

Supremo Tribunal Federal entre interpretar  
e legislar:

---

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
CONTRA A DISCRIMINAÇÃO  
DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO  
DE VULNERABILIDADE SOCIAL  
POR MOTIVO DE GÊNERO

Supremo Tribunal Federal entre interpretar  
e legislar:

---

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
CONTRA A DISCRIMINAÇÃO  
DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO  
DE VULNERABILIDADE SOCIAL  
POR MOTIVO DE GÊNERO

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo do texto e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva da autora, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos a autora, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial****Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



# Supremo Tribunal Federal entre interpretar e legislar: a mutação constitucional contra a discriminação das pessoas em situação de vulnerabilidade social por motivo de discriminação de gênero

**Diagramação:** Natália Sandrini de Azevedo  
**Correção:** Maiara Ferreira  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** A autora  
**Autora:** Ingrid Thayná de Freitas Acácio

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A168 Acácio, Ingrid Thayná de Freitas  
Supremo Tribunal Federal entre interpretar e legislar: a mutação constitucional contra a discriminação das pessoas em situação de vulnerabilidade social por motivo de discriminação de gênero / Ingrid Thayná de Freitas Acácio. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-258-0531-3

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.313220909>

1. Minorias sexuais - Estatuto legal, leis, etc. 2. Identidade de gênero. 3. Discriminação de sexo - Legislação. 4. Direitos humanos. 5. LGBTQIA+. I. Acácio, Ingrid Thayná de Freitas. II. Título.

CDD 306.766

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

contato@atenaeditora.com.br



**Atena**  
Editora  
Ano 2022

## DECLARAÇÃO DA AUTORA

As autora desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, desta forma não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>3</b>
<b>A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR: DIFERENÇAS ENTRE LEGISLAR E INTERPRETAR</b> .....	<b>6</b>
O princípio da soberania popular e o respeito ao princípio democrático.....	6
Mutação constitucional como instituto social: origem e conceitos .....	17
Supremo Tribunal Federal: Mutação vs. Ativismo judicial.....	30
<b>ASPECTOS TEÓRICO-LEGISLATIVOS DA DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO</b> .....	<b>43</b>
As pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero .....	43
Os direitos das mulheres no Brasil.....	59
Os direitos das pessoas LGBTQIA+ no Brasil .....	70
<b>A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>78</b>
Ausências e deficiências constitucionais relativas à proteção dos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero .....	78
Análise da utilização de institutos hermenêuticos pelo STF sob o argumento de proteção aos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero .....	87
Desafios para o pleno respeito e a efetividade dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero .....	99
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>112</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>117</b>
<b>SOBRE A AUTORA</b> .....	<b>132</b>

## RESUMO

Ainda no século XXI, as pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de gênero (mulheres e pessoas LGBTQIA+) carecem ao de tutela específica quanto à proteção de seus direitos fundamentais e combate ao preconceito e à discriminação. Diante desse cenário, o presente estudo teve como objetivo principal demonstrar que o uso da mutação constitucional pelo Poder Judiciário, para a efetivação de direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero, deve decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, sob pena de afrontar os princípios da soberania popular e democrático, além da separação de poderes. Com essa finalidade, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, na legislação e na jurisprudência nacional e comparada. Os resultados dessa pesquisa foram analisados por meio do método dedutivo, no caso da doutrina e da legislação, e indutivo, no caso da jurisprudência. Dentre os resultados alcançados, verificou-se que, embora a conceituação da mutação constitucional pressuponha uma alteração na realidade social para que haja a mudança informal da interpretação do texto da Constituição, quando observada a atividade jurisdicional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem, reiteradamente, utilizando o instituto de maneira iminentemente retórica, primando mais pelos erros do que pelos acertos, ao desconsiderar a natureza hermenêutica, e não legislativa, da sua competência. Ademais, constatou-se que, mesmo com os diversos avanços propiciados pela luta das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ pelo reconhecimento e pela proteção de seus direitos, existem ainda óbices e arbitrariedades que dificultam sua efetividade, seja pela ausência de normas ou de políticas públicas eficazes. Desse modo, com base no pensamento de Axel Honneth e Nancy Fraser, verificou-se que a superação desse problema só será alcançada por meio da implementação de políticas de redistribuição da riqueza e de reconhecimento, não sendo, portanto, apropriada a atuação ativista do STF, sem, entretanto, desconhecer as contribuições já trazidas por esse órgão jurisdicional. A reversão do quadro discriminatório contra mulheres e pessoas LGBTQIA+ exige uma mudança estrutural do Estado e dos valores sociais vigentes que respaldam as atuais práticas preconceituosas. Trata-se, portanto, de uma mudança que cabe ao povo, de forma direta ou por meio dos seus representantes democraticamente eleitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mutação constitucional. Discriminação de gênero. Mulheres. LGBTQIA+. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

Still in the 21st century, people still in a situation of vulnerability due to gender (women and LGBTQIA+ people) take care of specific protection regarding the protection of their fundamental rights and the fight against prejudice and discrimination. In view of this scenario, the main objective of this study was demonstrating that the use of constitutional mutation by the Judiciary, for the realization of fundamental rights of people in situations of vulnerability due to gender discrimination (women and LGBTQIA+ people), must result from the progressiveness of changes in values social, under penalty of affronting the principles of popular and democratic sovereignty, in addition to the separation of powers. For this purpose, bibliographic and documentary research was carried out on doctrine, legislation, national and comparative jurisprudence. The results of this research were analyzed using the deductive method, in the case of doctrine and legislation, and inductively, in the case of jurisprudence. Among the results achieved, it was found that, although the conceptualization of the constitutional mutation presupposes a change in social reality so that there is an informal change in the interpretation of the text of the Constitution, when observing the Brazilian jurisdictional activity, the Federal Supreme Court comes, repeatedly, using the institute in an imminently rhetorical way, prioritizing errors rather than successes, disregarding the hermeneutic, and non-legislative, nature of its competence. In addition, it was found that, even with the various advances provided by the struggle of women and LGBTQIA+ people for the recognition and protection of their rights, there are still obstacles and arbitrariness that hinder their effectiveness, either due to the absence of norms or effective public policies. Thus, based on the thinking of Axel Honneth and Nancy Fraser, it was found that overcoming this problem will only be achieved through the implementation of policies for the redistribution of wealth and recognition, and therefore the activist action of the STF is not appropriate, without, however, ignoring the contributions already brought by that court. The reversal of the discriminatory framework against women and LGBTQIA+ people requires a structural change in the State and in the current social values that support the current prejudiced practices. It is, therefore, a change that is up to the people, directly or through their democratically elected representatives.

**KEYWORDS:** Constitutional mutation. Gender discrimination. Women. LGBTQIA+. Federal Court of Justice. Judicial activism.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo demonstrar que o uso da mutação constitucional pelo Poder Judiciário, para a efetivação de direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero (mulheres e pessoas LGBTQIA+), deve decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, sob pena de afrontar os princípios da soberania popular e democrático, além da separação de poderes.

De maneira específica, objetiva-se analisar os princípios da soberania popular e democrático e suas relações com a legitimidade das mutações constitucionais; identificar os alcances da obrigação estatal de proteger os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade social por motivo de discriminação de gênero e evidenciar os acertos e os desacertos do Poder Judiciário brasileiro na concretização dos direitos fundamentais dessas pessoas por meio de técnicas hermenêuticas, incluindo a mutação constitucional.

A escolha da temática deriva das diversas nuances que a mutação tem assumido no cenário jurídico brasileiro, sendo frequentemente invocada para justificar o alargamento do poder decisório dos juizes, desconsiderando a natureza clássica do instituto. Essa discussão realiza-se no contexto em que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as competências do Poder Judiciário vêm sendo expandidas, especialmente na figura de seu órgão cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF).

A ampliação do poder de decisão dos juizes tem colocado em risco a autocontenção judicial e, por derradeiro, ocasionado uma participação ativa do Poder Judiciário em assuntos políticos, sociais e morais, levantando questionamentos sobre sua invasão na esfera de atuação dos outros dois Poderes.

Impende, entretanto, reconhecer que a assunção pelo Judiciário de um papel ampliado também tem trazido importantes ganhos populares, especialmente ao se ter em mente a fragilidade do sistema representativo, que associa “maioria” a um grupo político e economicamente favorecido, o qual, na prática, não representa interesses e necessidades daqueles que ocupam posições de vulnerabilidade social por motivo de discriminação de gênero.

Apesar do reconhecimento de ganhos resultantes da atuação contramajoritária do STF, a utilização da mutação constitucional, pelo órgão de cúpula do Judiciário, destoa, cada vez mais, da posição firmada por autores clássicos acerca do instituto, que consideram a necessidade de uma progressividade dos valores sociais para que haja legitimidade na mudança da Constituição – ou seja, a mutação, enquanto método hermenêutico de modificação da compreensão do conteúdo de norma constitucional, deve ocorrer quando

há uma demanda social, consolidada no tempo, que não está sendo atendida, mas que possui amparo no programa normativo constante no texto da própria constituição.

Verifica-se, portanto, que o exercício da jurisdição constitucional brasileira no tocante à mutação, mesmo sob justificativa de proteção aos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero, vem, repetidamente, confundindo o papel interpretativo atribuído ao STF com a função legislativa, para a qual não é competente, ferindo os princípios da soberania popular e democrático, além da separação de poderes.

A titularidade do povo enquanto poder soberano é estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seu primeiro artigo, parágrafo único, do qual se constitui o princípio da soberania popular (BRASIL, 1988). A partir deste, extrai-se o princípio democrático, que estabelece caber ao povo, enquanto titular do poder, governar, seja por si ou por meio de seus representantes democraticamente eleitos.

Pela interpretação dos referidos princípios, bem como pelo regime político estabelecido no Brasil, denota-se que a criação de normas jurídicas deve ser realizada pelo povo diretamente ou por meio da representação, consubstanciada nos poderes Legislativo e Executivo. Desse modo, a atuação judicial, inclusive no exercício interpretativo de que decorrem as mutações constitucionais, deve possuir como freio a obediência aos preceitos constitucionais, que devem ser o ponto de partida para qualquer processo hermenêutico que se pretenda extrair da Constituição.

De outra banda, percebe-se que, no Brasil, as pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero carecem de tutela específica quanto aos seus direitos fundamentais, estando, não raras as vezes, sob a dependência de majorias políticas parlamentares e de chefes do Executivo, que, guiados pela preocupação política da renovação dos seus mandatos, costumam não contrariar os valores da maioria da sociedade, ainda que claramente discriminatórios.

A ausência de representação política das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero nos espaços formais de poder, faz com que a função atribuída constitucionalmente ao Judiciário de análise e interpretação da Constituição se demonstre necessária à materialização dos direitos de tais pessoas.

Contudo, considerando que o Poder Judiciário não possui típica investidura política, a atividade interpretativa jurisdicional deve tomar como base os princípios da soberania popular e democrático, de modo a equilibrar o papel de guardião da Constituição com a concretização da vontade soberana do povo.

Apesar disso, observa-se por meio da prática jurisprudencial que a mutação constitucional vem sendo utilizada como instrumento legislativo e não interpretativo

pelo STF, tornando seus Ministros verdadeiros legisladores positivos, ameaçando a repartição de competências e, por derradeiro, a legitimidade democrática. O uso irrestrito da mutação constitucional pode, à vista disso, ter como consequência reformas constitucionais silenciosas, realizadas por ministros do STF, que ocasionam mudanças no arranjo institucional firmado pela Constituição, comprometendo a estabilidade das normas brasileiras.

Nesse contexto, extrai-se a urgência de estudos que busquem compreender a forma como o instituto da mutação constitucional vem sendo exercido pela jurisdição constitucional brasileira, isso porque a função constitucionalmente atribuída ao STF não deve atender, cegamente, às vontades do povo, visto se tratar de uma atividade interpretativa que possui limites atribuídos pelo próprio texto constitucional.

Não obstante, analisa-se, também, as contribuições que o uso da mutação, quando em atendimento aos princípios da soberania popular e democrático, ocasionam à efetivação de direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero. A presente pesquisa possui, portanto, cunho não apenas científico, mas também social.

# **A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR: DIFERENÇAS ENTRE LEGISLAR E INTERPRETAR**

O tema da mutação constitucional vem ganhando força e relevo na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, seja como fonte de preocupação ou exortação. Não é raro observar os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) invocando o instituto como forma de justificar o processo interpretativo que culmina em suas decisões, especialmente quando são de grande repercussão social.

Contudo, há de se verificar que a mutação constitucional é uma categoria política importada de uma realidade político-social distinta, que possui lastro doutrinário secularmente construído. O instituto pressupõe uma progressividade da realidade social que possibilita a alteração informal do texto constitucional, mesmo sem que haja mudança na norma escrita.

Ocorre que, no cenário jurisdicional brasileiro, o STF, sem integrar o poder constituinte derivado, vem utilizando a mutação constitucional para alargar seus poderes e sua esfera de atuação – que, cada vez mais, ganha conotações políticas, sobretudo diante da crise de representação democrática vivida no Brasil – passando o STF a alterar o sentido das normas constitucionais, sem obedecer ao devido rito processual legislativo.

O presente Capítulo busca, a partir dos conceitos secularmente construídos pela doutrina acerca da mutação constitucional, analisar como a atuação do STF passou a realizar alterações informais no texto constitucional como forma de expandir o poder de seus ministros, em afronta aos princípios da soberania popular e democrático.

## **O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR E O RESPEITO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

O conceito de soberania surge pela primeira vez por meio do jurista francês Jean Bodin que, em sua obra “Os Seis Livros da República”, de 1576 – no início da Era Moderna, em um contexto histórico em que a França renascentista era palco de disputa entre o rei, a nobreza e o clero –, na qual, em síntese, o autor sustenta que apenas um monarca forte, com poderes absolutos e, portanto, sem sujeição às exigências do povo, poderia restabelecer a paz francesa (BODIN, 2011).

Nesse sentido, Bodin (2011), a fim de alcançar uma justificativa teórica para o poder político das monarquias pautado no conceito de soberania, afirma que o poder do Estado pertence ao rei e não deve ser partilhado, seja com a nobreza, com o clero ou com o povo. O

jurista francês afirmou que “[...] é absolutamente soberano aquele que não reconhece nada maior do que si, salvo Deus” (BODIN, 2011, p. 199), concepção esta que é especialmente interessante ao Direito ao colocar o soberano como ditador da lei e, por conseguinte, acima das leis editadas.

Definida a ideia de soberania, outros pensadores passaram a se posicionar. Foi assim que, por meio da obra “O Leviatã, ou Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil”, de Thomas Hobbes, em 1651, o conceito de soberania adquire um novo sentido. Ao empregar, pela primeira vez, o vocábulo Estado no sentido contemporâneo, Hobbes (1999) traz o Estado Leviatã como o verdadeiro titular da soberania para o alcance da paz social, sendo essa a razão de ser do Estado. Segundo o filósofo:

Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim Civitas), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pelos quais, ligados ao trono da soberania, todas as juntas e membros são levados a cumprir seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força; Salus Populi (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte. (HOBBS, 1999, p. 9).

Ainda em Hobbes (1999), o poder do Estado deveria ser exercido por um representante do povo. Esse poder seria escolhido pela maioria e praticado em nome de todos, tanto os que votaram a favor ou contra ele, de forma a autorizar que os atos e as decisões do representante ou da assembleia de representantes fossem tal como os próprios atos ou as decisões do povo. Thomas Hobbes (1999) elencava o poder estatal sob representação do povo como a única forma de a sociedade viver em paz e ser protegida do restante dos homens – que, segundo o pensamento do filósofo, em seu estado natural, possuem natureza violenta e cruel.

Hobbes, tanto quanto Bodin, acreditava que atribuir poderes absolutos a um monarca seria a melhor forma de garantir a paz; mas se distingue do jurista francês ao entender que o rei não era propriamente o titular da soberania, e sim o Estado, que teria o rei como figura mais habilitada para representar o povo.

Contudo, os defensores do absolutismo real simplificaram as teorias de Bodin e de Hobbes ao reduzir, equivocadamente, os conceitos de soberania, Estado e monarquia em uma coisa só; soberania, então, tornou-se sinônimo de Estado, também confundido com o rei.

Apenas no século XVIII, com a obra “Que é o Terceiro Estado?”, de Emmanuel Joseph Sieyès, desloca-se a soberania para a nação, dando início à ideia de soberania nacional. Na obra, Sieyès, além de um manifesto político contra os privilégios feudais, econômicos e legais da nobreza e do clero, exalta a defesa da burguesia como legítima representante da nação (COLOMBANO, 2017).

Em que pese a fundamental obra de Sieyès, a concepção de soberania constante, em quase todas as constituições do mundo ocidental, remete à ideia de “vontade geral” de Jean-Jacques Rousseau, empossada na obra “O Contrato Social”, surgido em 1762 – ou seja, em uma espécie de consciência coletiva voltada à busca do bem comum. É a “vontade geral” o espírito público ao qual devem estar subordinados os interesses particulares e que deve orientar o pacto social<sup>1</sup>.

Rousseau (1999) transfere o poder soberano, anteriormente conferido ao rei e à nação, ao povo, que possui um poder de titularidade inalienável e indivisível:

A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto. (ROUSSEAU, 1999, p. 87).

A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto (ROUSSEAU, 1999).

De acordo com Rousseau (1999), as únicas fontes que legitimam o poder dos governantes são as convenções e os pactos sociais e políticos, ambos expressões da vontade soberana do povo<sup>2</sup>. O Estado não é titular da soberania, sendo esta uma qualidade emprestada ao poder estatal por delegação do povo, que o faz para o exercício das funções públicas, e visa a efetivação do bem comum. Passa-se da soberania nacional para a soberania popular.

A delegação de poder aos representantes pelo povo não quer dizer que aos

---

1. Para Rousseau, o contrato social surge, pois, embora livres, os homens dependem uns dos outros para escaparem dos perigos do estado social, o que lhes faz consentir para viver em sociedade, sem, contudo, renunciar a sua liberdade em favor de um soberano que lhes prometa proteção. O povo se associa exatamente para que a sua liberdade não seja sucumbida pela tirania dos mais fortes, sendo o pacto social o que garante a integralidade da sociedade e a autoridade do Estado (COLOMBANO, 2017).

