jurídica aos questionamentos formulados, selecionaram-se decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal tendo como recorte cronológico o período 2000-2023, no bojo das quais projeta-se a pauta identitária e o direito das minorias, o que permite analisar os movimentos da Corte em direção (ou não) à afirmação de um constitucionalismo liberal identitário.

### 1. Identidade e diferença em busca de proteção jurídica

Referências ao termo identidade proliferam em todos os lugares. Identidade cultural, nacional, religiosa, étnica, de gênero, profissional, organizacional, etc., sugerem uma ideia de valor positivo, uma qualidade que agrega particularidades e garante a unidade com base numa representação comum. Parece que não se pode acessar ao mundo sem recorrer a uma identidade,

destaca Francesco Remotti (2010). Ela sugere ser, no contexto contemporâneo de inseguranças, uma ilha de proteção, uma promessa de certeza e de estabilidade.

Para isso a identidade depende de certa obsessão metafísica, de uma ligação abstrata a algo que, para além das particularidades, garante a persecução de um projeto compartilhado. É como se somente na unidade dessa representação as particularidades adquirissem sentido. Mas esse apelo ao semelhante, ao igual, esconde um jogo ambivalente com o seu oposto, com a sua diferença que é condição mesma de possibilidade para a identidade. Definitivamente a identidade só é, em si, um evento possível na paradoxal relação com o outro, com o estranho, com a sua diferença (RESTA, 2011). A criação das condições de igualdade dentro da comunidade são, também, as condições de diferença para fora dela. A amizade entre iguais, nesse sentido, pressupõe uma desconfiança entre os diferentes. Os de dentro e os de fora se institucionalizam. Para se incluir os primeiros se faz necessário excluir os segundos.

A igualdade nacional, como se sabe, fortemente homogeneizadora e ao mesmo tempo negadora das diferenças, coexistiu com o individualismo e a afirmação do "eu" como sujeito em si mesmo, resultado dos contornos impessoais que a vida moderna passou a permitir e a considerar. De fato, a modernidade liberal é, nesse sentido, um momento paradoxal. Ao mesmo tempo em que prescreve a igualdade de todos perante a lei e que institui um Estado legitimado pela convenção entre iguais, crias as condições para o florescimento de um *ethos* individual centrado na liberdade e na autonomia do sujeito, condição que ecoa nas diversas demandas de cunho individualista que o período vê eclodir e que notadamente caracterizam o espaço de pertencimento como uma invenção da igualdade num ambiente de severas diferenças em conflito, sejam elas externas ou internas ao espaço estatal.

O acirramento desse processo, então, torna o indivíduo, sem perder seu privilegiado vínculo nacional, uma biografia mais complexa, pois sua lealdade estatal, sustentada na sua pertença espacial e temporal, evidencia a universalidade de sua igualdade, enquanto que sua liberdade permite refundar, a todo o tempo, novas lealdades com o seu eu-semelhante (seja no campo econômico, religioso, cultural, étnico, etc.) e expor suas diferenças. Afirma sua etnia, sua cor, sua religião, sua sexualidade, seu gênero, etc., bem como reconhece as diferenças materiais entre sujeitos de um mesmo Estado como algo próprio da liberdade em movimento. Iguais perante a lei, diferentes enquanto sujeitos históricos, o sujeito vê as diferenças se aguçarem, notadamente no campo econômico, com o desenvolvimento da matriz produtiva capitalista e que com o avanço substancial das democracias constitucionais que deram visibilidade a uma nova agenda de demandas coletivas de cunho identitário, centradas, contudo, numa espécie de enraizamento do coletivo no individual (FERRY , 2010).

Isso não quer dizer que as formas de identidade-nós, de cunho comunitarista, tenham desaparecido com a modernidade e com a globalização. Não é isso que se está afirmando. O que se percebe é um movimento razoavelmente complexo em que a identidade-nós, tão cara às sociedades mais simples e à organização do mundo Antigo e de certa forma medieval, começou a transpor-se para uma identidade-eu. Isso significa que com o avanço da agenda moderna e com a conformação de um marco globalizante, notadamente nas áreas tecnológica, ambiental, econômica e comunicacional, a identidade-eu passou a ter um enorme significado na condução dos projetos pessoais e na pauta de satisfações, desejos e insegurança dos indivíduos que não se encontram mais vinculados às modalidades tradicionais de identidade (GIDDENS, 2002). Aos poucos o sujeito ganhou autonomia e lançou-se numa aventura centrada na liberdade, tendo que conviver, nesse mesmo processo, com grande dose de incerteza e insegurança que no contexto das comunidades tradicionais era praticamente desconhecido. Bauman (2010) chega a dizer que a modernidade sólida foi substituída por uma modernidade liquefeita, por um novo estado de coisas em que a insegurança dos projetos individuais agoniza o sujeito que não encontra mais uma comunidade reprodutora de tradições compartilhadas coletivamente que possa lhe restaurar a estabilidade.