2. “[...] embora não consiga definir, com rigor, o que seja a vontade geral, Rousseau acaba por aceitar a regra da maioria como expressão daquela, quando admite que apenas o pacto inicial pelo qual os homens concordam em viver em sociedade e se submeter às regras e convenções sociais precisa de aprovação unânime” (COLOMBANO, 2017, p. 27).

governantes seja conferido um poder soberano para condução do destino político do Estado. A soberania continua nas mãos do povo que, a qualquer momento, pode exercê-la.

Nesse viés, depreende-se que o conceito de soberania é indissociável de, pelo menos, dois elementos: 1) o poder, visto que soberano é o adjetivo utilizado para qualificar um poder em grau máximo: o poder soberano; 2) e o Estado, meio pelo qual se exerce o poder soberano.

É soberania, por conseguinte, o poder que “[...] por meio do Estado, reúne condições de se impor ilimitadamente sobre quaisquer outros e que, de fato, se impõe livre de constrangimentos, sem contrastes, decidindo, em última instância, e efetivando suas decisões inclusive pela coação física, se necessário” (COLOMBANO, 2017, p. 16).

Na Constituição brasileira de 1988, a titularidade do povo, enquanto poder soberano, é estabelecida logo em seu primeiro artigo, parágrafo único, do qual se constitui o princípio da soberania popular (BRASIL, 1988, grifo nosso):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

**Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.**

É confiado ao Estado o exercício do poder soberano para, em nome do povo, agir na concretização do interesse social; exercício que apenas se legitima quando, em atendimento ao interesse comum, expressado sejam pelas leis aprovadas pelo Congresso Nacional ou, eventualmente, pelo Executivo e pelas permissões constitucionais que asseguram a participação direta dos cidadãos na construção e na defesa da vida pública.

Consubstancia-se, portanto, no texto constitucional brasileiro, a soberania popular como um princípio, do qual é extraído o princípio democrático, que estabelece caber ao povo, enquanto titular do poder, governar, seja por si ou por meio de seus representantes eleitos.

Ao partir da concepção de democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo, empossada por Abraham Lincoln, no discurso de Gettysburg, o jurista Paulo Bonavides (2003) afirma ser a democracia o exercício da função governativa, em que a vontade soberana do povo, direta ou indiretamente, decide todas as questões de governo, de forma que o povo seja o titular do poder e, ainda, objeto; ou seja: é o povo sujeito ativo e passivo do poder legítimo.

Da concepção adotada por Bonavides (2003), verifica-se que a noção de povo não

deve possuir um simples caráter ideológico, ou seja, não deve ser um discurso retórico a partir do qual o povo passa a ser mero instrumento de legitimação do exercício autoritário e arbitrário de poder do governante, mas se extrai que o exercício da democracia está umbilicalmente ligado à soberania popular que, como acima empregado, concebe o povo como verdadeiro titular desse poder, sendo a fonte a partir da qual se legitima a atuação dos governantes.

Na obra “Quem é o Povo”, Friedrich Müller (2013) oferece uma reflexão acerca do conceito de povo no regime democrático. Segundo o jurista, são vários os questionamentos quanto às questões fundamentais à democracia, sendo clara conceituação acerca de “o que é” o povo, mas não sobre “quem” é esse povo. Dessa forma, surgem alguns questionamentos: Quem é o povo? Os titulares do direito de nacionalidade? Titulares dos direitos civis? Titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos? Adultos?

Nesse diapasão, Müller (2013) busca analisar o conceito de povo a partir da seguinte divisão: povo como povo ativo, povo como instância global de atribuição de legitimidade, povo como ícone, povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado.

Primeiro, Müller designa como “povo ativo” o titular de nacionalidade, nos termos das prescrições normativas do texto constitucional: “[...] Por força da prescrição expressa as constituições somente contabilizam como povo ativo os titulares de nacionalidade” (MÜLLER, 2013, p. 56). Assim, no Direito positivo, concretiza-se como povo a totalidade dos eleitores de um Estado.

Seguindo, Friedrich Müller (2013) analisa o conceito de “povo como instância global de atribuição de legitimidade”, que é “plateia” do Estado e aceita todas as imposições estatais sem questioná-las. Conforme o autor, o “povo ativo” decide diretamente ou elege seus representantes para ser voz do povo em assembleias e deliberações sobre textos de normas legais, que irão vincular as ações e os interesses do próprio povo, enquanto população. A compreensão de tal estrutura de legitimação torna mais compreensível a conceituação de “povo como instância global de atribuição de legitimidade”:

Tudo isso forma uma espécie de ciclo (Kreislau) de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação. [...] Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como instância global de atribuição de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais em “nome do povo”. (MÜLLER, 2013, p. 60).

Müller (2013) passa, então, a avaliar o “povo como ícone”, ou seja, um povo intocável, que possui uma imagem abstrata e discursivamente construída como uma e

indivisível. Não diz respeito a um cidadão ou a um grupo de cidadãos, é um povo que inexistente em termos práticos. Ao ser iconizada, a categoria “povo” pode ser utilizada para justificar concepções políticas de justiça, que passam a fundamentar ações do Estado “em nome do povo”. Contudo, tratar o povo como ícone consiste em abandonar o povo em si, em mitificá-lo; fazer do povo algo irreal, ideologicamente construído, que pode ser utilizado pelo autoritarismo para legitimar medidas violentas, como a colonização.

Por fim, Müller (2013) elabora um conceito ideal de “povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado”, o qual é mais democrático que os demais e abrange o povo para além do “povo ativo”. Há a inclusão de todos os habitantes do Estado, até os titulares de outras nacionalidades ou apátridas, assim como aqueles que atravessam o território estatal.

Nas palavras do autor:

A função do “povo” que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigentes, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos”, de categorias distintas. [...] Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima [...] Ideia do “povo” como totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal – totalidade entendida aqui como a das pessoas que se encontram no território do respectivo Estado. (MÜLLER, 2013, p. 76).

O indivíduo reside, trabalha, transita, estabelece laços pessoais e materiais no território do Estado, o que constitui fenômeno capaz de criar obrigações (tributárias, por exemplo), mas também enseja direitos subjetivos. Destarte, com a definição de “povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado”, Müller (2013) confere, democraticamente, direito de atuação na esfera estatal.

Não há democracia quando o povo é utilizado de forma meramente ideológica (povo como ícone), sem considerar os problemas ocasionados pela exclusão social. Uma conceituação ideológica não é partidária da democrática, além de não pertencer à classe popular, visto que aqueles discriminados socialmente não participam do discurso democrático. É, nesse sentido, que, em Müller (2013), o povo deve ser considerado como uma realidade viva em um mundo concreto, não sendo importante o significado dado à palavra povo, mas a forma como ela é utilizada pelo Estado de Direito que se define como democrático.

O desenrolar da democracia, na forma como é conhecida atualmente, está atrelado à expansão das teorias contratualistas e jusnaturalistas, que tinham como objetivo conferir ao povo a condução dos rumos estatais, a exemplo de Rousseau (1999), ao afirmar que,

para a concretização da democracia, os interesses arbitrários do indivíduo devem dar espaço à construção coletiva daquilo que permite que todos possam ser iguais, alcançada por meio da participação direta do povo no poder.

As constituições do final do século XVIII, em expressão à vontade popular manifestada por meio do constituinte originário, objetivaram a limitação do poder absoluto e passaram a fundar o Estado de Direito, o qual pressupõe a existência de uma constituição como forma de veicular a pretensão popular e estabelecer as normas as quais o Estado deve estar conformado (LOPES; JÚNIOR SANTOS; CARTAXO, 2020).

O maior dos pressupostos democráticos é o povo, de quem provém o poder que se expressa por meio da soberania popular, seja de forma direta, indireta ou por meio de um sistema misto, no qual, ao passo que o povo elege representantes, conferindo-lhes poder de decisão na vida pública, também exerce a soberania de forma direta, com instrumentos que permitem a participação ativa dos cidadãos.

A grande essência do princípio da soberania popular consiste em ter o povo, titular da soberania, como titular do poder constituinte que, por possuir caráter originário, permanente e ilimitado, não pode ser juridicamente limitado; afinal, caso pudesse sofrer limitações jurídicas, o poder constituinte não poderia criar uma nova ordem, mas estaria sempre se movendo no marco de uma ordem preexistente, consolidando-se como constituído, e não como constituinte (BERCOVICI, 2013).

Embora, historicamente, a ideia de poder constituinte originário seja inseparável da ideia de representação em Assembleia Constituinte, quem convoca o poder constituinte é o povo, não o poder estatal. Este apenas é o instrumento utilizado para restituir o poder popular. É, portanto, o povo o detentor de autoridade e de força para instituir a constituição, manter ou revogá-la.

Ao que atine à realidade brasileira, é preciso, para a melhor compreensão da aplicação do princípio da soberania popular e do princípio democrático, retomar ao período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, em que brasileiros viveram um regime ditatorial dotado de Atos Institucionais que, além de serem utilizados para o exercício legislativo pelas forças armadas e para legitimar um sistema largamente repressivo, eximiu a participação política do povo e dos seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, após o longo período em que os brasileiros tiveram seus direitos tolhidos, especialmente por meio da repressão à liberdade, iniciou-se, nos anos 80, do século XX, o processo de redemocratização do Brasil, marcado pela promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que, em sua essência, trouxe especial proteção aos direitos e às garantias fundamentais, destacando-se a liberdade, a igualdade e

a participação do cidadão na vida política. A promulgação da Constituição foi um verdadeiro divisor de águas, que perpetrou o rompimento da opressão anteriormente vivida pelos brasileiros e trouxe parâmetros que (re)incluiram o povo nas decisões da vida política.

A Constituição brasileira dispõe em seu Preâmbulo<sup>3</sup>, assim como em seu artigo 1º, que o Brasil está sob a égide de um regime democrático, de natureza mista ou semidireta<sup>4</sup> – natureza que é evidenciada por meio do parágrafo único, ainda do artigo 1º, ao afirmar que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988), cujos termos estão disciplinados pelo artigo 14 do texto constitucional:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular. (BRASIL, 1988).

Apesar de a Constituição apresentar a democracia brasileira como semidireta, há diversos dispositivos no texto constitucional que possibilitam a manifestação direta do cidadão quanto à vida em sociedade, definindo cidadania não apenas como obrigação de votar, mas como direito fundamental, que constitui a democracia e oportuniza a edificação de uma sociedade pautada na justiça e na solidariedade, tais como: direito de petição, propositura de projeto de lei por iniciativa popular, *amicus curiae*, dentre outros (LOPES, 2006).

Ademais, o texto constitucional ampliou o Poder Judiciário – que, durante o regime ditatorial, sofreu restrição de suas competências em detrimento da consolidação do Executivo – conferindo-lhe fortalecimento, expansão e autonomia, os quais passaram a ser esboçados, principalmente, por meio do STF.

A Constituição de 1988 dá lugar à construção de uma “legislação simbólica”<sup>5</sup>,

3. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, grifo nosso).

4. Acerca da democracia semidireta, afirma Paulo Bonavides (2000, s.p.): “[...] A soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. [...] Acrescenta-se portanto à participação política certa participação jurídica, isto é, ao povo se reconhece, para determinadas matérias, esfera de competência em que ele diretamente, observando formas prescritas pela ordem normativa, cumpre atos cuja validade fica assim sujeita ao indispensável concurso”.

5. Acerca da legislação simbólica, especialmente presente nas constituições com o advento do neoconstitucionalismo – movimento de revalorização do Direito Constitucional, surgido na segunda metade do século XX – analisa Marcelo Neves (1996, p. 325): “[...] ‘legislação simbólica’ aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao

carente de efetividade. A dificuldade em tornar eficaz o texto constitucional faz com que os julgadores ultrapassem a função de julgar certo ou errado com base na lei e passem a buscar a concretização dos resultados esperados da norma (VIANNA et al., 1999).

Foi esse o contexto que ocasionou o redirecionamento para o Poder Judiciário, no sentido de esperar que tome decisões de caráter definitivo acerca de questões político, social e moral relevantes. O papel ativo que passou a ser exercido pelo Judiciário possibilitou que os juízes passassem a usufruir dos mais amplos institutos hermenêuticos para realizar a interpretação das normas constitucionais de conteúdo abstrato e, dessa forma, buscar o alcance aos resultados esperados da norma.

Nesse viés, passou o Poder Judiciário brasileiro, especialmente na figura do STF, a utilizar do instituto da mutação constitucional, enquanto método hermenêutico de modificação informal do diploma legal, como forma de justificar as decisões proferidas, mormente em casos de ampla repercussão social.

O sistema político-constitucional brasileiro, como acima detalhado, exige um governo que siga a vontade do povo – isso porque o princípio da soberania popular não é oculto, mas sim proclamado expressamente pela Constituição Federal, além de ser reconhecido pelas instituições estatais e pela sociedade (ALBUQUERQUE; CAMPOS, 2014), o que faz com que a atuação jurisdicional, constitucionalmente autorizada, esteja limitada à obediência dos princípios da soberania popular e democrático, que devem ser o ponto de partida para qualquer processo hermenêutico que se pretenda extrair da Constituição.

No contexto abordado, importante se faz trazer colocações de juristas norte-americanos no tocante à assunção de poder legiferante pelo Judiciário, pois, mesmo atinente a uma realidade constitucional diversa, os estudos realizados são plenamente aplicáveis à atividade jurisdicional brasileira.

John Hart Ely (1997), teórico do monismo e defensor da ideia de que o exercício da soberania popular é imprescindível ao poder constituinte, aduz que as tentativas da Suprema Corte americana de obstruir as ações do Legislativo, mesmo sob o argumento de desrespeito à Constituição pelo poder legiferante, é uma contradição, pois apenas o povo – que exerce seu poder por meio de seus representantes – é o guardião de suas vontades e de seus valores. Caso houvesse desrespeito da vontade do povo pelos representantes, caberia ao povo, por si mesmo, nas eleições seguintes, eleger novos representantes e corrigir a falha. No mesmo viés, Ely entende que não cabe a uma suprema corte atualizar livremente os direitos constitucionais, competência esta que seria do povo, por meio de seus representantes eleitos.

---

sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”.

Não obstante, Ely (1997) considera imprescindível o papel da Suprema Corte, mesmo que autorrestritivo. Entende, ainda, que o valor fundamental do sistema político e jurídico norte-americano é a democracia representativa e que apenas são legítimas as decisões tomadas por representantes populares; nesse processo de decisão, cabe à Suprema Corte guardar a lisura das eleições e, por conseguinte, a proteção ao valor principal da sociedade democrática: a democracia – único valor que não é guardado pelo próprio governo popular.

No tocante à teoria de Ely, Ronald Dworkin (2002) se diz adepto quanto aos fundamentos, objetivos, mas discorda veementemente dos meios, e, desse modo, entende que sua teoria é adequada à correção da obra de Ely. Dworkin (2002, p. 230) entende que os direitos morais são preferíveis aos direitos democráticos (da maioria): “[...] um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral”.

Nesse viés, a atuação da Suprema Corte deveria atualizar tais direitos morais, não se restringindo ao que está expressamente escrito na Constituição ou na intenção original dos fundadores da República norte-americana. Não obstante, Dworkin (2002) considerou que, mesmo em casos difíceis, apenas há uma solução correta para o caso sob análise, de forma que a liberdade hermenêutica não significa discricionariedade ou soberania da Suprema Corte, mas vinculação ao direito pré-existente, corolário do Estado de Direito.

Bruce Ackerman (2006), assim como Ely, compreende que a Suprema Corte não possui legitimidade para decidir contra a vontade do povo, mesmo quando na proteção de direitos contra a maioria. Contudo, Ackerman (2006) não considera que os representantes eleitos pelo povo sejam o povo, tampouco acredita que o controle popular durante as eleições expresse a vontade popular ou que as maiorias esporádicas ou apertadas traduzam a vontade de todo o povo, distanciando-se da posição empossada por Ely.

Ackerman (2006) parte da premissa de que a constituição, particularmente a dos Estados Unidos, foi unida por uma maioria consagrada, quase unânime do povo, após um amplo, profundo e demorado debate sobre as suas disposições. Assim, considerando válida tal premissa, o jurista norte-americano considera que somente o povo poderia ser intérprete criativo da constituição. Há, portanto, em Ackerman (2006), a negação de um papel ativo do Judiciário e do próprio Legislativo.

O mesmo autor assevera que, quem desejar alterar o sentido da constituição, deve recorrer ao árduo procedimento de mudança da constituição, ou seja, ao procedimento de emenda constitucional. Aos representantes do povo, nesse raciocínio, cabe governar nos limites da Constituição e, à Suprema Corte, fiscalizar os outros órgãos para que a Constituição seja cumprida.

É ainda importante destacar o pensamento do canadense Ran Hirchl (2009),

segundo o qual a transferência de prerrogativas tradicionais do Legislativo e do Executivo ao Judiciário pode servir de instrumento a serviço das preferências políticas das elites na preservação de sua hegemonia, sem que haja necessidade de enfrentar disputadas políticas na forma constitucionalmente prevista para tomada de decisões dessa natureza.

Não se pode olvidar que o Legislativo é a instância política por excelência que, em obediência ao princípio democrático, consectário da Constituição Federal de 1988, exerce a soberania popular e legitima o Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, é legítimo que se coloque em dúvida o papel da jurisdição constitucional quando, em dissonância com institutos clássicos, realiza alterações informais no texto constitucional, especialmente por não haver conciliação entre o exercício jurisdicional e o princípio da soberania popular.

O que se verifica é que, não raramente, o STF desfaz o que foi realizado pela vontade do povo, por meio de seus representantes politicamente eleitos, de forma que desloca para um ambiente que carece da heterogeneidade das tensões sociais o poder de decisão acerca de questões políticas, tendo como resultado decisões socialmente relevantes que não possuem aparato constitucional e sequer enfrentaram a vontade popular.

Em contradição aos princípios da soberania popular e democrático, o STF, comportando-se, nos termos utilizados por Ferdinand Lassalle (2015), como uma “fonte real de poder”<sup>6</sup>, ao utilizar do instituto da mutação constitucional como justificativa hermenêutica para fundamentar suas decisões, vem, não raramente, realizando interpretações do texto constitucional que não coadunam com os anseios do povo e com a realidade social.