A importância do papel da cultura, de certas práticas e costumes sociais locais na definição da identidade, entretanto, não representa necessariamente uma contradição em relação ao processo de generalização e unificação das instituições, dos símbolos e dos modos de vida perpetrados pela globalização, mas, paradoxalmente, parece apontar para a ocorrência de uma resposta reativa do particular às indiferenças alimentadas pelos mecanismos de padronização que afetam mundialmente quase todos os espaços de produção da vida social. Os novos reclamos por identidade e diferença, segundo Giacomo Marramao, refletem uma reação aos efeitos de uma globalização que uniformiza mas não universaliza, que comprime mas não unifica, “una mutua implicazione di ‘omogeneizzazione’ ed ‘eterogeneizazzione’. Un’inclusione della ‘località’ della differenza nella stessa composizione organica del globale” (2003, p. 40). Refletem, na posição de Zygmunt Bauman (2005), uma defesa-resposta contra um fenômeno que tende a desenraizar os vínculos identitários, tornando-os efêmeros, provisórios, sem continuidade, promovendo, por conta disso, o fortalecimento ou mesmo o retorno da ideia de comunidade e de suas formas de lealdade e de pertença para com os semelhantes, uma maneira encontrada para se conquistar mais segurança e igualdade num mosaico de indistinções que parece desfavorecer as aproximações humanas mais duradouras.

Em decorrência da fragilização das formas tradicionais de se estabelecer vínculos comuns de lealdade, resultado de um mundo em mudanças contínuas, de transitoriedade

permanente, os sujeitos tendem a ser seduzidos pelo discurso bastante tentador de retorno à "comunidade", uma forma de buscar segurança num contexto de incertezas. A comunidade é requisitada como um abrigo contra as incertezas globais, como uma condição de possibilidade para que os projetos de vida possam ganhar sentido no entendimento compartilhado. Os reclamos por identidade aparecem, então, como uma resposta à insegurança, como uma tentativa de se estabelecer lealdades entre semelhantes numa sociedade de sujeitos desenraizados, na qual os laços comunitários tradicionais são cada vez menos perenes.

Ocorre, no entanto, que nem mesmo a comunidade tem conseguido desempenhar habilmente esse papel (quando não o dificulta ainda mais), pois a forma como o mundo estimula a realização de projetos seguros de vida, sempre como um desafio individualizado, parece não ser a receita mais adequada para alcançar tais objetivos, o que tende a aumentar ainda mais a insegurança. Além disso, a estratégia de fechamento das comunidades em torno de si mesmas tem acirrado a guerra do "nós" contra o "eles", proliferando inúmeros ambientes forjadores de identidade cultural que, paradoxalmente, tendem a potencializar as diferenças culturais e aumentar os reclamos por diversidade; no mesmo instante em que a comunidade defende a homogeneidade cultural e proíbe o ingresso de qualquer coisa que lhe seja estranha, alimenta, com isso, os medos e as incertezas que inicialmente pretendia combater. Quanto maior a insegurança sentida pelos sujeitos de uma comunidade, menores são as chances de se estabelecer uma abertura para o diálogo com os outros diferentes e mais forte serão as medidas de segregação e divisão, restando prejudicada a conformação de uma comunidade "tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; de uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos" (BAUMAN, 2003, p. 134).

Nenhum projeto que se elabore na sociedade contemporânea, comenta Bauman, consegue contar com a garantia de perenidade. Tudo se apresenta fugaz e efêmero. As afiliações sociais que tradicionalmente eram consideradas como determinantes da identidade, como o Estado, a família, a religião, a raça, o gênero, se revelam cada vez mais frágeis e, no seu lugar, novas formas de convívio social são projetadas como fontes de pertencimento que possibilitam a elaboração da identidade. É como se as identidades tradicionais, prossegue Bauman, mais sólidas e perenes, não funcionassem nesse mundo de realidades líquidas; como se tivessem desaparecidos os grandes relatos unificadores, diria Jean-François Lyotard (2004), eclodindo em seu lugar uma "sociedade transparente" (VATTIMO, 1990) na qual as etnias, culturas, gênero, raças e comunidades apenas pudessem manifestar sua existência pela diferença de suas identidades.