Como afirmam Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Ana Katarina Fonteles Soares (2008, p. 7491), “[...] o descompasso entre a efetivação das normas expressamente previstas no texto constitucional brasileiro e as exigências sociais ocasiona frequentes violações à ordem jurídica vigente, além de infirmar a realização dos direitos constitucionalmente garantidos”.

Aceitar que tais decisões sejam proferidas pelo STF, sem atendimento à progressividade da realidade social tutelada, é o mesmo que admitir que o poder deliberativo último não emana do povo, mas sim do STF. O jogo democrático passa a ser exercido por integrantes da cúpula do Judiciário, e não por meio dos representantes eleitos.

Lima e Soares (2008, p. 7491) refletem sobre o caráter estritamente simbólico atribuído ao povo pelas fontes de autoridade: “[...] Entre nós, o povo sempre foi muito mais um símbolo constitucional do que fonte de autoridade – o que apenas serviu ao aumento da distância entre as disposições constitucionais e o meio político e social constitutivo do

---

6. Ferdinand Lassalle (2015, 37-38) afirma: “Os fatores reais de poder que governam no seio de cada sociedade são esta força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em essência, mais do que são”.

país”.

É, nesse sentido que, adiante, passa-se à conceituação da mutação constitucional, desde as concepções clássicas às conceituações contemporâneas, para que, posteriormente, seja entendido o papel ativo desenvolvido pelo STF ao realizar alterações informais no texto constitucional.

## **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTITUTO SOCIAL: ORIGEM E CONCEITOS**

As primeiras noções acerca do instituto da mutação constitucional advieram do Direito Público alemão, ponto de partida, portanto, para o desenvolvimento histórico da sua conceituação<sup>7</sup>. Necessário, então, faz-se retomar a base central das constituições dos Estados alemães – antes da unificação e após meio século da invasão napoleônica – que se baseavam no “princípio monárquico”, ou seja, do monarca como titular do poder soberano.

Nesse contexto, a escolha por uma constituição refletia a vontade do monarca de se “autolimitar”. Não obstante, na prática, o monarca possuía amplo domínio da dinâmica do Estado, esboçado, principalmente, na possibilidade de convocar corpos representativos e no poder de sanção sobre as deliberações dos órgãos atinentes à liberdade, à propriedade e ao orçamento (CALDWELL, 1997).

A construção do Direito Constitucional esteve igualmente atrelada ao princípio monárquico, de forma que a teoria constitucional da Alemanha, no século XIX, não voltava esforços para a necessidade de promulgação de uma constituição em que o povo fosse titular da soberania estatal, mas estava concentrada em criar mecanismos e teorias com a finalidade de obstar os impactos do constitucionalismo moderno na dinâmica política imperial. O monarca foi posto como centro, ao passo que os direitos fundamentais foram reduzidos a práticas bondosas conferidas pelo monarca ao seu povo, e o Parlamento funcionou, tão somente, como uma comissão legislativa (MAIA, 2010).

As Revoluções de 1848, nos Estados alemães, objetivaram a criação de um Estado baseado na soberania popular, e não em uma monarquia constitucional; no entanto, com o insucesso das revoluções, os Estados que até então não possuíam constituição, passaram a adotar a monarquia constitucional (CAENEGEM, 1996). À contramão, na Prússia, a Constituição de 1848 foi substituída pela Carta de 1850 que, apesar de assegurar mais

---

7. Nesse tocante, é interessante a análise feita por Lopes, Marques e Moura (2018, p. 209) acerca do início dos estudos envolvidos à mutação constitucional: “[...] O fato de ter sido um representante dessa Escola [Escola Alemã de Direito Público] configura um interessante paradoxo científico, na medida em que foi essa Escola a que se propôs a estudar o Direito Público de forma isolada, ou seja, afastando de seu conteúdo qualquer dinamismo da vida social e a política”.

poderes à Assembleia representativa (*Landtag*), conferia ao rei, Frederico Guilherme IV, o poder de pactuar tratados, declarar a guerra e a paz, tornando-o imune de figurar como réu em processos judiciais (CALDWELL, 1997).

No início dos anos de 1860, Guilherme I assumiu como novo Monarca na Prússia, onde adotou um conjunto de normas que objetivavam o aumento de fundos para expedientes militares, o que incluiu o alargamento do serviço militar obrigatório de dois para três anos. Sob argumentos políticos e financeiros, a maioria da Assembleia discordou das medidas adotadas pelo novo Monarca, ocasião em que o *Landtag* aprovou projeto exigindo que o orçamento militar fosse minuciosamente discriminado; como reação, Guilherme I dissolveu a Assembleia.

Contudo, a crise entre o Monarca e o *Landtag* não foi solucionada, visto que os novos eleitos representavam uma quantidade ainda maior de opositores à monarquia, quando comparados à Assembleia dissolvida. Para salvaguardar a Coroa, o político e diplomata Otto von Bismarck foi nomeado como Primeiro-Ministro da Prússia. Bismarck não acreditava que a Constituição prussiana possuísse disposições suficientes para a resolução do conflito, defendendo que a Coroa constituía uma entidade prévia e superior à Constituição, cabendo ao Monarca resolver a divergência instaurada (CALDWELL, 1997).

Os liberais<sup>8</sup>, em resposta, afirmaram que o Monarca sim deveria se submeter à Constituição. Diante do impasse, Bismarck determinou que o orçamento militar do ano anterior fosse aplicado até a aprovação de um novo; não obstante, o prestígio militar de Bismarck – que, dentre outras conquistas, obteve sucesso no ataque da Prússia à Áustria, em 1866 – fez com que o *Landtag* permitisse a aprovação retroativa do orçamento, fato que, apesar de dar fim à crise, significou o reconhecimento da possibilidade de a Assembleia controlar o orçamento público (CALDWELL, 1997).

Foi nesse contexto que, às vésperas da unificação alemã, Paul Laband (2007), jurista pertencente a Escola Alemã de Direito Público, lançou um texto em que analisa o conflito existente em 1870 e oferece uma nova metodologia de compreensão da Constituição, que exclui qualquer aspecto não jurídico – isso porque, para Laband (2007), as discussões políticas agravaram o debate concernente à lei orçamentária.

Ao realizar uma análise da Constituição prussiana – especialmente no que tange ao artigo 62, que afirmava que a função legislativa era exercida tanto pelo *Landtag* como pelo Monarca, e ao artigo 99, que definia a lei orçamentária como lei – Paul Laband (2007)

---

8. Os ideais liberais, assentados pela burguesia em ascensão, rejeitavam a ideia de direito divino, na qual os governantes eram pessoas eleitas por Deus para governar o povo, de forma a defender o fim das monarquias absolutistas. Dessa forma, sustentavam o fim ou limitação do poder dos monarcas, com a instituição de monarquias constitucionais ou repúblicas como forma de governo, e a garantia da liberdade produtiva e comercial.

entendeu que o artigo 99 tratava de assuntos relativos à economia e à administração pública, interessando, portanto, mais ao Executivo (monarca) que ao Legislativo (*Landtag*).

Nesse diapasão, segundo relata Peter C. Caldwell (1997), Laband concluiu que as questões orçamentárias deveriam ser deixadas para o Monarca, sendo o texto da lei apenas uma formalidade que não deveria ser interpretada em seu sentido literal, mas de acordo com a realidade vivenciada pelo Legislativo e pelo Executivo. Aqui, é possível verificar as tendências do jurista alemão em considerar a realidade na interpretação das normas jurídicas.

Em 1871, foi aprovada uma nova Constituição, símbolo de um longo processo de unificação que apenas foi possibilitado pela dissolução da rivalidade entre a Prússia e a Áustria. A Federação alemã totalizava vinte e cinco Estados-membros, dentre eles repúblicas na forma de cidades livres, monarquias – organizadas em reinos, principados e ducados – além da Alsácia-Lorena, como território do Império. Assim, os Estados possuíam, cada qual, organização política própria e constituíram suas constituições, de acordo com os interesses locais (PEDRON, 2012).

O extenso quadro de diversidade fez com que os ordenamentos particulares dos Estados não estivessem adaptados ao sistema do Império, provocando insegurança jurídica. Nesse contexto, Paul Laband (2007), ao firmar a separação entre Direito e Política como pressuposto metodológico fundamental, inicia os estudos que propiciaram uma maior aproximação entre o texto legal e a realidade vigente.

Na perspectiva teórica de Laband, o Direito deveria ignorar os fenômenos de natureza política, além de ser interpretado sem a incursão de questões valorativas que pudessem influenciar na imparcialidade e na cientificidade do jurista. Há, em Laband, a dispensa de qualquer aspecto histórico, político ou filosófico.

Flávio Quinaud Pedron (2012 p. 89), acerca das reflexões de Paul Laband, assevera:

[...] Toda a sua finalidade revela-se, portanto, na descrição das normas a partir dos textos normativos, ignorando intencionalmente qualquer outra questão que pudesse aparecer. Ou seja, a dogmática jurídica para Laband deveria ser “miópe” para tudo aquilo que não fosse matéria exclusivamente jurídica. E, com isso, fecham-se as portas para uma discussão sobre a legitimidade e os limites dos atos estatais. Além do mais, a ação estatal identificava a incorporação da “vontade do Estado” e da “sociedade” como uma só, e, assim, o jurista não era autorizado a discuti-la, dada as suas feições metajurídicas. É importante, então, resgatar a lógica trazida por trás do antigo “princípio monárquico” que aqui parece ter adquirido uma “nova roupa” e um novo nome, mas funcionando com efetividade idêntica à lógica da Constituição Prussiana.

Não obstante Laband tenha se preocupado em descrever a Constituição como uma

figura normativa – com a finalidade de assegurar a estabilidade e a continuidade do Estado –, o jurista alemão afirmava que a ação do Estado é capaz de realizar modificações na constituição, sem atender a procedimentos formais específicos, em claro reconhecimento do instituto da mutação constitucional.

No entanto, o jurista não se preocupou em aprofundar os estudos acerca da legitimidade do instituto ou das hipóteses de cabimento da mutação, concentrando-se, precipuamente, na identificação da mutação constitucional. Carlos Victor Nascimento dos Santos (2015, p. 82, grifo nosso) elucida:

Apesar das controvérsias existentes acerca do surgimento e primeira formulação da ideia de mutação da Constituição, a doutrina tradicional aponta Paul Laband como precursor da ideia, alegando ter ele criado o conceito de *Verfassungswandlung* – mutação constitucional, que se contrapunha a *Verfassungsänderung* – reforma constitucional. **A ideia de mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permaneça intacto.**

O amadurecimento do conceito da mutação viria, posteriormente, com Georg Jellinek (1991), no final do século XIX, ao afirmar que a mutação constitucional deve ser fundamentada na teoria do fato consumado por demonstrar uma situação já consolidada no tempo. Logo, havendo mudança consolidada na realidade regida pela constituição, poderia haver a alteração do sentido da norma constitucional, visto que o seu sentido literal não mais seria capaz de atender as demandas sociais.

Nesse diapasão, Georg Jellinek, fez uma diferenciação entre reforma e mutação constitucional que, embora não apareça de forma mais elaborada, possui o traço inovador e distintivo ao se referir à “intenção” de mudança, de forma que:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991, p. 7).

Jellinek (1991), em consonância com o pensamento já adotado por Laband (2007), põe em evidência o Estado como peça central do Direito Público, cuja “vontade” representa a forma máxima de transformação não apenas do cenário político, mas também jurídico-constitucional. Assim, em Jellinek (1991), não há poder de fato que possa impedir o Estado de realizar mudanças intencionais – ou seja, reformas – na Constituição. Além disso, o jurista aduz que a Constituição alemã não traz mecanismos suficientes para resolver a questão, tampouco tratamento jurídico hábil para ser utilizado quando realizada a reforma

constitucional (JELLINEK, 1991).

Dessa forma, conclui pela omissão da Constituição em diversas disposições, o que traria a necessidade de o Legislativo e o Judiciário desenvolverem interpretações e definições para atribuir sentido a algumas passagens do texto constitucional, propiciando o instituto da mutação constitucional. Acerca do pensamento de Georg Jellinek, são relevantes as contribuições trazidas por Pedron (2012, p. 94-95):

[...] Assim, se, por um lado, o Legislador fixa o sentido de determinado texto constitucional ao elaborar uma lei, por outro, o Judiciário, igualmente, assim age no curso da consolidação da jurisprudência. Essas interpretações – seja pela elaboração de uma Lei que interprete determinada figura constitucional, seja pela decisão de um Tribunal – podem acabar fixando sentidos que vão de encontro com o texto constitucional, provocando alterações em sua compreensão.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha foi transformada em uma República, o que culminou na promulgação da Constituição de 1919 (Constituição de Weimar), a qual, radicada na soberania popular, não apenas trazia normas de organização do Estado, mas também direitos fundamentais individuais e, de forma inovadora, os direitos sociais (URRUTIA, 2000). Além disso, diferentemente do tempo do Império, a Constituição de Weimar possibilitou o funcionamento do Judiciário como local para dirimir conflitos sobre a jurisdição constitucional, acarretando modificações no cenário jurídico.

Aponta Gilberto Bercovici (2004) que, diante da instabilidade política do período, a Constituição de Weimar não foi elaborada por uma maioria, fato que teve como reflexo um texto constitucional não-homogêneo, que evidenciou o embate entre forças políticas opostas. O texto constitucional instável e precário suscitou diversas críticas, já que não trazia grandes definições acerca de políticas que viabilizassem o cumprimento de suas disposições.

A primeira reação dos juristas foi criticar a Constituição, acusando-lhe de não possuir conteúdo jurídico e de ser mera expressão da Política. Em um segundo momento, a partir de 1923, buscou-se uma interpretação que fosse capaz de otimizar os direitos e as garantias fundamentais previstos no texto constitucional, porém, foi preservada a distinção entre “direitos liberais de defesa e os direitos de prestações, relegados como tarefas de concretização legislativa” (BERCOVICI, 2004, p. 29). Em 1930, foi iniciada uma nova fase de interpretação dos direitos fundamentais, na qual “[...] os direitos eram o campo de batalha dos decretos de emergência e da adversidade constitucional que se iniciava” (BERCOVICI, 2004, p. 29). A partir de então, a relação entre Direito e Política ganhou novos contornos, deixando de lado a “miopia” do período anterior que ignorou a necessária comunicação entre Direito e Política.

Nesse contexto, Hermann Heller (1998), como autor que faz contraposição à tradição positivista, explica a Constituição sob um duplo aspecto, a qual ora funciona como estrutura política que possibilita a organização estatal, ora como base que ampara todo o fundamento legal do Direito. Dessa forma, o autor busca conciliar o dinâmico com o estático, normalidade com normatividade, de forma a ressignificar, dialeticamente, a antiga relação kelseniana de “ser” e “dever ser”.

Ainda em Heller (1998), a Constituição, em razão da expectativa de manutenção das condutas por ela disciplinada, permanece no tempo, o que denominou de “normalidade do fato”. Todavia, em uma constituição, além da normalidade, há uma parte não normalizada. Como normalidade, Heller (1998) entende não apenas a existência de regras juridicamente organizadas, mas também de “regras de previsão”, consistentes na possibilidade de repetição de condutas pela coletividade que, após constatação empírica, geram expectativas de observância e permitem a convivência entre os membros da sociedade.

Heller (1998) lança, ainda, o conceito de normatividade, concernente ao agir conforme critérios positivos de valor, que pode se dar por fatores jurídicos ou extrajurídicos, como princípios constitucionais e princípios gerais do Direito. Assim, a normalidade cria a normatividade e, igualmente, a normatividade cria a normalidade.

Por não possuírem conteúdo preciso, os princípios serviriam tanto como parâmetro interpretativo para os magistrados, como pauta para os legisladores, de forma que a normatividade estaria em constante busca pela normalidade; caso alcançada, o sistema jurídico poderia ser preservado e seria mantido o ordenamento constitucional. Não obstante, em alguns momentos, a normatividade não alcança a normalidade e, por conseguinte, perde a capacidade de “normalizar”, revelando que a realidade pode ser mais forte que a norma positivada, o que dá ensejo à mutação constitucional (URRUTIA, 2000).

Por entender que a teorização de Laband e Jellinek acerca da mutação constitucional não realiza uma compreensão dinâmica da constituição, Heller (1998) critica duramente os estudos dos autores.

Ademais, embora Heller não admita que o Direito possui lacunas, o jurista afirma que a prática judicial levanta a exigência de que, nas decisões proferidas, as normas sejam ajustadas ao contexto e à realidade tutelada, devendo, para tanto, os magistrados compartilharem de argumentos éticos e políticos da sociedade, para, então, realizar a dialeticidade entre norma e realidade (CALDWELL, 1997).

Hermann Heller, em sua obra póstuma, “Teoria do Estado”, publicada em 1930, afirmou entender:

[...] a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando para a existência de elementos não jurídicos que atuariam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado para a reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais. (SANTOS, 2015, p. 84).

Rudolf Smend (2002), outro importante pensador do período de Weimar, recebe destaque no cenário jurídico ao desenvolver um método científico-espiritual por meio da propositura de uma teoria integracionista. Smend, ao rejeitar o postulado kelseniano de separação entre “ser” e “dever ser”, compreende o Estado como uma realização cultural – característica que lhe faz estar em permanente modificação.

A mudança da Constituição seria, nesse sentido, motivada pela busca da concretização da função integrativa<sup>9</sup> do Estado que, segundo indicado por Smend (2002), pode se dar: 1) pela integração pessoal, determinada por um líder, por uma burocracia política ou pelas elites políticas; 2) pela integração funcional, esta realizada por um sentido coletivo, que faz uma síntese da vontade geral da comunidade, exemplificada por processos sociais como uma manifestação popular; e 3) pela integração material, construída por símbolos e por objetivos comuns que justificam a existência do Estado e fazem com que a ordem jurídica seja válida.

Com isso, o jurista (SMEND, 2002) afirma que a constituição, em si, não é capaz de regular todos os aspectos da vida estatal, razão pela qual exige uma interpretação extensiva e flexível, que se adeque à realidade cultural do povo tutelado – pensamento que traz o pressuposto do conceito de mutação constitucional, como meio de controle para as forças sociais em constante mudança.

Ressalvadas as diversas e importantes contribuições trazidas pelos autores alemães até então explanadas, considera-se que foi o jurista chinês Hsü Dau-Lin, discípulo de Smend, o primeiro a sistematizar a teoria das mutações constitucionais. O autor reconhece que os primeiros passos acerca da teoria foram dados por Laband e Jellinek, mas irá além ao propor um estudo com maiores especificidades.

Na obra de Dau-Lin é possível identificar que a discussão mantida entre os teóricos esteve baseada em uma contraposição entre as normas positivadas e a situação jurídica real (PEDRON, 2012). Para o Dau-Lin (1998), a mutação constitucional demonstra o distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social, de forma a revelar

---

9. Aqui, importante aclarar, nas palavras de Maia (2010, p. 12, grifo próprio), que “[...] é vã a procura por um conceito preciso de integração. Utilizando-se de um estilo um tanto ‘pendular’, ‘oscilante’ para assim dizer, Smend não se preocupa em dar definições rígidas e precisas. Sintomático dessa impostação é o exemplo dado pelo próprio Smend: convidado para confeccionar um verbete sobre o que vem a ser a ‘teoria da integração’, ele sublinhou bem o caráter oscilante desse conceito ao afirmar que em seus escritos a integração é definida de modo ‘ora mais intransitivo enquanto conexão de experiências vividas, ora mais transitivo enquanto atividade ou efeito dos fatores que animam (*sorregono*) o Estado”.

uma nova ordem política.

Nesse viés, a mutação seria um instituto moderno e associado a uma constituição formal e rígida, isso porque, não havendo no Estado uma constituição escrita, a dissonância entre a realidade e o texto normativo seria dificilmente evidenciada (SACCHETTO, 2015).

Hsü Dau-Lin, como explica Flávio Quinaud Pedron (2012), desenvolve a ideia de que a mutação constitucional não significa um momento de crise para a Teoria do Estado, mas assume a tese de que o instituto, na realidade, é figura que deve integrar o conceito de Constituição sob uma perspectiva dinâmica. O jurista chinês, realizando uma leitura smendiana, traz a mutação constitucional como uma premissa para a manutenção da unidade do Estado e para o próprio caráter evolutivo da realidade social.

Outro autor com importantes contribuições para a compreensão do instituto da mutação constitucional é Karl Lowenstein. O ponto de partida dos estudos de Lowenstein (1976), inserido em um contexto de transição entre a República de Weimar e fervor nos debates após a Segunda Guerra Mundial, é a compreensão de que os três motores sociais são: amor, fé e poder – os quais estão entrelaçados.

Nos estudos deste autor (LOWENSTEIN, 1976), o poder é a figura que ganha maior relevância, poder este que é esteticamente neutro, não fazendo juízo de valor sobre o bom ou o mal, existente apenas para ser observado no interior da sociedade. É, pois, para Loewenstein (1976, p. 26), a sociedade um “[...] sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral, cultural ou de outro tipo”, a qual é controlada por um soberano, autorizado juridicamente ao exercício do poder.

Loewenstein (1976) entende que o que distancia o Estado moderno, que se quer democrático, de um Estado autoritário, é a capacidade que aquele possui de equilibrar as distintas expressões de poder dentro da sociedade, não havendo, por conseguinte, centralização de poder em favor de um grupo dominante. É, por esse motivo, que entende-se por necessária uma limitação do poder para a manutenção da democracia, que deve se dar por meio do constitucionalismo – um acordo da comunidade com o estabelecimento de regras fixas capazes de vincular os detentores e os destinatários de poder, celebrado em um documento político-jurídico, chamado de Constituição.

Desse modo, cabe à Constituição o desenvolvimento de mecanismos capazes de limitar o poder do Estado. Loewenstein (1976) discorre acerca de uma constituição de natureza ontológica, ou seja, que se refira ao “ser”, constituída a partir de princípios e normas fundamentais, consubstanciando o marco da luta por controle e pela limitação do poder.

É ainda importante a distinção feita pelo mesmo autor acerca da constituição formal –

que tem suas normas formalizadas em um documento – e da constituição material, referente a um conjunto de normas que, mesmo constantes em documentos jurídicos diferentes, incorporam o espírito da constituição. A constituição formal, segundo Loewenstein (1976), simboliza a democratização do processo do poder político, especialmente por ser elaborada no interior de uma assembleia nacional ou constituinte, eleita pelo povo para esse fim.

Karl Loewenstein (1976) concebe a Constituição como um “organismo vivo”, dinâmico e em constante movimento, que não se submete a um sistema de fórmulas rígidas. Nesse sentido, a reforma e a mutação constitucional são formas de manutenção do processo de acomodação do texto constitucional na realidade que tutela, de forma que a justificativa para alterações no texto constitucional – por ambos os meios – estaria na busca pela manutenção do “sentimento constitucional”<sup>10</sup>, descrito por Loewenstein como a consciência da comunidade que integra. É, portanto, a Constituição um mecanismo de vinculação do processo político aos interesses da comunidade.

Loewenstein (1976) designa, ainda, dois sentidos para a reforma constitucional, sendo: 1) formal, consubstanciado no modo pelo qual o texto da Constituição deve ser alterado; e 2) material, entendido como o resultado objetivo do procedimento da emenda constitucional.

Em elucidação ao pensamento de Loewenstein, Pedron (2012, p. 123), afirma que o autor germânico entende a mutação constitucional como “[...] uma transformação no plano da realidade, da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal mudança seja atualizada no texto (documento) constitucional”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Terceiro *Reich* foi dissolvido, assim como a organização jurídica que nele imperava. A declaração de Berlim de 1945 dividiu a administração do território alemão entre França, Grã-Bretanha, Estados Unidos e União Soviética, havendo, em cada zona, um Conselho de Controle que, reunidos em apenas uma, formavam o Conselho de Controle Aliado de Berlim. A Alemanha recuperou sua independência apenas em 1955, quando revogado o estatuto de ocupação que, até então, a República respondia.

Os Conselhos funcionaram até 1948, quando as potências ocidentais, que formaram os Aliados durante a Segunda Guerra, concordaram com um governo central que, apenas em 1949, adquiriu concretude sob a forma de República Federal da Alemanha, com capital em Bonn. Não obstante, ainda em 1948, sob controle dos Aliados, a Assembleia

---

10. Pablo Lucas Verdú (2006), em defesa da tese do sentimento constitucional, afirma que tal sentimento teria como finalidade reduzir o déficit entre o texto constitucional e a realidade tutelada, e legítima a Constituição por meio do compartilhamento de valores por uma mesma sociedade. Nessa linha, as alterações constitucionais – seja por reforma ou por mutação – são válidas se realizadas em concordância com o substrato axiológico da comunidade.

Constituinte – composta por seleto grupo de juristas alemães e aprovada pelos Legislativos estaduais, contudo, sem participação popular – reuniu-se na cidade de Bonn, para elaborar o documento que ficou conhecido como “Lei Fundamental de Bonn”. O documento, que não recebeu propriamente o nome de constituição, deixava claro o seu caráter temporário ao dispor que um novo texto deveria ser elaborado, quando fosse possível uma participação ativa do povo alemão (PEDRON, 2012).

A Lei Fundamental de Bonn previu um amplo capítulo acerca dos direitos fundamentais, reconhecidos como invioláveis e inalienáveis, bem como estabeleceu a dignidade da pessoa humana como base fundadora da nova ordem. Com isso, houve uma incorporação de normas com elevado teor axiológico, além do alargamento da jurisdição constitucional, como forma de proteger os direitos fundamentais e a Lei Fundamental<sup>11</sup> (VIEIRA, 1999). Analisa, ainda, Vieira (1999), a inversão lógica jurídico-política alemã ocorrida durante esse período, em que o Estado, que era concebido como entidade espiritual superior, passa a ser visto como instrumento para a realização de direitos inalienáveis.

Para Konrad Hesse (2009), a Constituição é o conjunto normativo fundamental que estabelece uma relação de superioridade e de primazia sobre o ordenamento jurídico interno e vincula todos os poderes públicos, que devem respeitá-la. Destarte, como forma de garantir a vinculação do poder estatal e prezar pela correta obediência de suas normas, o próprio texto da Constituição estabelece uma forma especial de jurisdição, a jurisdição constitucional.

Observa, ainda, Hesse (2009) que a realidade social exerce pressão sobre o conteúdo constitucional, de modo que, se a Constituição não atende às mudanças sofridas pela comunidade, o seu conteúdo poderá restar petrificado e, como consequência, o texto constitucional perderá as suas funções. Afirma Hesse (2009, p. 13-14) que “[...] o tempo deixa defasada a Constituição, e, [...] degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento”.

Acerca da alteração dos dispositivos constitucionais, assim como outros pensadores já analisados, Hesse (2009) afirma que pode se dar de duas formas: por meio da reforma ou da mutação constitucional, entendendo esta como a modificação do conteúdo constante no texto constitucional, sem haver alteração literal em seu texto. Além disso, Hesse (2009) compreende que tanto a reforma como a mutação são ferramentas válidas e necessárias para a “realização” da constituição, ou seja, para a sua capacidade de “[...] operar na realidade e na vida histórica de forma determinante e reguladora” (HESSE, 2009, p. 96), o

---

11. Conforme afirma Vieira (1999), ao dispor sobre direitos fundamentais – notadamente no que tange à referência à dignidade da pessoa humana – a Lei Fundamental de Bonn simbolizou uma clara reação ao nazismo e ao decisionismo que marcou a corrosão do período de Weimar.

que passou a denominar de “força normativa da constituição”.

Em que pese a realização de diversas pesquisas, por autores, ao longo dos séculos, ainda não havia estudos relacionados aos limites que deveriam ser atribuídos ao instituto da mutação constitucional. Nesse contexto, Hesse (1991) é um dos primeiros doutrinadores a discutir tais limites ao alertar sobre a impossibilidade de o fato preponderar sobre a norma, sob risco de perda da força normativa da Constituição.

Hesse (1991) aduz que o texto da norma limitaria a realização de mutação constitucional; “[...] o autor, em verdade, defendia o equilíbrio entre a estrutura normativa e a realidade constitucional, alegando a impossibilidade de a norma constitucional estar desprovida de conteúdo e dissonante da realidade social” (SANTOS, 2015, p. 84).

Quando os limites são ultrapassados, há a modificação do próprio texto da Constituição, que apenas poderia se dar pela reforma constitucional. Não obstante, a reforma também possui limites, visto que os textos representativos das normas que marcam a identidade do texto constitucional devem ser mantidos intactos (HESSE, 2009).

Acerca dos limites estabelecidos por Konrad Hesse, dissertam Lopes, Marques e Moura (2018, p. 209):

O fulcro da teoria de Konrad Hesse acerca dos limites da mutação constitucional está na sua teoria da força normativa da constituição. O autor, ao demonstrar a essência da constituição, contrapõe-se ao pensamento de Ferdinand Lassalle, para o qual ‘[...] questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas.’. Para Hesse, se a constituição for reduzida à expressão da realidade fática, perderá sua própria natureza de norma jurídica, e, por conseguinte, sua normatividade, sendo somente um elemento legitimador das relações de poder dominantes, ‘Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes’. Além disso, preconiza que a percepção da norma deve ser fruto de um exame ordenado e conjuntivo entre a realidade e a normatividade, não se podendo cogitar, como faz Lassalle, de uma separação radical entre elas. A partir disso, Hesse afirma que somente as alterações ocorridas dentro da realidade constante do âmbito da norma poderiam ensejar um processo informal da sua mudança, ‘uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa’. Dessa forma, o próprio texto normativo expõe os limites para a ocorrência dos processos informais da sua mudança.

Há, ainda, de pontuar as contribuições de Friedrich Müller, que notou a ausência de uma detalhada fundamentação no processo de interpretação normativa do texto constitucional. Müller (2008), por meio de sua teoria estruturante<sup>12</sup>, visa diferenciar o

12. Müller (2008) desenvolve sua teoria partindo da premissa de que o texto normativo não coincide com a norma, uma vez que são apenas enunciados de normas, ou seja, elementos iniciais da norma que serão produzidos no processo de tomada

programa normativo e o âmbito da norma, aspectos necessários à concretização da norma e ao alcance da decisão judicial adequada ao caso concreto.

Segundo Müller (2008), a interpretação dos fatos de um caso, realizada através de técnicas hermenêuticas, doutrina e, inclusive, elementos que não estão na lei ou na jurisprudência, elabora o programa normativo, que não deve se distanciar do texto literal. O resultado da aplicação do programa normativo aos fatos relevantes para a formação da norma jurídica levará ao âmbito normativo que, por sua vez, é o resultado de um segundo processo de concretização parcial, no qual são levantados “dados reais” – elementos jurídicos ou não jurídicos<sup>13</sup> – que, diante do caso a ser resolvido e do texto legal a ele correspondente, precisam ser considerados.

Seguindo a teoria proposta por Müller (2008), o instituto da mutação constitucional deve ser entendido como o resultado de mudanças que ocorrem dentro do âmbito da norma e, portanto, considerado como um processo que ocorre na estrutura da própria norma jurídica, possuindo a norma tanto como ponto de partida como limite para eventuais alterações.

Se a norma é integrada com dados reais que constituem o chamado âmbito da norma, as mudanças ocorridas nesse escopo e definidas pelo programa normativo levarão a alterações no conteúdo da própria norma, de modo que a essência da mutação está em uma transformação real, no contexto social vivido, que resulta em uma mudança no significado tradicionalmente atribuído à norma através da interpretação.

Uadi Lammêgo Bulos (1997), jurista brasileiro, em sua obra denominada de “Mutação Constitucional”, assevera que a mutação é a alteração legal que permite que, independentemente das mudanças formalmente previstas, as constituições possam ser renovadas, atingindo novos significados, para melhor atender aos anseios da sociedade. Essa modificação da norma visa tratar o *déficit* de sinergia de um texto normativo com a realidade fática que busca captar e regular, sem que, para tanto, haja modificação do texto constitucional escrito.

Nas palavras de Bulos (1997, p. 57, grifos originais):

[...] denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

---

de decisão.

13. O âmbito da norma pode advir de elementos jurídicos (prazos, datas, normas processuais), ou não (valores). Por exemplo, na concretização de direitos fundamentais, poderão surgir casos em que a análise do âmbito normativo não terá o Direito como fonte, sendo necessária uma análise mais aprofundada para que haja congruência com o programa normativo.

A sociedade possui exigências, necessidades e situações que se renovam com o decurso do tempo, tornando inevitáveis as mudanças lentas e graduais na acepção das normas constitucionais, afinal, o Estado é uma formação social que precisa partir de um ponto cronológico, correlacionando o passado com o futuro, para ser eficaz na tarefa de tutelar seus jurisdicionados. A Constituição, como o conjunto de regras que o regula, necessita ser, ao mesmo tempo, norma e realidade.

A imprevisibilidade das mudanças ocorridas na sociedade não permite enumerar de forma taxativa as hipóteses de modificação de um dispositivo constitucional sem a interferência do poder reformador (poder instituído pelo constituinte originário para modificar formalmente normas constitucionais já estabelecidas), por essa razão, inexistente unanimidade doutrinária quanto às modalidades pelas quais podem se dar as modificações informais das normas de uma Constituição.

Na concepção de Bulos (1997, p. 61), “podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão”. O doutrinador reitera a importância dos grupos de pressão (sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos religiosos, filosóficos, artísticos, organizações civis, militares, dentre outros) para o processo de mudança constitucional. Bonavides (2003, p. 428) contribui ao afirmar que “[...] são [os grupos de pressão] parte da Constituição viva ou da Constituição material tanto quanto os partidos políticos e independente de toda institucionalização ou reconhecimento formal nos textos jurídicos”.

Embora sejam diversas as classificações atribuídas ao instituto, a doutrina é uniforme ao classificar a mutação por interpretação judicial, tido como um dos processos mais eficazes de mutação constitucional diante da alta abstratividade das normas constitucionais. Na mutação constitucional por interpretação judicial, o intérprete, utilizando-se de métodos hermenêuticos, pode modificar o significado, o alcance e o sentido dos preceitos constantes no texto constitucional.

Realizada uma síntese acerca dos principais pontos doutrinários envolvidos à mutação constitucional, é possível perceber que os contornos acerca do instituto, de maneira progressiva, foram ganhando novos elementos, como os limites atribuídos por Konrad Hesse. Contudo, também é verificado que a conceituação clássica une os autores ao compreender o instituto da mutação constitucional, em linhas gerais, como o resultado de um processo hermenêutico de atualização dos significados das normas, o qual decorre da progressividade das mudanças valorativas sociais, devendo respeitar os limites de interpretação do enunciado normativo, impostos pelo constituinte originário.

Logo, é indispensável à constatação do instituto e, por consequência, utilização como método hermenêutico de interpretação das normas, uma prévia mudança na realidade da sociedade que tutela, detentora da soberania popular, para que, apenas então, haja legitimidade para invocação e utilização da mutação constitucional.

Embora a conceituação da mutação constitucional pressuponha uma alteração na realidade social para que haja a mudança informal do texto da constituição, quando observada a atividade jurisdicional brasileira, denota-se que o STF vem, reiteradamente, utilizando do instituto de maneira iminentemente retórica, como forma de alargar seus poderes.

O destaque dado pelos ministros do STF para as mutações constitucionais tem primado mais pelos erros que pelos acertos ao desconsiderar a natureza do instituto e, repetidamente, confundir o papel interpretativo do poder jurisdicional com um papel legislativo, problemática que será analisada, por meio de casos concretos, no capítulo III deste trabalho. O poder legiferante encabeçado pelo Judiciário ocasiona violação aos princípios da soberania popular e democrático – visto que o povo, enquanto titular do poder constituinte, atribuiu aos membros do Legislativo e, em situações determinadas, ao Executivo, a competência para legislar.

## **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MUTAÇÃO VS. ATIVISMO JUDICIAL**

Na cultura tradicional jurídica, separa-se Direito e Política. Nesse tocante, interessante se faz trazer as análises sociológicas traçadas por Niklas Luhmann, sociólogo alemão, considerado um dos autores mais importantes das ciências sociais no século XX.

Luhmann, utilizando-se de conceitos oriundos de outras áreas<sup>14</sup>, a exemplo da Biologia e das tecnologias inovadoras (como a cibernética e a neurofisiologia), preocupado com a complexidade do mundo, propôs uma teoria geral dos sistemas sociais, que busca a redução de tal complexidade ao tentar explicar a forma de nascer ordem do caos. A grande contribuição de Luhmann para a compreensão do Direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingência do agir, elencadas pelo autor como as principais características da sociedade moderna.