Nessa trilha de argumentos, Stuart Hall (2005) destaca que a sociedade da modernidade tardia processa mudanças constantes, rápidas e provisórias, as quais têm contribuído para o descentramento, deslocamento e fragmentação das identidades modernas. Não apenas as localizações sociais tradicionais (família, gênero, religião, nacionalidade, raça) são enfraquecidas, mas o próprio "sentido de si" estável, menciona Hall, perde sua referenciabilidade nesse contexto. Assim, a identidade totalmente "unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia". Em vez disso, prossegue o autor, os sujeitos se deparam com uma multiplicidade de sistemas de significação e de representação cultural ao mesmo tempo, com cada um dos quais se é possível identificar ao menos temporariamente. O processo de fragmentação das identidades produz, então, uma espécie de subjetividade flexível, decorrente da vivência entrelaçada de diferentes culturas dentro de um mesmo indivíduo que, na composição de sua vida, transita por uma diversidade de grupos sociais com práticas diferenciadas e até divergentes.

Na sociedade contemporânea e mesmo na modernidade, como já dissemos, o indivíduo convive ao mesmo tempo em vários espaços. Sua vida não é linear e nem pré-ordenada. É complexa e muitas vezes até caótica. Não mantem vínculos com único sistema de sociabilidade. Não se pode, por isso, falar de um vínculo exclusivo com uma unidade, mas com vínculos com várias unidades a um só tempo. A própria história como algo unitário parece não ter mais sentido, disse Vattimo. "Viver en este mundo múltiple significa experimentar la liberdad como oscilación continua entre la permanencia y el extrañamento" (VATTIMO , 2000, p. 29). Apoiando-se em Heidegger e Nietzsche, o autor refere que o ser não coincide necessariamente com o estável, fixo e permanente, senão que tem uma relação mais próxima com o evento, consenso, diálogo e interpretação, sendo que as experiências oscilantes do mundo contemporâneo podem servir como oportunidade de um novo modo de ser humano. O eu e o outro, portanto, se encontram numa fase dinâmica de suas constituições identificadoras.

A essência identitária desmoronou e em seu lugar muitas identidades cambiantes e diversas convivem num mesmo espaço, em espaços diferentes, produzindo estranhamento e reafirmando suas unidades. Se na sociedade pré-moderna os vínculos identitários eram fiéis a uma certa ordem de estabilidade, o que se vê no mundo moderno e que foi potencializado no contemporâneo é uma abertura do mundo para o indivíduo que se coloca sobre o dilema da unificação versus fragmentação. Esse processo não retira a força da identidade, mas acaba com a ideia de uma identidade totalizante, de uma grande narrativa que dá conta de toda experiência histórica do sujeito. No seu lugar aparecem identidades múltiplas, fluídas e móveis, advogando cada uma delas a sua diferença e apostando em seu estatuto de reconhecimento. Esse é o enredo atual da identidade: sujeitos atomizados buscando, cada um à sua maneira, afirmar sua diferença

e ver reconhecida sua particular forma de estar no mundo. Cada uma dessas diferenças, dessas identidades, reclama reconhecimento e proteção jurídica, um direito de estar no mundo em igualdade de condições. Os direitos humanos qualificam e intensificam a sua atuação quando garantem essa proteção. Definitivamente, as identidades reclamam reconhecimento jurídico para cada uma das suas formas de identificação, como um apelo fundamental para se viver a diferença em igualdade de condições.

## 2. O Supremo Tribunal Federal e sua função contramajoritária: itinerários de um constitucionalismo identitário

A atuação do STF foi profundamente modificada nas últimas décadas. A realidade contemporânea se tornou muito complexa e novos temas, que sempre foram ou deveriam ser da seara política, chegam à corte a todo momento. Não é exagero afirmar que o STF tem um protagonismo na República bastante expressivo e, para muitos analistas, exagerado e indevido. Seja em temas eminentemente morais (como casamento de pessoas do mesmo sexo ou aborto) ou temas políticos (critérios eleitorais e procedimentos de impedimento), o STF é quase sempre incitado a se pronunciar. Com o crescimento da comunicação digital, não demorou a se tornar, também, um assunto público não institucional, do sendo comum, alvo de apoio, mas também de críticas odiosas. Mas não sejamos ingênuos. O acesso ao STF é mais facilitado aos núcleos formais do poder político e econômico, do que aos grupos periféricos e vulneráveis. Apesar de ter enfrentado temas importantes sobre identidade, diferença e diversidade, a Corte máxima de nosso país ainda não é uma caixa de ressonância dos direitos das minorias excluídas. E as estatísticas de acesso ao STF, aduz Nunes (2020), comprovam isso.