Na perspectiva do sociólogo alemão, as sociedades contemporâneas são marcadas pelo alto grau de complexidade, capaz de apresentar ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências, ações e comunicações, todavia, contrapostas à limitada capacidade de se efetivar todas as alternativas, de forma que “[...] sempre existem mais possibilidades

---

14. Para Luhmann, os tradicionais conceitos de sociologia foram imprescindíveis ao Iluminismo, mas não foram capazes de solucionar os problemas da sociedade contemporânea (KUNZLER, 2004).

que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Logo, há uma grande quantidade de ações, comportamentos e possibilidades humanas que estão sempre dispostas a serem efetivadas.

Tal complexidade se liga à ideia de contingência que, de acordo com Luhmann (1983, p. 45), significa dizer que as “[...] possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”. Abre-se um leque de possibilidades (complexidade) que faz necessária a escolha e a decisão, mas, diante das diversas opções, uma decisão pode ser diferente do que efetivamente é. Isso se dá porque cada movimento e evento da sociedade sempre poderia ter ocorrido de outra forma, havendo, por conseguinte, um constante “perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

Ao refletir os elementos da complexidade e da contingência, a sociedade moderna pode ser caracterizada pelo abandono progressivo das cosmovisões unificadas do mundo – existentes nas sociedades pré-modernas. O que antes poderia ser considerado como seguro é, hoje, marcado por indeterminação e por risco. Não há mais nenhum sentido determinado aprioristicamente, em razão de uma sociedade que se redescobre dentro de um novo tempo, em que passa a depender, unicamente, do resultado de suas próprias decisões, sem recorrer a fundamentações morais últimas e normas superiores externas.

A evolução social possibilita uma complexidade incontrolável de ações, valores e interesses quanto a uma pluralidade de esferas autônomas de comunicação – como o Direito, a Política e a Economia – que passam a operar dentro de uma lógica própria. Cada um dos subsistemas sociais realizam uma função específica a ser desempenhada a partir de uma linguagem particular (LUHMANN, 1983).

Nesse sentido, para a compreensão da diferenciação entre os subsistemas, a noção de autopoiese, inspirada na biologia dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, ganha importância. Um sistema é dito autopoietico quando capaz de autorreproduzir, de acordo com mecanismos e operações próprios, importando na autonomia sistêmica (TRINDADE, 2008).

Para que as dependências do meio passem a integrar um dado sistema, é preciso que, a partir do código binário do respectivo sistema, haja uma “leitura” do ambiente. Por exemplo, para que determinada informação encontrada no sistema do Direito seja integrada ao sistema econômico, é necessário passar pelos critérios de “leitura” do sistema econômico, de acordo com o código de licitude/ilicitude daquele (TEIXEIRA, 2009). Nesse cenário, percebe-se que os subsistemas sociais são, simultaneamente, abertos e fechados, visto que os subsistemas autopoieticos são operacionalmente fechados, mas

cognitivamente abertos – apenas essa dupla condição torna os subsistemas abertos à troca de relação com o meio-ambiente.

Diante do contexto explanado é que Luhmann (2005) aduz que, partindo do ponto de vista da teoria dos sistemas, o sistema jurídico (autopoietico e operativamente fechado) pressupõe um código binário próprio, além de mecanismos e operações autônomos, que lhe distingue dos demais sistemas de funções da sociedade.

Luhmann (2005) é categórico ao afirmar que Direito e Política não compõem um único sistema, mas dois sistemas diversos. O sociólogo alemão afirma ser compreensivo historicamente à unidade anteriormente concebida entre Direito e Política, entretanto, no mundo ocidental, a imposição do positivismo da lei e o aumento frenético da promulgação de novas normas tornaram visível a separação entre Direito e Política.

Na sociedade moderna, o Direito não pode mais ser entendido apenas como instrumento para realização de programas políticos, assim como a política não deve ser entendida como um vetor de racionalidade na interpretação das normas jurídicas. Ambos os sistemas, ao se reproduzirem, decidem sobre seus próprios limites, com a ajuda de um código próprio e específico: no sistema político, isso ocorre por meio da distinção entre poder e seus subordinados (governantes/governados) ou no código do poder (governo/oposição); já no sistema jurídico, a codificação se dá na diferença entre o que é Direito e o que não é Direito.

Realizada uma breve síntese acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, retoma-se ao exame da realidade jurisdicional brasileira.

No tocante à diferenciação entre Direito e Política, Luís Roberto Barroso (2018) aduz que o Direito seria alicerçado pelas normas e pelos direitos fundamentais, enquanto a Política pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Nessa perspectiva, para evitar a utilização imprópria da justiça pela Política, são utilizados como instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos do Estado e a vinculação dos juristas à Constituição e às leis.

Conforme anteriormente mencionado, a promulgação da Constituição de 1988, como proposta ao processo de redemocratização do Brasil, transferiu ao poder jurisdicional o poder final de decisão em questões político-sociais relevantes, o que restou denominado por “judicialização” (BARROSO, 2018). A judicialização é um fenômeno no qual assuntos que, inicialmente, não eram da esfera do Poder Judiciário passaram a ser levados a ele para serem decididos.

Muito mais que um marco histórico de redemocratização, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi imprescindível para a consolidação do regime democrático.

Aliás, sem a promulgação da Constituição não haveria que se falar em judicialização no Brasil, pois “[...] sem um judiciário livre, e sem instituições livres que possam interagir com ele, toda a formulação de políticas públicas passa a originar-se nos centros autoritários de poder” (VERÍSSIMO, 2006, p. 69).

As modificações trazidas pela Constituição são características de uma ideologia conhecida como neoconstitucionalismo, que pretende explicar o conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir a partir dos anos 70: constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar poderes, mas que possuem alto nível de normas substantivas, que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de determinados fins e objetivos.

A centralidade da Constituição e a supremacia judicial vigoram no Estado Democrático de Direito. É por essa razão que a judicialização, na visão de Garapon (1999), não deve ser entendida de maneira isolada, mas sim como parte de um todo que se consubstancia no processo de transformação da democracia. Nas palavras de Garapon (1999, p. 41), “[...] O juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente”.

Acerca do assunto, compreende Luís Roberto Barroso (2018, p. 244, grifo original):

[...] a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opinião política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.

No mesmo contexto, a desconfiança popular no Estado opressivo (pós-ditadura militar) e a impossibilidade de efetivação integral do conteúdo posto no texto constitucional pelo Executivo e pelo Legislativo acarretaram o aumento das expectativas sociais por justiça e, naturalmente, da crença naqueles que se apresentam como seus efetivadores – os juízes. Garapon (1999) entende que a reorientação das expectativas políticas faz com que a opinião pública direcione suas demandas para a justiça, como referência da ação política neutra e desinteressada.

O fenômeno da judicialização advém da atuação do Judiciário em dispositivos que necessitam ser implementados por políticas públicas ou na invasão pelo poder jurisdicional na esfera de competência dos demais poderes. Nesse tocante, o termo judicialização das políticas públicas consiste na “[...] intensificação da inserção do Poder Judiciário ou dos procedimentos judiciais no processo decisório das democracias contemporâneas” (BARRETO; GRAEFF, 2016, p. 565); ao passo que a judicialização da política expressa a “[...] reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” (ARAGÃO, 2013, p. 66).

O termo judicialização da política também é utilizado para indicar ingerências do Poder Judiciário em assuntos de competência do Executivo e, principalmente, do Legislativo. Nessa senda, a concepção de Mônia Clarissa Hennig Leal (2014, p. 128) é que:

A judicialização consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição, e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...], que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional [...]. Sua principal característica reside, portanto, no protagonismo do Judiciário, que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o Direito seja, cada vez mais, um Direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.

Além disso, o abandono da autocontenção judicial rumo à participação ativa e pessoal dos magistrados em decisões que causam interferência na competência dos demais poderes, ensejou o fenômeno denominado pela doutrina de “ativismo judicial” que, embora semelhante, não se confunde com a judicialização.

É necessário salientar a divergência doutrinária existente em relação ao ativismo judicial, havendo autores que analisam o fenômeno em uma perspectiva positiva e, outros, em perspectiva negativa.

Sob o enfoque positivo, apresenta-se a concepção de Luís Roberto Barroso (2012, p. 25, grifo nosso) que, acerca da diferença entre ativismo judicial e judicialização, afirma:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. **Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.**

Ainda sob uma perspectiva positiva, é a opinião do Ministro do STF, Ricardo Lewandowski (2009, p. 81, grifo nosso) que:

[...] o protagonismo, não só do Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal, vai crescendo. E aí o Supremo passa a decidir quase no vácuo dos demais poderes, passa a decidir questões que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam. **Então, o Supremo passou a decidir questões, como as relativas à fidelidade partidária, greve dos servidores públicos, limites das pesquisas científicas, regimento jurídico das terras indígenas, uso de algemas, Direito de apelar em liberdade, vigência de incentivos fiscais bilionários, progressão de regime prisional no caso dos crimes hediondos. O que acontece? Isso vem para o Judiciário, e este não pode deixar de prestar a jurisdição. Por isso, a palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução.**

Contudo, como dito, existem as perspectivas negativas acerca do fenômeno. Nesse contexto, Francisco José de Oliveira Neto (2016, p. 206) reflete sobre o avanço do Poder Judiciário, tanto sobre questões do âmbito de competência do Legislativo, como em questões já regulamentadas, de forma a haver, na atuação jurisdicional, “[...] uma desconsideração da norma posta e sua substituição por uma compreensão da norma constitucional adequada ao ‘sentimento’ do julgador”.

É, no mesmo sentido, o entendimento de Cass Sunstein, para quem o fenômeno diz respeito à frequência com que determinado juiz invalida as ações de outros poderes, ou a frequência com que retiram a decisão da escolha dos eleitores (SUNSTEIN, 2005).

Na concepção de Lenio Streck (2016), o ativismo sempre será um fenômeno prejudicial à democracia, visto que é o retrato da adoção de posicionamentos pessoais de juízes e tribunais para oferecer resposta ao objeto da judicialização. O fruto do ativismo é uma decisão em que a vontade do julgador substitui um debate que pertence à esfera política. Nessa senda, Luigi Ferrajoli (2008) assevera que a sujeição à lei, que habilita sua aplicação e execução, não habilita a sua produção, ou seja, não permite a inovação jurídica por meio da produção de normas.

Não se pode negar que o processo de redemocratização brasileiro traz à tona o enfrentamento de problemas institucionais – tal como a fragilidade do sistema representativo, que entende por maioria um grupo político e economicamente privilegiado que, na prática, não representa os interesses e as necessidades daqueles que ocupam posições de vulnerabilidade social.

Há de ser considerado que o princípio majoritário não é sinônimo de igualdade política: o resultado majoritário traduz a voz de vencedores, mas não necessariamente o alcance do bem comum. O texto constitucional tem como uma de suas finalidades a proteção ao direito de pessoas em situação de vulnerabilidade, mesmo em situações em

que a maioria entenda já alcançado o fim comum. Nesse âmbito, é necessário rememorar que os preceitos constitucionais de proteção igualitária são valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo, por meio do poder constituinte, que denota a expressão máxima da soberania popular (KOZICKI; BARBOZA, 2016).

Após as eleições de 2018, o portal jornalístico G1 (2018), realizou levantamento de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acerca dos 513 deputados federais eleitos, em que foi aferido que a composição da Câmara dos Deputados, resultante do último pleito, é feita, principalmente, por homens (85%), brancos (75%), casados (69,2%) e com ensino superior (80,9%), sendo 47% dos deputados milionários (CAESAR, 2018).

Os dados acima aferidos revelam que a composição da Casa de representação de demandas mais específicas da população é deficiente, no que tange à representação de pessoas discriminadas socialmente. Nesse contexto, o Poder Judiciário, em alguns momentos, tem assumido a defesa de direitos e garantias fundamentais daqueles que não são atendidos pela vontade majoritária, adotando, por conseguinte, posicionamentos contramajoritários, na tentativa de equilibrar as relações democráticas.

No que tange à adoção de posicionamentos contramajoritários, é interessante fazer uma breve explanação acerca da teoria do autor norte-americano Ronald Dworkin. Na obra “Direito e Liberdade”, Dworkin (2006) pretende demonstrar uma leitura moral da Constituição, diretamente associada à análise dos princípios constitucionais. Segundo Dworkin (2006), diante do alto grau de abstração constante nas constituições modernas, tal leitura moral do texto constitucional se faz necessária e, em última instância, está atrelada à imprescindibilidade de que os magistrados atuem de forma a realizar justiça no caso concreto.

Dworkin (2006) equipara os juristas a escritores de um romance em cadeia ao afirmar que ambos precisam considerar o capítulo anterior como ponto de partida, embora isso não signifique a imutabilidade do rumo da história a ser construída. A ideia de romance em cadeia remete à exigência de harmonização do sistema, quando da realização da interpretação da Constituição.

Além disso, o autor propõe a construção de uma concepção comunitária de democracia, a qual se distancia da premissa majoritária e é voltada à proteção de direitos fundamentais para todos os participantes da comunidade política. Destarte, em Dworkin (2006), um dos requisitos necessários para a estrutura da democracia constitucional é a participação efetiva dos integrantes da comunidade política nas decisões coletivas, bem como a independência moral do povo – que remete à inviabilidade de a maioria dos membros de uma comunidade ter o poder de impor aos demais os valores a serem priorizados e as

decisões corretas a serem tomadas.

O jurista americano enfatiza sua resistência em assumir que o Legislativo seja capaz de, eficientemente, representar grupos sociais diversos ao aduzir que “[...] os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o Poder Legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares”. (DWORKIN, 2006, p. 53).

Em conformidade com as lições de Dworkin (2006), as discussões públicas sobre justiça constitucional levadas a efeito no Judiciário atendem melhor ao interesse público que as promovidas pelo Legislativo. Isso porque as decisões judiciais se fundam em princípios constitucionais e incentivam o debate sobre a moralidade política, enquanto as decisões legislativas têm como base o peso dos números da balança política, repelindo, conseqüentemente, as questões de princípio. Não obstante, para Dworkin (2006), os tribunais devem se posicionar acerca de quais direitos possuem os cidadãos no sistema constitucional, sem sopesar de que forma poderia se elevar o bem-estar geral.

Diante da crise político-institucional, instaurada no Brasil nos últimos anos, em que foram deflagrados diversos esquemas de corrupção que envolveram grandes empresas estatais e ocupantes de altos cargos públicos<sup>15</sup>, é notório que os interesses pessoais dos representantes eleitos muitas vezes se sobrepõem aos interesses do povo. Nesse contexto, grande parcela da população brasileira, vitimada pela desigualdade social existente no Estado, padece de representação no tocante à proteção de seus direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é legítimo à jurisdição constitucional operar no controle dos excessos das maiorias legislativas, protegendo pessoas discriminadas socialmente contra os abusos democráticos. Todavia, tal atuação deve atender a razoabilidade e a legitimidade conferida pela própria Constituição, de modo que as decisões em caráter contramajoritário proferidas pelo STF estejam em consonância com o princípio da soberania popular, princípio democrático e princípio da separação de poderes, além dos demais dispositivos constitucionais.

Não obstante, a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário e, mormente, ao STF, de dar a palavra final acerca do alcance e do sentido das normas, fazendo-lhe ocupar uma posição de autoridade em detrimento dos demais poderes, põe em evidência a linha tênue que separa Direito e Política. A superioridade esboçada pelo STF,

---

15. A exemplo da Operação Lava Jato, operação da Polícia Federal do Brasil de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, iniciada em março de 2014. A Operação apontou condutas criminosas protagonizadas por agentes públicos, empresários e doleiros. A complexa operação culminou na prisão de importantes figuras políticas, como: Luís Inácio Lula da Silva (ex-presidente do Brasil), André Vargas (ex-deputado federal), Beto Richa (ex-governador do Paraná) e Eduardo Cunha (ex-deputado federal e ex-presidente da Câmara dos Deputados).

sobretudo quando sua atuação envolve a análise da validade e da legitimação de atos de poderes representativos, demonstra um exercício político e põe em xeque a legitimidade democrática (BARROSO, 2018).

Ao significar uma norma, os ministros não se baseiam apenas no programa normativo conferido pelo constituinte, visto que, inevitavelmente, existem influências externas que também delimitam o resultado da decisão, tais como: preferências políticas, opiniões morais e religiosas, opinião pública, além da – e talvez o ponto mais importante – vontade de preservação e expansão de seu poder.

No campo institucional, podem influenciar decisivamente o resultado do julgamento de um órgão colegiado: a troca de apoio entre ministros<sup>16</sup>, o relator sorteado para a apreciação da demanda, a ordem na agenda de julgamento e, até mesmo, um pedido de vista (BARROSO, 2018).

Ademais, os debates que, anteriormente, davam-se unicamente pela via processual, em virtude do anseio de preservação e de conservação do poder, passaram a assumir uma agenda midiática e pública (ALBUQUERQUE, 2018), na qual a relação entre o STF e os cidadãos brasileiros, além de jurídica e política, passou a ser comunicativa. Difíceis são os dias em que o STF não aparece nas manchetes de jornais brasileiros, especialmente no caderno de Política. A repercussão das decisões do STF ultrapassa as barreiras dos intérpretes formais, notadamente em assuntos socialmente polêmicos: o homem médio conhece e acompanha a atuação do Tribunal e passa a ter poder de provocar e influenciar as decisões proferidas por ele.

A comunicação entre o povo e o STF é abastecida pela exposição midiática a que se submete ao apreciar casos que possuem forte apelo político e social, exibição que vem tornando os ministros personagens cada vez mais conhecidos popularmente. Como consequência, os votos dos membros do STF estão sujeitos às críticas populares, o que, inevitavelmente, exerce influência sobre seus julgamentos e, inclusive, gera expectativa acerca do posicionamento ideológico de cada ministro ao proferir suas decisões e seus posicionamentos públicos (NOVELINO, 2015).