No campo teórico muitos acusam o STF de ativismo, de invadir as competências do parlamento, de dizer mais do que a Constituição diz. E alerte-se: no Brasil, ativismo é considerado, como afirma Abboud (2022), pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções pessoais, é discricionariedade e voluntarismo judicial, adoção de valores pessoais como se fossem jurídicos (ao qual nos opomos radicalmente). Os limites entre a política e o direito parece que foram estreitados pela Corte, aduzem aqueles que denunciam uma postura ativista que tem judicializado excessivamente a vida social e que teria tornado o STF um protagonista ilegítimo, se comparado com os outros poderes. Outros sustentam, sem definir limites muito claros para tanto, que o STF tenha uma atuação substancialista capaz de concretizar direitos e garantir a eficácia dos conteúdos constitucionais. Quase todos defendem que as Cortes constitucionais têm uma missão contramajoritária que se revela fundamental para proteger o direito das minorias dos

arroubos estatais e mesmo das vontades das maiorias eventuais. Nesse cenário de muitas divergências sobre os limites da jurisdição constitucional, o certo é que os procedimentos, os temas e os atores que compõe o itinerário do constitucionalismo contemporâneo foram profundamente alterados nas últimas décadas e tem exigido novas análises e colocado, para a práxis jurídica, novos desafios.

Independentemente de outras questões que de fato podem ser problematizadas em relação ao STF, não há dúvida de que a sua atuação contramajoritária na proteção dos direitos das minorias se configura como um dos movimentos mais notórios da Corte e de certo modo do constitucionalismo nos últimos 20 anos. Especialmente no Brasil as minorias e suas pautas identitárias, que têm pouco apoio no parlamento, acabaram encontrando no STF um caminho para o reconhecimento de seus direitos. De fato, se pode objetar se esse foi o melhor caminho, já que temas desse calibre deveriam ser tratados pelos órgãos democraticamente eleitos. Mas o fato é que muitas minorias foram reconhecidas e protegidas juridicamente por decisões do STF, muitas vezes antes da legislação. E é igualmente verdadeiro que o tema da diferença e diversidade estão mais presentes na gramática decisória da Corte. Como muitos desses temas são considerados sensíveis por parte da sociedade brasileira, não é de se estranhar que grupos conservadores tenham se pronunciado radicalmente contra muitas dessas decisões e contra a própria Corte.

O STF, portanto, tem se inserido, mesmo que lentamente, num constitucionalismo de tipo identitário, em que o direito à diferença, à diversidade, passa a ocupar um lugar de destaque. Como dissemos anteriormente, muitas decisões desse tipo, não sem críticas, foram tomadas no âmbito da Corte, e muitas ações dessa natureza estão pendentes de julgamento, como a ADPF 442 que trata da descriminalização do aborto. Esse tipo de decisões, de cunho contramajoritário, de proteção aos grupos minoritários, não fazia parte da tradição moderna do constitucionalismo, baseado sobretudo na ideia de igualdade e individualidade abstratas. O objeto dos direitos era o sujeito individual standard, que atendesse aos padrões de titularidade de direitos, portanto apenas o homem branco, hétero, cristão e proprietário. Somente no final XX que a teoria do direito, as leis e as decisões judiciais começaram a reconhecer e proteger os grupos historicamente vulnerabilizados. Mas é apenas no decorrer deste século XXI que as Cortes constitucionais como a brasileira passaram a enfrentar esses temas de modo mais rotineiro. Ou seja, é apenas quando as minorias se organizam e passam a reclamar um estatuto jurídico próprio que o Estado e a sociedade internacional criam mecanismos de reconhecimento e proteção.

Evidentemente que o novo papel das Cortes Constitucionais tem relação com um novo constitucionalismo, que aflora no segundo pós-guerra e reconhece a positividade e concretude ampla das normas constitucionais, que passam a sedimentar um importante conteúdo social,

estabelecendo normas programáticas, consistentes em metas a serem atingidas pelo Estado, bem como a proteção contramajoritária de minorias a cargo do Poder Judiciário. Esse novo pensamento se reflete no conteúdo das Constituições. Se antes elas se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado, agora passam a prever valores e opções políticas gerais e específicas que instrumentalizam uma nova forma de julgar. Luís Roberto Barroso (2005), nesse sentido, leciona que o neoconstitucionalismo identifica um amplo conjunto de modificações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, apontando os marcos histórico, filosófico e teórico que subsidiam o surgimento do neoconstitucionalismo.

O marco teórico do neoconstitucionalismo, a seu turno, é o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. O reconhecimento da força normativa da Constituição, dirá Hesse (1991), busca garantir concretização dos valores inseridos no texto constitucional. A Constituição não pode e não deve ser vista como uma mera carta de intenções, mas como um conjunto de valores que deve ter realização prática.