Além das extensas atribuições conferidas pela Constituição de 1988, enquanto órgão de cúpula do Judiciário e foro especializado, o STF teve suas atribuições de natureza política ainda mais dilatadas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93 (BRASIL, 1993) e 45/05 (BRASIL, 2004), pelas leis que regulamentam as ações do controle de constitucionalidade e, ainda, parecem aumentar pelo avançar das discussões acerca

---

16. Ocasão em que Luís Roberto Barroso (2018, p. 277) caracterizou como “[...] típica apropriação da linguagem político-partidária”.

abstrativização do controle difuso<sup>17</sup>.

Deve também ser considerada a extensão dada pelo legislador ao rol de agentes políticos e sociais aptos a propor ações para acesso ao controle de constitucionalidade<sup>18</sup>, além da valorização do STF como local de debate político plural da sociedade civil e de outros grupos de interesse, expressado por meio, principalmente, do *amicus curiae*<sup>19</sup> e das audiências públicas, em um processo de democratização do acesso à justiça.

É, nesse contexto que, com uma breve análise da utilização do conceito de mutação constitucional pelos ministros do STF, em julgados nos quais têm identificado a ocorrência do instituto, é possível verificar que a mutação vem sendo utilizada pelo Tribunal em desordem às proposições da doutrina clássica, sem a existência de parâmetros científicos-dogmáticos que permitam a identificação do traço particular do instituto, qual seja: a preexistência de um fenômeno de origem social – em errôneo exercício que possui como finalidade a expansão dos poderes dos ministros do STF (SACCHETTO, 2015).

Nos últimos anos, a doutrina tem constatado que o instituto da mutação constitucional vem sendo empregado pelo STF com três principais conotações:

1) demonstrar uma simples mudança interpretativa ocorrida sobre o significado de determinado dispositivo legal, 2) fazer referência a uma alteração formal da Constituição realizada por meio de emenda constitucional; e, 3) abordar um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos. (SACCHETTO, 2015, p. 126).

Como se verificam as conceituações trazidas ao presente estudo no tópico anterior, apenas as referências utilizadas pelo STF enquadradas no terceiro grupo podem ser efetivamente incorporadas na tipologia clássica da mutação constitucional.

Embora seja sabido que a via ordinária para modificação do texto constitucional exige o movimento e o exercício do poder constituinte derivado<sup>20</sup>, não há impedimento

17. O art. 52, inciso X, da CF/88 prevê a possibilidade de o Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução de leis ou de atos normativos declarados inconstitucionais por decisões do STF em controle difuso, atribuindo-lhes, portanto, efeitos *erga omnes* e vinculantes. Contudo, alguns ministros passaram a defender a ressignificação do dispositivo constitucional para que fosse interpretado de forma que a atuação do Senado apenas fosse necessária para dar publicidade das decisões proferidas pelo STF em controle difuso, sendo dispensável a edição de resolução para que as decisões, mesmo em controle abstrato, produzirem, de imediato, efeito para todos. No julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, o Ministro Relator Gilmar Mendes, na defesa da abstrativização, afirmou ser o novo significado da norma fruto de “autêntica mutação constitucional” (BRASIL, 2014). As divergências quanto ao tema também foram empossadas nas ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, que passou a acolher a teoria (BRASIL, 2018).

18. Art. 103 da CF/88 (BRASIL, 1988).

19. Previsto no art. 138 do CPC (BRASIL, 2015), o *amicus curiae* – observada a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia – permite a participação processual de terceiros, alheios às partes, para a promoção de interesses gerais ou de bem comum.

20. Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;  
II - do Presidente da República;

para que haja harmonia entre os instrumentos informais de alteração constitucional e os instrumentos formais, contanto que obedientes aos ditames científicos-dogmáticos relativos ao instituto. Todavia, as mutações não podem ser utilizadas como forma de evitar o uso excessivo de reformas constitucionais formais, como vem fazendo o STF, tendo como resultado modificações, tantas vezes, sem substância e desnecessárias à Constituição (SACCHETTO, 2015).

Merece destaque que a mutação constitucional apenas deverá ser utilizada pelos julgadores em hipóteses nas quais há um claro distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social, quando o texto permitir mudança em seu sentido, ou seja, quando diante de signos linguísticos que possuam uma textura mais “aberta”, que possivelmente foram postos pelo legislador originário com a intenção de aproximar as disposições constitucionais da realidade social.

Em tais disposições, em que se permite uma maior discricionariedade por parte dos intérpretes legais, pode-se discutir a ocorrência, ou não, de autêntica mutação constitucional, mas sempre de forma a aliar uma realidade social consolidada com o texto constitucional vigente. No entanto, como já repisado, verifica-se que o exercício da jurisdição constitucional brasileira, no tocante à mutação, vem, repetidamente, confundindo seu papel interpretativo com legislativo, ferindo aos princípios da soberania popular e democrático e ao princípio da separação de poderes.

O exercício da mutação constitucional é legitimado pela Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 102, o qual incumbe ao STF a guarda da Constituição e, como uma consequência lógica, a interpretação de suas normas, sem que o exercício implique em reforma do texto constitucional ou na violação aos seus dispositivos e a sua unicidade (BRASIL, 1988).

É exatamente por essa razão que, diferente do realizado por alguns estudiosos do Direito, a mutação constitucional, quando realizada em consonância com os ditames científicos-dogmáticos relativos ao fenômeno, não deve ser confundida com judicialização – visto não haver a interferência na esfera de atuação dos demais poderes, sendo o exercício interpretativo das normas atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário (art. 102 da CF/88) –, tampouco se verifica uma ação legislativa do julgador, mas, tão somente, interpretativa, o que também torna impossível confundi-la com ativismo judicial. É, pois, a mutação constitucional um exercício hermenêutico constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário, o qual, além de decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, obedece aos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional e, portanto, coexiste

---

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988).

com a supremacia constitucional, não sendo capaz de deturpar fundamentos de validade do próprio ordenamento jurídico.

No entanto, quando a invocação do instituto da mutação constitucional, como justificativa hermenêutica para o processo de tomada de decisões (nesta análise, especialmente pelo STF), põe à deriva a supremacia constitucional e é proveniente de razões outras, que não a necessidade de adaptação do texto constitucional às exigências sociais vigentes<sup>21</sup>, verifica-se o desempenho não autêntico do STF, de forma que a decisão alcançada traduz uma vontade do próprio julgador, e não do povo. Aqui sim se verifica tanto a judicialização quanto o ativismo judicial, visto que a decisão levada à apreciação do Judiciário obteve resposta que, além de violar o princípio da separação de poderes, da soberania popular e democrático, ultrapassa as vontades do constituinte originário.

Ultrapassar os limites estabelecidos pelo constituinte originário ocasiona a ruptura do ordenamento jurídico e do conflito entre as competências dos Poderes, bem como não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Assim, em que pese o reconhecimento da validade e a importância do exercício contramajoritário do STF na efetivação de direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade social, não se pode perder de vista os iminentes riscos da extensão de atribuições ao Judiciário, especialmente na figura do STF, pois pode significar uma verdadeira violação dos preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

São claras as constatações de Sacchetto (2015, p. 136) ao afirmar que:

Ao suscitar a ocorrência de uma mutação, baseada na constatação de uma mudança ocorrida na realidade e captada em seu labor hermenêutico, pode ocorrer que o magistrado intente atualizar a norma com base em uma realidade que sequer é desejada pelo constituinte ou pelo povo soberano, contrariando assim a dicção legal do texto constitucional e os fundamentos do princípio da legalidade.

Da interpretação dos princípios da soberania popular e democrático, bem como pelo regime político estabelecido no Brasil, extrai-se que a criação de normas jurídicas deve ser realizada pelo povo, o qual atribuiu tal competência aos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, a atuação judicial, inclusive no exercício interpretativo do qual decorrem as mutações constitucionais, deve possuir como freio a obediência aos preceitos constitucionais, os quais devem ser chave para qualquer processo hermenêutico que se pretenda extrair da constituição, sob risco de desrespeito à separação de poderes.

---

21. Como se verifica nos casos em que os ministros do STF suscitam a abstrativização do controle difuso como forma de alargar os poderes do Tribunal, passando suas decisões, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, a terem efeitos *erga omnes*, sem que haja a necessidade de resolução pelo Senado Federal, conforme estabelecido no art. 52, inciso X da CF/88 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a atividade interpretativa jurisdicional deve sempre ser iniciada com base nos princípios da soberania popular e democrático, sendo a atividade exercida de maneira a capacitar um processo igualitário, libertário e plural.

Sem negar a possibilidade de mutações constitucionais autênticas, pautadas nas concepções doutrinárias trazidas pelos autores clássicos – em que, repete-se, é imprescindível a aferição pelos intérpretes de uma progressividade das mudanças valorativas sociais –, entende-se que o instituto deve ser utilizado como meio excepcional de modificação da Constituição – quando há mudanças valorativas sociais progressivas capazes de justificá-la – de forma que haja controle nos argumentos postos nos acórdãos que suscitam a existência do instituto (SACCHETTO, 2015).

O uso irrestrito da mutação constitucional pode, à vista disso, ter como consequência reformas constitucionais silenciosas, realizadas por ministros do STF, que ocasionam mudanças no arranjo institucional firmado pela Constituição e, assim, comprometem a estabilidade das normas brasileiras.

É exatamente por isso que o controle dos argumentos jurídicos utilizados para fundamentar a ocorrência das mutações constitucionais se faz necessário, mormente ao se verificar as tendências do STF em se utilizar do instituto de maneira arbitrária, com a finalidade única de expansão de seus poderes.

Todavia, não se pode olvidar que a utilização do instituto da mutação constitucional é importante e necessária até o ponto em que haja o cumprimento do programa normativo proposto pelo constituinte originário, caso ultrapassado, adota-se um papel ativista que não é autêntico, mas sim pessoal, não amparado pelo texto constitucional.

Assim, realizadas as devidas ponderações acerca dos riscos e dos conflitos que a ampliação das competências e das expectativas sobre o Judiciário podem provocar, este estudo concentra seus esforços em demonstrar que o uso da mutação constitucional pelo STF para efetivação de direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade social, especialmente discriminadas por motivo de gênero, é legítimo, devendo decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, sob pena de afrontar aos princípios da soberania popular e democrático.

É, nesse contexto, que o Capítulo que se segue passa a explicar acerca das pessoas em situação de vulnerabilidade social por motivo de discriminação de gênero e, de maneira específica, da falta de efetividade dos direitos das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ no Brasil.

## ASPECTOS TEÓRICO-LEGISLATIVOS DA DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO

Percebe-se a secular violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao analisar a discriminação perpetuada diante de pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente após a globalização, quando não apenas cessaram as fronteiras físicas, mas também houve a propagação das diversas formas de preconceito.

A proteção do indivíduo de forma geral e abstrata é insuficiente, fazendo-se necessária a especificação do sujeito de direito para que seja conferida resposta específica a determinadas violações de direitos. É, diante desse cenário, que pessoas em situação de vulnerabilidade, como mulheres e pessoas LGBTQIA+, devem ser consideradas nas peculiaridades de sua condição social.

De maneira mais específica, mormente pela numerosa quantidade de grupos que podem ser enquadrados como pessoas em situação de vulnerabilidade, o presente Capítulo concentra esforços nas discriminações vivenciadas pelas mulheres e pelas pessoas LGBTQIA+ brasileiras, justificado, especialmente, nos postulados machistas que vêm, por gerações, sendo reafirmados na sociedade, criando uma cultura que estereotipa e discrimina determinados comportamentos por gênero.

Assim, neste Capítulo, definem-se as pessoas em situação de vulnerabilidade discriminadas por motivo de discriminação de gênero (LGBTQIA+ e mulheres), assim como é examinada a tutela jurídica dessas pessoas no Brasil.

### AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

No final do século XX, a sociedade, de forma geral, tornou-se mais consciente de suas diferenças e multiplicidades. Isso se constata, especialmente, pelo surgimento de movimentos sociais com reivindicações que objetivavam a superação de situações de desqualificação identitária e discriminação cometidas pela sociedade:

Até há pouco, bater em mulheres, negros e homossexuais, por exemplo, era uma prática considerada se não corriqueira, mas despercebida como uma forma de violência na sociedade. Os alvos da violência escondiam-se no próprio sofrimento sem poder nomeá-lo, denunciá-lo ou compreendê-lo. As mudanças em curso na conscientização da sociedade traduzem-se na produção de conceitos e teorias tendentes a interpretações dessas realidades, preparando o caminho tortuoso de sua superação. (BANDEIRA; BATISTA, 2002, p. 120).

Esses movimentos sociais buscaram estabelecer novas linhas de demarcação

no domínio das integrações sociais, suscetíveis de regulação com base em valores que pretendem gerar uma “ética de igualdade”, pautada no respeito (moral) e no reconhecimento (direito) das diferenças e dos pluralismos. A igualdade que aqui se fala deve fugir às perspectivas liberais de igualdade em um sentido formal, atendendo ao seu sentido material – em que é dado um tratamento desigual ao desigual e igual ao igual, conferindo as condições necessárias para elidir a desigualdade.

A aplicação da igualdade em seu sentido material decorre do reconhecimento de que existem pessoas que se encontram em clara situação de desvantagem em relação a outras, exigindo do Estado a elaboração de normas especiais e a implementação de políticas públicas, com a finalidade de igualar os desiguais (LOPES et al., 2008).

Ocorre que, frequentemente, o poder do Estado é monopolizado por um grupo (elite), que, além de se fortalecer cada vez mais em detrimento dos demais, pode privá-los do poder e da influência. Quando o poder público, por meio da elite política, passa a favorecer ou a desfavorecer grupos com base em características particulares como pela etnia, pela raça, pelo sexo ou pela religião, cria-se uma situação de ilegitimidade, propiciando a prática de atos discriminatórios.

Embora seja uma categoria de difícil definição, o preconceito é o reprodutor mais eficaz da discriminação e da exclusão e, por consequência, da violência. O preconceito se constitui como mecanismo atuante e múltiplo, cuja lógica pode agir em todas as esferas da vida – individual ou coletiva, pública ou privada. Encontra-se, ainda, presente em marcas corporais e psicológicas, imagens, linguagens, de modo a perpetuar hierarquias e poderes, com lógica de inclusões-exclusões decorrentes (BANDEIRA; BATISTA, 2002).

Segundo Alberto Dines (1996, p. 46, grifos originais):

pré+conceito, o *preaconceptu* latino, é um julgamento prévio, sem ouvir as partes, posição irrefletida, pré+concebida, irracional. Também pode ser entendido como um pré+juízo, tanto que em espanhol se diz *prejuicio*, em francês, é *prejugé*, em inglês, *prejudice*, e, em alemão, *vorurteil*. Em todos os casos, a mecânica etimológica é idêntica: o prefixo indicando antecipação e, o resto, significando julgamento.... Em português, o preconceito também significa dano, estrago, perda. Em outras palavras, a adoção sumária de uma opinião ou critério, antes de passar pelo filtro de um julgamento equânime, constitui um mal, ofensa moral.

O resultado do preconceito é a discriminação, modo como os alvos de preconceito passaram a denominar seu sofrimento e, dessa forma, a lutar pela proteção dos direitos dos grupos a que pertencem. A discriminação tem sido vista como uma espécie de resposta comportamental causada pela atitude negativa do preconceito (PARKER, 2013).

No Brasil, a discussão acerca do preconceito passou a ser tutelada pelo ordenamento

jurídico por meio da Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos (BRASIL, 1951), que incluiu, entre as contravenções penais, a prática de atos de preconceitos de raça ou de cor. Em 1915, a Lei nº 2.889 enquadrou como crime de genocídio a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso (BRASIL, 1956). Posteriormente, a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, constituiu a propaganda, em público, de discriminação racial, de violência entre classes ou de perseguição religiosa como crime contra a Segurança Nacional (BRASIL, 1983). A Constituição, por sua vez, é expressa ao constituir, em seu art. 3, inciso IV, como, dentre outros, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Apesar dos avanços legislativos, há de ser considerado o predomínio das concepções sociais que inadmita a construção não-plural de seus membros. Como consequência, há a permissão do acesso particularizado de alguns e a valorização da desigualdade substantiva da população, fadando-lhe às violências materiais e simbólicas.

Hannah Arendt (2011), ao analisar os aspectos de poder e violência, afirma que esta, diferentemente do poder, da força e da coerção, necessita de implementos, de modo que a violência é caracterizada como um meio, e não como um fim. Assim, poder e violência não se confundem, visto que o poder precisa de números – não pode ser atribuído a uma pessoa, individualmente, mas a um grupo – enquanto a violência precisa de implementos, propiciados pela tecnologia: “[...] a forma extrema de poder é Todos contra um, a forma extrema de violência, é Um contra Todos” (ARENDR, 2011, p. 67).

Nesse contexto, poder e violência, embora sejam fenômenos distintos, geralmente aparecem juntos. Hannah Arendt (2011) entende o governo como a dominação do homem sobre o homem, realizada por meio da violência. Contudo, entende também que a violência pode destituir o poder, isso porque a dominação da pura violência vem de onde o poder está sendo perdido.

Segundo a autora, os instrumentos da violência seriam mudos – ou seja, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder – sendo, portanto, pautadas na persuasão, na influência ou na legitimidade. Assim, é a violência o não reconhecimento, a anulação ou a cisão do outro. Seja explícita, ou não, a violência expressa o pouco espaço existente para o sujeito da argumentação, “[...] enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo” (ZALUAR; LEAL, 2001, p. 148).

Não há, pois, fronteira entre a violência física – que oprime pelo excesso de força corporal e armada – e a violência simbólica, definição esta que possui Pierre Bourdieu como

um dos autores de maior repercussão. Bourdieu (2009, p. 201) define a violência simbólica como aquela que se instaura nos contextos em que a dominação direta não é possível, caracterizando-se por branda, invisível “[...] censurada e eufemizada, isto é, desconhecida e reconhecida”. É a violência institucionalizada e silenciosa, na qual as percepções são naturalizadas e se reproduz na diferenciação e na exclusão de ideias.

Segundo Pierre Bourdieu (2000), o homem, enquanto animal simbólico, encontra no Direito uma das principais fontes para exercer o poder e reger uma sociedade de acordo com os interesses de uma classe dominante, caracterizando-se como o meio adequado por ser entendido como justo e livre de arbitrariedades. Em suas palavras, Bourdieu (2000, p. 11) afirma que: “[...] o direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este”.