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

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

Dworkin (2002), ao tratar os direitos como trunfos, refere que os direitos devem se sobrepor a meros cálculos de utilidade social e concepções de moralidade, mesmo que estas sejam majoritárias. Ao enfrentar o argumento de que os tribunais não possuem legitimidade para decidir sobre questões constitucionais importantes, uma vez que não se compõem de magistrados eleitos, devendo tais assuntos ser resolvidos pela maioria política, Dworkin destaca que uma das principais características do constitucionalismo moderno é garantir os direitos individuais, mesmo das minorias, pela limitação dos poderes políticos da maioria, razão pela qual não parece que essa mesma maioria seja a mais indicada para julgar as suas próprias questões. Em outras palavras, como a Constituição opera como um limitador da vontade da maioria, declinar em favor desta mesma maioria o poder de decidir de modo exclusivo sobre os seus próprios limites não satisfaz qualquer argumento derivado da democracia. Dworkin alega, ainda, que os legisladores não se

encontram, institucionalmente, em situação mais privilegiada que os magistrados para decidirem sobre questões de direito, e que, por consequência, não há nenhuma razão plausível para imaginar que as decisões do Legislativo sobre direitos sejam mais acertadas que as tomadas pelo Judiciário.

Isso não significa, contudo, que Dworkin concorde com decisões discricionárias, voluntaristas e populistas. Pelo contrário. A criação jurisprudencial, defende o autor, deve respeitar os princípios formulados ao longo da história de uma comunidade, de modo que cada decisão judicial se origine de uma referência jurídica compartilhada, parâmetro de um processo sucessivo de decisões que sustentam a integridade contínua do direito. "A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política." (VIANNA , 1999, p. 39). Todas as inovações e alterações no direito devem respeitar esta coerência histórica que preserva o enredo do direito e que, por isso, permite a elaboração de novos princípios que reforcem a ordem jurídica de que ele faça parte.

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

> Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses "demais poderes" "mereceram" essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaço para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behavorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia. (STRECK, 2013, p. 212)

É inegável que o papel contramajoritário das Cortes Supremas, e isso vale para o STF, encontra certos limitadores no mecanismo de freios e contrapesos que permite a ação e reação do Poder Legislativo, por exemplo, por meio do chamado efeito *backlash*, cada vez mais frequente, à medida em que avança a pauta contramajoritária na Suprema Corte. O constitucionalismo popular propugna o uso estratégico do backlash como uma poderosa ferramenta de pressão sobre os tribunais. Nesse sentido, o efeito backlash pode ser entendido como a contraforça que surge, no seio da sociedade, ante decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição (PIMENTEL,

2017). Por isso, decisões do STF sobre temas considerados impopulares não encerram a questão e nem convertem a oposição política. A disputa sobre os significados constitucionais, portanto, continua por muito tempo. (CARDINALI, 2018).

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

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

Não é objeto principal desse texto problematizar se as decisões do STF em matéria de direito das minorias são ou não ativistas, mas é inegável que a Corte, em certos julgados (e não estamos discutindo o mérito), parece ter dito mais do que comumente se espera que uma Corte o faça (o caso de equiparação do crime de LGBIfobia com racismo, nas ADO 26 e MI 4733, é sem dúvida um desses casos). Feito esse alerta final, esta pesquisa trabalha com a hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal (apesar de algumas controvérsias) vem encabeçando, sobretudo nas últimas duas décadas, um novo constitucionalismo, de corte identitário, vocacionado a

concretizar, mesmo que de modo lento e errático, os direitos fundamentais dos grupos minoritários e historicamente vulneráveis. Diferença, diversidade, identidade, multiculturalismo, são termos cada vez mais presentes nas decisões da Corte máxima do país. Apesar de os avanços serem sempre maiores quanto maior é a aceitabilidade da opinião pública, é inegável que esses novos temas estão implicando a cena da jurisdição constitucional e alterando seu protagonismo nas questões republicanas. Vejamos na sequência algumas dessas decisões que nos permitem concluir nessa direção.