Uma das principais fontes legitimadoras da violência simbólica é a ideia do que é “natural”, que exclui as demais possibilidades e se distingue do socialmente considerado “normal” (BOURDIEU, 1996). Ela é institucionalizada e reproduzida graças às construções pautadas nas desigualdades e na exclusão dos dominados.

O preconceito e a discriminação, enquanto consequências da exclusão daqueles que fogem ao padrão da “normalidade”, caracterizam uma manifestação enfática da violência simbólica. Entre as diferentes formas de preconceito advindas do mundo social, destacam-se, neste estudo, as exercidas contra as mulheres e as pessoas LGBTQIA+, consideradas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Doutrinariamente, usa-se o termo *peçoas em situação de vulnerabilidade* para designar todos aqueles que, em razão das características específicas sobre as quais não possuem ingerência, carecem de reconhecimento quanto aos direitos que possuem decorrência de valores preconceituosos. Trata-se de uma expressão que não deve ser usada como sinônimo de minorias.

Foi Francesco Capotorti que, em 1977, mediante os estudos realizados como membro da subcomissão para prevenção e para proteção das minorias da Organização das Nações Unidas (ONU), passou a estabelecer critérios objetivos e subjetivos para definição de “minorias”. A partir dos critérios traçados, Capotorti (1991) considera minorias como um contingente numericamente inferior de pessoas com características étnicas, religiosas e linguísticas diferentes do restante da população, que possuem vontade comum de preservar os elementos que lhes caracterizam. A conceituação retrata a dificuldade na conceituação do termo, especialmente ao se ter em mente que certos grupos denominados como “minorias”, na realidade, demonstram, em termos numéricos, a maior parte da

população de um Estado.

Dessa definição identificam-se três critérios objetivos e um subjetivo. Os objetivos são: a) existência, em um Estado, de um grupo com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do restante da população; b) inferioridade numérica do grupo quando comparado com o resto da população; e c) ocupação dominante do grupo minoritário na sociedade. Já o critério subjetivo é o desejo do grupo em preservar os traços que levaram à caracterização do grupo enquanto minoria.

Seguindo a definição traçada, verifica-se que os grupos que não possuem características sobre as quais tenham a opção de escolher não devem ser enquadrados como minorias, mas como “pessoas em situação de vulnerabilidade”, a exemplo de mulheres e pessoas LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexo, assexual e +, este utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade de gênero, como os pansexuais), que historicamente foram discriminadas por motivo de gênero.

Embora tradicionalmente os termos sexo e gênero tenham sido confundidos, de modo a serem tratados como sinônimos, associando o gênero masculino ao homem e o gênero feminino à mulher, ambas expressões se referem a conceitos diferentes.

Gênero é o “[...] conjunto modificável de características culturais sociais e educacionais atribuídas pela sociedade ao comportamento humano, qualificando-o de masculino ou feminino” (LOPES, 2008, p. 17). A distribuição de capacidades distintas para feminino ou masculino nem sempre encontram respaldo natural ou biológico, mas provém de construções sociais patriarcais e machistas que foram consolidadas ao longo dos séculos.

De forma distinta, sexo “[...] é o conjunto de características físicas, biológicas e psicológicas, naturais e imodificáveis, que qualificam um ser humano como homem ou como mulher” (LOPES, 2008, p. 17). Sexo é biologicamente definido, enquanto gênero é uma construção cultural.

A origem da discriminação contra as mulheres e as pessoas LGBTQIA+ surgiu, exatamente, nas concepções socialmente adotadas que separam feminino e masculino, de modo a, por exemplo:

[...] afirmar que as meninas têm que brincar com bonecas e panelas e os meninos com espadas, carrinhos e bolas, porque são esses comportamentos femininos e masculinos que respectivamente devem ser esperados das meninas e dos meninos. (LOPES, 2008, p. 18).

Ainda em 1949, Simone de Beauvoir expressou a ideia central do movimento feminista: a desnaturalização de ser mulher. Ao nascer, as crianças, independente do sexo,

possuem os mesmos interesses e prazeres, manifestam, segundo a autora, as mesmas capacidades intelectuais que os irmãos, não havendo “[...] terreno em que seja proibido rivalizar com eles” (BEAUVOIR, 1967, p. 10).

A construção como ser sexualmente especificado advém das intervenções realizadas na vida das crianças, que acomodam ideias e construções sociais em mentes ainda “originais”, orientadas desde o início de suas vidas. Após os três ou quatro primeiros anos de idade, as meninas parecem, a princípio, privilegiadas, ao receberem mais carinhos pelos pais e indulgências quanto às suas lágrimas, enquanto aos meninos são recusados carícias e choros, pois estes, liberando-se dos adultos, conquistarão a aprovação e o sucesso (BEAUVOIR, 1967).

Nessa perspectiva, é o feminino fruto de uma construção que se inicia nos primeiros anos de vida – e não um dado natural, destino biológico ou psicológico que defina como tal – o qual encontra na história e na formação cultural as diferenciações realizadas. Sequer o fato natural de engravidar é suficiente para justificar a exclusão, que apenas é explicada por meio do contexto social vivido, diretamente relacionado às épocas de submissão feminina e vontade de expansão e dominação masculina (BEAUVOIR, 1967).

Afirma Beauvoir (2009, p. 9) que: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam o feminino”.

Dessa forma, a discriminação contra a mulher parte de padrões considerados morais e socialmente adequados “para mulheres”, refletindo, ainda na atualidade, o preconceito majoritário presente na população brasileira. As imposições sociais fazem com que a mulher “aceite” ser fiel, servir ao marido, cuidar da casa e dos filhos; enquanto o homem, considerado e detentor de destrezas intelectuais e técnicas, garante o sustento familiar.

Atribuem-se às mulheres características de sensibilidade emocional. Considera-se que amam e sofrem com intensidade. Em vista do desenvolvimento de uma cultura machista, tais atributos são popularmente interpretados como inferiores, incompatíveis com uma vida profissional e que, portanto, não viabilizam o poder econômico, corroborando com a representação da mulher como capaz apenas de atividades de cuidado, em comparação com a superioridade e a virilidade dos homens.

Nesse viés, os americanos Talcott Parsons e Robert Bales (1956), nos estudos realizados sobre o modelo democrático de família, reforçaram a histórica perspectiva machista sobre a divisão do trabalho entre sexos – inclusive no que tange às atribuições da vida doméstica – segundo a qual a divisão é fixada a partir de funcionalidades, de modo

que aos homens caberiam os papéis instrumentais (noção de provedor material), enquanto as mulheres estariam reservadas aos papéis expressivos, relacionados aos cuidados e ao âmbito emocional. Ao condicionar atribuições aos aspectos biológicos e psicológicos dos indivíduos, teóricos como Parsons e Bales acabaram por naturalizar e por reforçar a divisão de tarefas pautadas em estereótipos de gênero.

Para o pensamento machista, os sucessos profissionais e econômicos devem ficar a cargo dos homens, que, fugazes aos aspectos emocionais, são fortes e quase não possuem sentimentos, mas apenas racionalidade – característica necessária para a gestão da vida pública e o triunfo dos negócios. Embora os movimentos feministas e a inserção das mulheres no mercado de trabalho tenham colocado em xeque concepções como as de Parsons e Bales (1956), ainda perdura, no imaginário e nas práticas sociais, a concepção dos cuidados como sendo de responsabilidade da mulher.

Acerca do assunto, corroboram Marinho, Melo e Silva (2019, p. 406):

Um dos recursos ainda utilizados e que sustenta a existência de tais obrigações, como se fossem apenas assuntos femininos, se expressa por meio dos vínculos emocionais. As tarefas dos cuidados são compreendidas comumente como sendo de ordem afetiva/emocional. Na medida em que se associa a mulher ao ambiente doméstico/dos cuidados, a responsabilidade por uma parte significativa destas tarefas é cumprida como sendo uma demanda emocional. Assumir estas responsabilidades é encarado como uma demonstração afetiva por parte daquela mulher.

Como, no senso comum, o ato de cuidar é atribuído às mulheres, valores, como o altruísmo, e atribuições, como a maternidade, estão presentes no cotidiano delas sob a forma de dupla jornada. Ao longo das posições que ocupam nos sistemas de parentesco (mães, filhas, avós, esposas, tias etc.), são as mulheres que, majoritariamente, ocupam as funções de cuidado dos membros da família, seja porque estes se encontram em desenvolvimento (crianças e adolescentes) ou porque necessitam de cuidados em decorrência de processos de envelhecimento e/ou adoecimento (MARINHO; MELO; SILVA, 2019).

Segundo Beauvoir (2009), os padrões socialmente atribuídos às mulheres não são, no todo, errados. No entanto, os rótulos atribuídos se constroem por condutas que não são firmadas pela forma de pensar das mulheres ou por seus hormônios, mas são frutos da sua integração com a coletividade governada por homens, em um ambiente em que elas ocupam lugar de subordinadas. A situação vivida é indissociável ao universo modelado e dirigido por homens, que não faz da mulher responsável por sua realidade e sim entendida a partir da sua suposta inferioridade e dependência, o que significa que devem aceitar, sem oposição, as verdades e as leis propostas pelos homens.

Nas palavras da autora:

Cotidianamente, a cozinha ensina-lhe paciência e passividade; é uma alquimia; cabe-lhe obedecer ao fogo, à água; “esperar que o açúcar derreta”, que a pasta fermente e também que a roupa seque, que as frutas amadureçam. Os trabalhos caseiros aparentam-se a uma atividade técnica; mas são por demais rudimentares, por demais monótonos para convencer a mulher das leis da causalidade mecânica. Aliás, mesmo nesse campo, as coisas têm seus caprichos; há tecidos que encolhem e outros que não encolhem ao serem lavados, manchar que desaparecem e outras que não, objetos que se quebram sozinhos, poeiras que germinam como plantas. [...] É fácil compreender por que é rotineira; o tempo não tem para ela uma dimensão de novidade, não é um jorro criador; como é destinada à repetição só vê no futuro uma duplicata do passado; conhecendo-se a palavra e a fórmula, a duração alia-se às forças da fecundidade: mas mesmo esta obedece ao ritmo dos meses, das estações; o ciclo de cada gravidez, de cada floração reproduz identicamente o que procedeu; neste movimento circular, o único devir do tempo é um lenta degradação: ele corrói os móveis e as roupas, como estraga o rosto; as forças férteis são pouco a pouco destruídas pela fuga dos anos. Por isso, a mulher não confia nessa força que se obstina em desfazer. (BEAUVOIR, 2009, p. 783).

A discriminação ocasionada pela sociedade que realiza distinções entre características aceitas para mulheres e para homens também resulta na discriminação daqueles que não se encaixam nos padrões impostos, em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. A lógica ocidental tradicional – pautada, primordialmente, em uma análise biológica – dividiu o ser humano binariamente, de modo que ninguém ficasse à margem das reconhecidas categorias “homem” e “mulher”.

Na definição tradicional, que é pautada tão somente pelos aspectos biológicos atribuídos às diferenças entre os sexos biológicos, desconsideram-se as identidades de gênero ao identificar o homem com o masculino e a mulher com o feminino (VIEGAS; PAMPLONA FILHO, 2020).

De acordo com Jurandir Freire Costa (1994), a designação “identidade de gênero” foi utilizada pela primeira vez em 1964, pelo pesquisador americano Robert Stoller, em referência ao gênero ao qual a pessoa se identifica, ou seja, às sensações íntimas de pertencer ao gênero masculino ou feminino.

No mesmo sentido, Simone de Beauvoir (2009), ao teorizar o papel da mulher na sociedade, como acima exposto, discute o caráter indefinido do conceito de gênero, especialmente ao chamar atenção para as inúmeras construções sociais de ser homem e, sobretudo, de ser mulher. Beauvoir (2009, p. 13), ao questionar o que é uma mulher, refuta a noção de que ser mulher se resume a possuir útero e chega à conclusão de que “[...] todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente ser mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade”.

Judith Butler (2003), por sua vez, analisando a distinção entre sexo e gênero,

considera que um determinado gênero não decorre de um sexo específico, de maneira que ser de um dado sexo não significa, necessariamente, ser de um determinado gênero. Assim, ao criticar a formulação radical da distinção entre sexo/gênero, sugere que os corpos sexuados podem ensejar uma variedade de gêneros distintos, assim como os gêneros, em si, não estão necessariamente restritos ao feminino e ao masculino:

Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como feminino. (BUTLER, 2003, p. 25-25, grifos originais).

Dessa forma, para a promoção da dignidade da pessoa humana<sup>1</sup> – inclusive como esteio para a reivindicação por legitimidade e respeito às relações subjetivas – tornou-se necessária a proteção à identidade que se traduz, portanto, “[...] na convicção de pertencer ao sexo masculino ou feminino, considerando os comportamentos e atributos convencionalmente reconhecidos para machos e fêmeas” (VIEGAS; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 45).

Embora algumas pessoas se identifiquem com o sexo biológico atribuído no nascimento, sendo denominadas de cisgêneros, outras possuem o sentimento de não-pertencimento, que vai além do simples incômodo quanto ao corpo com que nasceram, como os transgêneros.

Por outro lado, a orientação sexual difere da identidade de gênero ao não estar associada ao sentimento de pertencimento ao binarismo feminino e masculino, mas diz respeito à escolha das pessoas no âmbito afetivo-sexual, “[...] ou seja, há pessoas que sentem atração afetivo-sexual por pessoas do mesmo sexo – os homossexuais; entre sexos opostos – os heterossexuais; por ambos os sexos – os bissexuais; e, por fim, os assexuais, pessoas que não sentem atração por nenhum gênero” (VIEGAS; PAMPLONA FILHO, p. 46).

Os princípios de Yogyakarta<sup>2</sup> definem orientação sexual como:

Uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 7).

E identidade de gênero é conceituada como:

1. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

2. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

A profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 7).

O conjunto de preconceitos decorrentes do sexo ou da orientação sexual é denominado de “sexismo”; é, pois, manifestação do sexismo qualquer expressão pautada no falso pressuposto de que algumas pessoas – majoritariamente, mulheres – são inferiores apenas em razão de sua identidade sexual (VIEGAS; PAMPLONA FILHO, 2020).

A partir de tais definições, denota-se que existem orientações sexuais que envolvem atração por indivíduos de gêneros iguais, diferentes ou por mais de um gênero; além de identidades de gênero que podem corresponder, ou não, com as expectativas sociais atribuídas ao sexo no nascimento.

Mesmo que o pensamento humano venha propondo diferentes formas de enxergar o indivíduo, a maioria das sociedades, desconsiderando a multiplicidade de variações e a complexidade do ser humano, ainda encara o diferente como deformação. Por essa razão, em que pese seja ser inequívoco o aumento da visibilidade das questões que envolvem a temática homossexual e a multiplicidade das expressões e identidades de gênero no Brasil e, por consequência, a realização de programas governamentais e o avanço dos debates públicos; há desafios que, ainda, devem ser substancialmente levantados (FACCHINI, 2009).

O movimento LGBTQIA+ não deve ser analisado de modo dissociado das relações que constituem o contexto sócio-histórico em que se insere e norteia a reflexão. A concepção tradicional de família sofre, inequivocadamente, forte influência dos preceitos católicos, cujo casamento consiste em uma instituição sacralizada e indissolúvel, formada por duas pessoas de sexos distintos.

Com o passar dos anos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, as convicções acerca da família heterossexual romperam com o modelo cristão, ao admitir a constituição de família pautada no afeto, e não em parâmetros patriarcais – em que o patriarca conduzia o lar sem imposições da mulher e dos filhos – e ao passar a desconstituir a ideia de família formada exclusivamente por homem e mulher.

A prática de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo é secular. Na Grécia Antiga, a prática era conhecida como “pederastia”, “[...] termo esse utilizado para designar o relacionamento erótico entre um homem e um menino [...]” (DIETER, 2012, s.p.), simbolizando a passagem da adolescência para a vida adulta. Os adolescentes que, com o ritual tinham iniciado as práticas sexuais, eram chamados de “efebos”, enquanto o homem

adulto de “preceptor” (DIETER, 2012). Em Roma, assim como na Grécia, era encarada com naturalidade, mas, ao invés de receber o nome de pederastia, era como “sodomia”. A sodomia era aceita como um capricho do Imperador, que satisfazia seus desejos por meio de concubinas e rapazes:

[...] O único preconceito que existia em Roma, no tocante à homossexualidade, estava relacionado ao polo passivo da relação, pois esse representava a fraqueza, a impotência política, isto é, aqueles que assumiam este polo eram considerados inferiores, sendo que eram as mulheres, os escravos e os rapazes que desempenhavam o papel passivo. Nesse cenário, cabe mencionar que a diferença entre a homossexualidade presente na Grécia e em Roma, consiste no fato de que os gregos tinham liberdade para se envolverem com meninos livres pertencentes a boas famílias, diferentemente dos romanos, que pelo fato da sexualidade estar relacionada ao poder de dominação, só poderiam se relacionar com escravos, sendo proibido relacionarem-se com meninos livre. (DIETER, 2012, s.p.).

Assim, o comportamento homossexual, embora ofuscado pelas culturas patriarcais e machistas, não é novo:

É [a homossexualidade] uma prática sempre presente na história da humanidade, por se constituir uma das possíveis orientações afetivo-sociais humanas – caracterizada pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico que não se reduz a simples escolha ou opção. (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 55).

Desde o século passado, houve a proliferação dos movimentos em prol da luta e do reconhecimento pelos direitos das pessoas LGBTQIA+, que passou a buscar a tutela não apenas dos direitos daqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, mas assumiu, também, a proteção das relações bissexuais, transexuais, queer, intersexo, pansexual e dos assexuais.

No Brasil, o movimento homossexual passou a ser registrado na literatura a partir dos anos 1970, com a institucionalização do “Dia do Orgulho Gay”, formado, inicialmente, por homens homossexuais (QUINALHA, 2018). Não obstante, o Rio de Janeiro, capital federal e maior cidade do Brasil até os anos 1950, desde antes da inclusão do movimento na literatura, possuía espaços urbanos propícios à sociabilidade para comportamentos “não-normativos”.

O cronista carioca, Luiz Edmundo (1938, p. 151), lembra uma cena comum, de 1901: “Depois de oito horas da noite, moços de ares feminis, que falam em falsete, mordem lencinhos de cambraia, e põem olhos acarneirados na figura varonil e guapa do Senhor D. Pedro I, em estátua”.