## 3. Igualdade e diferença no Supremo Tribunal Federal: uma eterna ambivalência

Nesta derradeira seção a análise centrar-se-á, apenas de modo noticioso, sobre os casos do Supremo Tribunal Federal que implicaram, ou ao menos tem evidenciado para uma virada paradigmática na atuação da Suprema Corte, no sentido de fazer do seu atuar contramajoritário um instrumento de proteção das diferenças identitárias. Como dissemos acima, não trataremos neste texto da questão ativista ou não dessas decisões, apesar de reconhecermos que esse debate seja necessário e deva ser feito. Nos interessa aqui é demostrar que esses temas têm ocupado um espaço privilegiado na jurisdição constitucional, que tem acolhido, mesmo que tardiamente e do modo ainda incipiente, as demandas identitárias e consagrado o direito à diversidade e à diferença como condições para o exercício efetivo da igualdade material.

É importante advertir que os casos analisados foram escolhidos levando-se em consideração, primeiramente, a sua relevância temática para o direito das respectivas minorias que são indicadas em cada tópico. Outrossim, partiu-se do pressuposto de que esse movimento neoconstitucional instalou-se no Brasil com mais vigor nas últimas duas décadas, de modo que o recorte cronológico é aquele do período compreendido entre 2000 e 2023.

### *3.1. Raça e racismo*

Um dos mais importantes julgamentos da última década do Supremo Tribunal Federal, justamente por ser o Brasil o último país a abolir a escravidão nas Américas, tem como pano de fundo o tema das cotas raciais e a questão do racismo estrutural e institucional. A ADPF 186, julgada em 2012, envolveu o sistema de cotas utilizado pela Universidade de Brasília (UnB), a primeira universidade federal a adotar esse mecanismo. A ação questionava os atos da instituição de ensino que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso no ensino superior.

Em 2009 o DEM questionou, por meio da ADPF 186, os atos administrativos que na UnB determinaram a reserva de vagas oferecidas pela universidade (medida que vinha sendo efetivada desde 2004). O partido alegou que a política de cotas adotada na UnB feria vários preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, entre outros, além de dispositivos que estabelecem o direito universal à educação. No julgamento, em 26 de abril de 2012 (acórdão publicado em 2014), todos os ministros seguiram o voto do relator, ministro Lewandowski, pela improcedência da ADPF. Esse posicionamento repercutiu em outras ações que trataram da mesma matéria e consoli-dou o entendimento da Corte sobre a constitucionalidade da Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012).

A decisão do STF sustenta a tese de que as ações afirmativas, praticadas por prazo limitado, em benefício de determinados grupos específicos historicamente prejudicados, prestigia (em vez de contrariar) o princípio constitucional da igualdade material. Destaca que "o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções re-sultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade". Uma leitura da Constituição, centrada na ideia de pluralidade e diversidade como valores positivos, permite defender que a "Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. 2012). A Procuradoria Geral da República, nessa mesma ADPF 186, representada pela Vice Procuradora Geral, Débora Duprat, é enfática ao defender que políticas afirmativas dessa natureza, apoiadas nos arts. 215 e 216 da CF, reconhecem e protegem, expressamente, o caráter plural da sociedade brasileira, recuperando o espaço ontológico da diferença.

Ao final, prevaleceu o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2012, p. 46), segundo o qual

> as experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de "um pequeno número" delas para "índios de todos os Estados brasileiros", pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.

A ação, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM em 2009, firma um importante posicionamento do Supremo Tribunal Federal que hoje é condizente, inclusive, com a Convenção

Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013, incorporada em 2022 ao ordenamento jurídico brasileiro na forma de emenda constitucional e em cujo art. 5º lê-se que

> os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

Esse entendimento da Suprema Corte foi corroborado mais recentemente pelo Plenário nos autos da ADC 41, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, cujo julgamento ocorreu 08 de junho de 2017, tendo prevalecido o entendimento de que "É constitucional a Lei n° 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos." Outrossim, entendeu-se que "É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação [...], desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa."

Nesse ínterim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal lançou mão da noção de ações afirmativas para responsabilizar o Estado no sentido de viabilizar uma reparação histórica relativamente às pessoas negras e ao passado escravocrata do país. A Suprema Corte encerra a discussão, ao menos por ora, quanto à constitucionalidade do sistema de cotas raciais, o qual é tido como condizente com o ordenamento jurídico brasileiro e com a Constituição, especialmente levando-se em consideração os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

### *3.2. Comunidades tradicionais: indígenas e quilombolas*

Segundo o art. 3º, inciso I do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

O art. 231 da Constituição Federal assegura aos indígenas o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras

que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, e proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

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

O Relator, Ministro Edson Fachin, já se manifestou pela teoria do indigenato, ou seja, segundo a qual as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas constituem um direito inato, congênito, sendo anterior à própria criação do Estado brasileiro, a quem incumbe tão somente demarcar e declarar os limites territoriais. A natureza da decisão, então, é meramente declaratória.

No voto do Ministro Relator, as terras indígenas foram caracterizadas como "substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País." Para ele, a discussão perpassa pela diversidade do modo de ser indígena, pois a

> a compreensão de uma sociedade plural e de respeito à diversidade, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história. Sendo assim, e estando completamente alijadas do modo de vida ocidental, de que modo farão prova essas comunidades de estarem nas áreas que ocupam em 05 de outubro de 1988? Se muitas dessas comunidades sequer são conhecidas pelo órgão indigenista, sendo meramente estimadas sua existência e quantidade de indivíduos, como assegurar com exatidão suas terras por meio do "fato indígena"?

Diante do valoroso voto do Ministro Relator, ao que tudo indica, pode haver uma virada jurisprudencial quanto à decisão anteriormente proferida, no bojo da Pet 3.388, de outubro de 2013, adotando-se, a partir de então, a teoria mais condizente com o direito das minorias, qual seja,

a teoria do indigenato, defendida também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Povo Indígena Xucuru *vs.* República Federativa do Brasil, alusivo à demora de mais de dezesseis anos do processo de demarcação de terras indígenas da comunidade.

### *3.3. Pessoas com deficiência*

Historicamente, existe uma invisibilização da pessoa com deficiência. Esse cenário vem mudando paulatinamente, conferindo-se maior autonomia às pessoas com deficiência, a fim de que possam determinar-se quanto às suas escolhas existenciais e estabelecer suas próprias concepções de vida boa.

No Brasil, a alteração legislativa mais importante nesse sentido foi a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

O artigo 28, § 1º e o artigo 30 do Estatuto preceituam que as escolas privadas devem oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação. Diante da normativa, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ajuizou ação de inconstitucionalidade contra em face de ambos os dispositivos legais. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que são constitucionais o art. 28, § 1º e o art. 30 da Lei nº 13.146/2015. Isso porque, o dever de oferecer ensino às pessoas com deficiência não é apenas do Estado, podendo ser exigido também das instituições privadas. Ademais, para a Suprema Corte, o ensino inclusivo atende aos objetivos constitucionais. Em seu voto, o Relator, Ministro Edson Fachin, pontuou que "é somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Recentemente, a Suprema Corte também discutiu o Decreto nº 10.502/2020, que instituía a "Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida" que, dentre outras, estabelecia a implementação de classes especializadas em escolas regulares e de escolas especializadas para pessoas com deficiência. O ato normativo foi impugnado por meio da ADI 6.590. Para o Supremo Tribunal Federal, o paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade, de

modo que subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos.

### *3.4. Direitos das mulheres*

No que diz respeito aos direitos das mulheres, talvez o julgamento mais importante do Supremo Tribunal Federal seja aquele pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006. O Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente duas ações relacionadas com a Lei Maria da Penha: a ADC 19, proposta pela Presidência da República, que tinha como objetivo declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da normativa, e a ADI 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, para o fim de dar interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, 16 e 41, ambos da Lei nº 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Para os Ministros da Suprema Corte, a Lei não viola o princípio da igualdade, porquanto justamente cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, exatamente como preconizado pelo § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e por outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. O Relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou que a Lei Maria da Penha promove a igualdade numa perspectiva material, sem, no entanto, restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. Ainda, no mesmo julgamento, o Supremo Tribunal Federal definiu que foi legítima a opção do legislador de excluir tais crimes do âmbito de incidência da Lei nº 9.099/95, isto é, da norma relativa aos crimes de menor potencial ofensivo.

Outro julgamento importante diz respeito à possibilidade de remarcação de teste de aptidão física para candidata gestante à época de sua realização. A decisão foi tomada em novembro de 2018, no julgamento do RE 1.058.333, com repercussão geral reconhecida, firmando-se a tese segundo a qual "É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público". Para o Relator do caso, Ministro Luiz Fux, negar esse direito à mulher em situação gestacional acirra a desigualdade entre homens e mulheres.

Finalmente, outro julgamento da mais extrema importância refere-se à inadmissibilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da legítima defesa da honra no Plenário do Tribunal do Júri. Na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana

(artigo 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (artigo 5º, da CF/88). Segundo o Ministro Relator, Dias Toffoli, além de ser atécnica, a ideia que subjaz à "legítima defesa da honra" tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores jurídicos, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

### *3.5. Pessoas LGBTQIAPN+*

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

Avançando na pauta das minorias sexuais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu aquilo que chamou de racismo social no bojo da ADO 26, entendendo que a Lei nº 7.716/89 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas. A Suprema Corte alude à "tolerância como expressão da harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos". Em seu voto, o Ministro Relator, Celso de Mello, preceitua que

> é possível constatar, a partir dessa breve exposição, que a comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, caracteriza-se, na verdade, pela diversidade de seus integrantes, sendo formada pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, apresentando elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Com isso, decidiu-se que

> até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine").

Outro importante julgamento do Supremo Tribunal Federal envolveu as pessoas trans. Nos autos do RE 670.422, com repercussão geral reconhecida (Tema 761) decidiu-se que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. Consignou-se, também, que essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedando-se expressamente a inclusão do termo "transgênero". Em seu voto, o Ministro Relator, Dias Toffoli, pontuou que

> em uma ordem jurídico-constitucional em que o respeito à dignidade do ser humano e o poder-dever de garantir seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade fática e o pluralismo jurídico instituídos nos levam a concluir que algumas soluções imprecisas de outros ramos do Direito não se revelam adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Com base no exposto, a Suprema Corte firmou a tese que restou redigida nos seguintes termos:

> I - O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II - Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; III - Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV - Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, também no cenário das pessoas LGBTQIAPN+ tem atuado de modo a assegurar a existência digna das minorias, vocacionando o Estado brasileiro à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade.

**Conclusão**

Apesar das críticas ao modelo de atuação do STF, frequentemente acusado de ativista, é possível destacar que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando, mesmo que lentamente, um constitucionalismo identitário de tipo afirmativo, que dialoga e substancializa os limites materiais do princípio da igualdade e reconhece demandas de reconhecimento identitário de viés liberal. Para consolidar essa função, o papel contramajoritário da Suprema Corte tem sido fundamental,

pois ele permite a defesa das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais de grupos historicamente excluídos, a exemplo dos abordados nesta pesquisa. Isso porque, não raras vezes, a solução justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão danoso à democracia quanto qualquer outro. Além disso, o papel representativo impõe que o Poder Judiciário "olhe à sua volta" e decida tendo em mente a realidade concreta, o mundo da vida. Ne sentido, seria importante ampliar o acesso à Corte às minorias periféricas, pois as estatísticas indicam uma participação ainda muito pequena desses grupos.

Recentemente, a propósito, o Supremo Tribunal Federal trouxe coletâneas que consolidam seus entendimentos jurisprudenciais vocacionados à proteção do direito das minorias numa série recente de publicações temáticas, o que denota uma preocupação crescente da Suprema Corte quanto a tais pautas identitárias. Se o constitucionalismo é o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais, não há como negar que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, tem desempenhado importante função no sentido do estabelecimento de um constitucionalismo de jaez identitário. Esse movimento é novo e, como dissemos, não é visto como totalmente positivo por todos os autores. Uma coisa, porém, é certa: as questões indentitárias fazem parte da agenda de qualquer país democrático e é normal que as suas pautas por reconhecimento e proteção sejam cada dia mais habituais nos ambientes institucionais da República. O direito e a política estão incitados, cada um do seu lugar, a dizer algo e deverão elaborar as soluções para que esses grupos minoritários tenham o igual direito de viverem as suas diferenças.

**Referências bibliográficas**


ABBOUD, Georges. Ativismo Judicial. **Os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618. Acesso em: 23 jul. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**. Vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. De Peregrino a turista, o uma breve história de la identidad. In: HALL, Stuart ; GAY, Paul du. (Comps.) **Cuestiones de identidad cultural**. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 16. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**. Limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença. **Povo Indígena Xucuru e seus membros *vs.* Brasil.** 05 fev. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**. Política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabbris Editor, 1991.

LYOTARD, Jean-François. **La condición postmoderna**. Informe sobre el saber. Traducción de Mariano Antolín Rato. 8. ed. Cátedra: Madrid, 2004.

MARRAMAO, Giacomo. **Passagio a Ocidente**. Filosofia e globalizzazione. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal**. Entre impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

REMOTTI, Francesco. **L'ossessione identitaria**. Roma-Bari: Laterza, 2010.

RESTA, Eligio. L'identità nel corpo. In: RODOTÀ, Stefano; ZATTI Paolo. **Il governo del corpo**. Giufrrè Editore, 2011.

RESTA, Eligio. **Le stelle e le masserizie**. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari, 1997.

STRECK. Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

VATTIMO, Gianni. **La sociedad transparente**. Barcelona: Paidós, 1990.

VATTIMO, Gianni. Posmoderno. ¿Una sociedad transparente? In: ARDITI, Benjamin. **El reverso da diferencia**. Identidad y política. Caracas: Nueva Sociedad, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck. et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de janeiro: Revan, 1999.

VILHENA, Oscar.; RUBENS, Glezer. **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017.