Ainda no Rio de Janeiro, a expansão das festividades carnavalescas, na virada

para o século XX, oferecia possibilidades para homens e mulheres, dentro de multidões no centro carioca, brincarem com apresentações distintas de gênero, fazendo com que alguns aproveitassem a oportunidade para se vestirem fora dos padrões permitidos durante o restante do ano. Após a metade do século XX, os bailes das “bonecas” e dos “enxutos” – como eram conhecidas as festas carnavalescas frequentadas pelo público gay – tornaram-se espaços privilegiados para pular Carnaval com pessoas que mantinham relações sexuais com outras do mesmo sexo: formou-se um palco que rompia com a rígida divisão social entre feminino e masculino (GREEN, 2000).

Embora a discriminação contra pessoas LGBT tenha se iniciado em períodos bem anteriores da história brasileira<sup>3</sup>, o estado de exceção vivido durante a ditadura militar, cujos desejos e afetos por pessoas do mesmo sexo foram alvos de um regime autoritário “[...] com pretensão de sanear moralmente a sociedade e forjar uma nova subjetividade à imagem e semelhança da família nuclear, monogâmica, patriarcal e heterossexual” (QUINALHA, 2018, p. 10), fez nascer, dentre as forças que se engajavam nas lutas democráticas, o então chamado “Movimento Homossexual Brasileiro” (MHB), impulsionado, especialmente, pelo grupo “Somos – Grupo de Afirmação Homossexual”.

Foi assim que, na oposição à ditadura, concretizou-se a organização política do movimento brasileiro de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (OLIVEIRA, 2017). Em 1978, em São Paulo, ocorreu a primeira reunião coletiva para articulação do MHB, que logo se espalhariá pelo Brasil afora com o surgimento de diversos grupos.

Um dos marcos do Movimento foi a criação, por um grupo de intelectuais brasileiros – em inconformismo à repressão e ao conservadorismo recrudescido pela ditadura civil-militar –do jornal *Lampião da Esquina*, em abril de 1978, considerada a primeira publicação temática LGBT com ampla circulação no Brasil (OLIVEIRA, 2017). A edição número zero, em que o jornal se chamava, apenas, “*Lampião*”, prometia:

Falar da atualidade e procurar esclarecer sobre a experiência homossexual em todos os campos da sociedade e da criatividade humana. Nós pretendemos, também, ir mais longe, dando voz a todos os grupos injustamente discriminados – dos negros, índios, mulheres, às minorias étnicas do Curdistão: abaixo os guetos e o sistema (disfarçado) de párias. (JORNAL LAMPIÃO, 1978, p. 2).

Em todas as edições, o jornal abordava assuntos envoltos à ditadura. O nome dado ao periódico simbolizava, metaforicamente, esperança à população LGBT, que, impedida

---

3. “[...] É evidente que padrões de moralidade pública não invadiram o espaço da política somente com o início da ditadura brasileira. Não foi esta que inaugurou o peso da discriminação sobre as populações vulneráveis que, já tempos, já marcava a cultura brasileira. As tentativas de enquadramento e normalização das sexualidades dissidentes remontam a períodos muito anteriores à formação do Estado brasileiro. Discursos religiosos, médicos, legais, criminológicos e diversas outras ordens se intercalavam e se combinavam de modo a produzir uma regulação específica das sexualidades em cada momento da história” (QUINALHA, 2018, p. 21).

pelo preconceito e pela violência, restringia sua socialização aos guetos, aos becos e às esquinas (OLIVEIRA, 2017). O Lampião da Esquina também propunha a saída dos guetos, como forma de transformar a realidade:

[...] é preciso dizer não ao gueto e, em consequência, sair dele. O que nos interessa é destruir a imagem-padrão que se faz do homossexual, segundo a qual ele é um ser que vive nas sombras, que prefere a noite, que encara a sua preferência sexual como uma espécie de maldição. (JORNAL LAMPIÃO, 1978, p. 2).

Apenas ao final dos anos 1960 e início de 1970, o mercado começou a abrir estabelecimentos destinados à sociabilidade entre gays, lésbicas e pessoas trans, que conviviam com a repressão estatal nos locais públicos (GREEN, 2000).

Renan Quinalha (2018, p. 21), explica que, apesar de o Estado não ser o único responsável por normatizar os discursos e as práticas sexuais, com a ditadura militar, ele se tornou um grande disseminador de “[...] regras proibitivas e licenças permissivas em relação às sexualidades, ajudando a definir condutas classificadas como inaceitáveis”.

A ditadura militar, em virtude da intensidade e da maior concentração de poder político quando comparada com outros períodos da história, materializou a intolerância do Estado no que tange à perseguição e à tentativa de controle de grupos sociais tidos como ameaça ou perigo para a população:

A retórica moralidade pública e dos bons costumes foi central na construção da estrutura ideológica que deu sustento à ditadura de 1964. A defesa das tradições, a proteção da família, o cultivo dos valores religiosos cristãos foram todos, a um só tempo motes que animaram uma verdadeira cruzada repressiva contra setores classificados como indesejáveis e considerados ameaçadores à ordem moral e sexual então vigente. (QUINALHA, 2018, p. 23).

O discurso anticomunista em prol da segurança nacional, propagado durante o regime autoritário, foi congruente com a ânsia conservadora pela preservação da família e dos valores cristãos. Os Atos Institucionais, que posteriormente surgiriam, especialmente o mais duro deles, AI-5, legitimaram um sistema largamente repressivo, além de eximir a participação política do povo e os seus direitos fundamentais.

A esfera íntima e cotidiana dos brasileiros também foi alvo da ânsia reguladora e autoritária da ditadura. As pessoas eram vigiadas e havia dossiês produtivos por órgãos de informação para que, diante de qualquer suspeita, fossem considerados, de forma depreciativa, “pederastas passivos”. O fato de ser homossexual, prostituta ou travesti era visto como fator desqualificador da pessoa, o que levou os membros do grupo vulnerável a serem perseguidos, presos arbitrariamente, extorquidos e torturados.

No mesmo contexto, explica Renan Quinalha (2018, p. 24):

Músicas, filmes e peças de teatro foram vetadas e impedidas de circular por violarem, em suas letras, a moral e os bons costumes, sobretudo quando faziam “apologia ao homossexualismo”. Na televisão, telenovelas e programas de auditório sofreram intervenção direta das giletes da censura, que cortavam quadros e cenas com presença e personagens “afeminados” ou “com trejeitos” excessivos e que, portanto, com sua simples existência, afrontava o pudor e causava vergonha perante os expectadores.

Como anteriormente explanado, a ditadura militar brasileira não inaugurou o preconceito ou a mentalidade conservadora, mas estruturou atos de violência que foram funcionais aos seus objetivos: os padrões morais, que anteriormente eram tidos como particulares, foram autorizados e legitimados pelo Estado; a violência ocasionada pela discriminação sexual se tornou oficial e institucionalizada.

Nos anos de 1980, mesmo com a significativa redução dos grupos e as diversas dificuldades trazidas pela associação entre Aids e homossexualidade, o movimento LGBT cresceu em relação à quantidade, a sua rede de alianças e os espaços de participação social. A atuação do movimento passou a ser vista de maneira mais pragmática, voltada à proteção dos direitos civis e contra a violência e a discriminação sofrida pelos homossexuais. A ação mais agressiva do grupo ocasionou mudança significativa, que ainda influencia o movimento atual: “[...] A partir do início dos anos 1990, inicia-se um novo momento que parece deslocá-lo definitivamente das margens ao centro” (FACCHINI, 2009, p. 138).

Desde então, é notado o crescimento dos grupos e das organizações em prol dos direitos homossexuais, de sua difusão pelo Brasil, além de uma diversificação de formato das iniciativas ativistas<sup>4</sup>. Como analisa Regina Facchini (2009), tal crescimento parece estar relacionado com a resposta coletiva do movimento à propagação do vírus do HIV, na qual, a fim de incentivar as políticas de identidade como estratégia para redução da situação de vulnerabilidade do grupo, pautou a política de prevenção da Aids na ideia de parceria entre o Estado e a sociedade civil.

Ademais, o processo de redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição Federal de 1988 intensificaram o anseio social por justiça e a capacidade de mobilização popular, propiciando a atração da atenção pública para questões denunciadas e a provocação de ação responsiva do Estado quanto à adoção de ações afirmativas para a consecução de direitos de grupos injustiçados socialmente, a exemplo das mulheres e

---

4. “[...] Além dos grupos comunitários, o movimento passa a contar, entre outros formatos, com associações e organizações formalmente registradas, com setoriais de partidos políticos, com grupos religiosos e com grupos situados na interface entre ativismo e pesquisa, constituídos no interior das universidades. Apesar da diversidade de formatos, pode-se dizer que há uma tendência à institucionalização das organizações, como predomínios de associações e das organizações da sociedade civil de interesse público”. (FACCHINI, 2009, p. 139).

das pessoas LGBTQIA+.

Já em seu artigo 1º, a Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988) estabelece a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito. A redação constitucional retrata a necessidade de participação ativa dos cidadãos rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promove o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, I e IV).

Nesse contexto, houve o fortalecimento da participação dos movimentos sociais na formulação, na implementação e no controle de políticas públicas. O século XX assistiu, portanto, um crescimento da preocupação com a sexualidade, inclusive no âmbito das academias, ocasionando aumento na quantidade de estudos e na legitimidade quanto ao tema (VANCE, 1995).

Iniciam, nos anos 1990, novos processos, complexos, para a inclusão de atores políticos: emergem, no Brasil, as primeiras ações afirmativas em prol da diminuição das desigualdades de gênero, do combate ao racismo e das políticas envolvendo outros recortes sociais, como idosos e pessoas LGBT. Até 1993, o movimento foi predominantemente descrito como Movimento Homossexual Brasileiro (MHB); entre 1993 e 1994, como Movimento de Gays e Lésbicas (MGL). Após 1995, apareceu, primeiro, como Movimento Gays, Lésbicas e Travestis (MGL), depois, a partir de 1999, como Movimento de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros (com sigla GLBT ou LGBT, a depender do segmento do grupo/organização). Em 2005, o XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros aprovou a utilização da sigla GLBT, de forma a realizar, oficialmente, o “B” de bissexuais e o “T” de travestis, transexuais e transgêneros (FACCHINI, 2009).

Na Conferência Nacional GLBT, em 2008, com polêmicas, foi aprovado o uso de LGBT, por pressão das mulheres que sofriam com a desigualdade de gênero e invisibilidade dentro do movimento (FACCHINI, 2009). Hoje, o “Q”, “I” e “+” foram acrescentados na sigla para englobar outras entidades de gênero, tornando “LGBTQIA+” a versão mais completa da sigla (BORTOLETTO, 2019).

Foi também de grande importância jurídica e histórica a audiência pública ocorrida em 29 de março de 2014, após 50 anos do golpe civil-militar, que depôs o presidente João Goulart e instaurou a ditadura militar por mais de 20 anos, que, em encontro intitulado de “Homossexualidades e ditadura militar no Brasil”, organizado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), pretendeu discutir os modos de vidas gays, lésbicas, travestis e transexuais, e a afirmação do movimento LGBT brasileiro, durante os anos de 1960 a 1980:

[...] Foi bastante simbólico que o antigo prédio do DEOPS, onde funcionou um dos mais importantes órgãos repressivos da ditadura e que hoje sedia o Memorial da Resistência, tivesse reservado a disputada data da efeméride do cinquentenário do golpe para pautar a discussão de um tema até então pouco prestigiado, tanto nas pesquisas acadêmicas, como nas políticas públicas de verdade, memória e justiça em relação aos crimes estatais do passado recente. Mais expressivo ainda é a constatação de que o tal prédio se localiza no coração da Boca do Lixo, região central paulistana, com enorme frequência de pessoas LGBTQs e prostitutas e que foi particularmente afetada pelas violências das forças de segurança à época. No auditório totalmente cheio, com mais de 200 pessoas, encontravam-se diversos militantes, de diferentes gerações, do movimento LGBTQ brasileiro, demonstrando um interesse até então pouco evidente do ativismo por sua própria memória e história. As poucas pesquisas que abordavam aspectos específicos em torno da repressão a estes segmentos, bem como relatos da resistência empreendida por eles, foram expostas e debatidas naquela tarde. (QUINALHA, 2018, p. 16).

O evento, considerado um marco na luta pela legitimidade dos direitos das pessoas LGBTQIA+ e na assunção de compromisso de órgãos públicos com a sociedade em geral, contou com representantes da Comissão da Verdade Nacional, da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo, além de Secretários de Justiça e de Cultura. Ali, selou-se uma espécie de acordo no qual a história, até então invisibilizada, viria à tona ao final das comissões.

Renan Quinalha (2018, p. 18), autor de trabalhos divulgados em capítulos específicos das comissões, embora reconheça os significativos avanços representados pelo resultado da CNV, aponta, dentre outros fatores que comprometeram a qualidade da abordagem temática das comissões, que a relevância da discussão envolta à proteção dos direitos LGBTQ não era pacífica, e exemplifica: “[...] na CNV houve uma discussão entre os membros, a ponto de um dos comissionados interrogar “por que esse tema de *viados*” (sic) deveria constar no relatório”.

Atualmente, a busca pela visibilidade massiva, demonstrada especialmente por meio da organização das Paradas de Orgulho Gay, e da incidência política<sup>5</sup> – demonstrada, basicamente, com o debate político em torno de candidaturas e dos projetos de lei – tem sido a principal estratégia utilizada pelo movimento. Embora as estratégias tenham resultado em efeitos positivos em prol da conquista de direitos LGBTQIA+, chamando atenção, inclusive de setores mais conservadores da sociedade; há diversos problemas enfrentados pelo grupo, como a dificuldade de encaminhamento das demandas para o Poder Legislativo.

Retrato disso é o fato de que, até o ano de 2021, apesar dos pedidos e da expectativa

---

5. “[...] A partir da redemocratização, os partidos também se converteram em canais para tornar visíveis as demandas do movimento e articulá-las politicamente. Nos anos 1990, já havia setoriais LGBTQ no PT e no PSTU e, nos anos 2000, começaram a se organizar setoriais e ações de políticas públicas dos parlamentares, bem como candidaturas LGBTQ, em vários partidos”. (FACCHINI, 2009, p. 141).

das organizações da sociedade civil, o Censo Democrático do Brasil – pesquisa, realizada a cada dez anos, de responsabilidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – não incluiu perguntas relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero para levantar dados relativos à população LGBTQIA+. Perante essa omissão, está pendente de análise pelo Plenário do Senado o Projeto de Lei nº 420, de 2021, que busca alterar a Lei nº 8.184, de 10 de maio de 1991, para dispor sobre a inclusão de perguntas sobre orientação sexual e identidade de gênero nos questionários aplicados à população por ocasião do censo demográfico (BRASIL, 2021).

Diante da, ainda, forte e atual discriminação de gênero existente no território nacional, a possibilidade de remediar abusos e de ser parâmetro para a construção do pensamento popular torna necessária a atuação dos três poderes da Federação, de forma independente e harmônica (art. 2º da CF/88), no combate às discriminações de gênero no Brasil.

Contudo, ao fazer uma retrospectiva histórica quanto à proteção de mulheres e pessoas LGBTQIA+, observa-se a existência de óbices e arbitrariedades que podem conferir efeito paralisador – e, até mesmo, retrógrado – ao fim que a promulgação de leis e adoções de políticas públicas, aprioristicamente, se propuseram.

## **OS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL**

Foucault (2016) afirma que, mesmo no contexto mais atual, toda questão moral necessita da reflexão acerca de uma questão histórica que lhe é sombra. Remete-se, pois, à transição entre o regime republicano e o império, em Roma, por volta do ano 18 a.C., efetuada por seu primeiro imperador, Augusto (31 a.C. - 14 d.C.), para pautar a cultura ocidental que, por séculos, constrói o gênero feminino como inferior, frágil e subordinado às vontades masculinas.

Nesse tocante, esclarece-se que, ao examinar o desenvolvimento patriarcal romano, não há como finalidade reconhecê-lo como berço cultural para a subordinação das mulheres, especialmente ao considerar que esta advém ainda de tempos mais antigos, quando, para realização das atividades básicas e de sustento, as famílias precisavam de uma grande quantidade de membros, ficando ao encargo dos homens o exercício das atividades desenvolvidas fora da caverna, enquanto as mulheres, por estarem grávidas ou cuidando dos filhos, permaneciam no lar.

O sucesso dos homens na desenvoltura das atividades realizadas fora, como a caça, a pesca, o plantio e a colheita, propiciava poder econômico e permitia o exercício de atividades políticas na organização da comunidade, tornando-lhes não apenas dominadores

do espaço público, mas também do privado, como chefes da família (LOPES, 2008).

Assim, o marco temporal adotado possui como único objetivo tomar Roma Antiga como referência histórica, sobretudo por sua relevância na formação da cultura jurídica ocidental, para análise da legislação brasileira e das relações de poder empreendidas em desfavor do gênero feminino.

Na transação imperial romana, dentre inúmeras transformações políticas realizadas, o Imperador Augusto instituiu uma reforma moral que culminou na criação de um conjunto de leis para disciplinar as relações matrimoniais e extramatrimoniais. A legislação era composta por: Lei Júlia sobre adultério, Lei Júlia sobre as ordens matrimoniais e Lei Papia-Popeia, conhecidas como “Leis matrimoniais de Augusto” (AZEVEDO, 2019).

O ordenamento transferiu para a esfera pública práticas que eram pertencentes ao ambiente privado e doméstico, ocasionando uma reconfiguração dos direitos e dos deveres do *pater familias*, o chefe de família romana. As leis buscavam estimular o casamento e a procriação com disposições que privilegiavam homens e mulheres casados e com filhos, mas anular a mulher adúltera, que era totalmente expurgada ou considerada prostituta<sup>6</sup>.

O adultério retratava a desordem social, que necessitava de coibição. Contudo, o homem casado poderia manter relações sexuais fora do casamento, apenas sendo considerado adúltero quando estabelecia relações com mulher casada, isso porque a prática era considerada uma ofensa ao marido da mulher em matrimônio. A mulher, por sua vez, era considerada adúltera quando mantinha relação sexual com homem que não era seu marido, fosse ele casado ou não. Havia uma duplicidade na punição do adultério, que ora punia e ora tolerava, retrato do antagonismo institucionalizado entre os sexos.

No Império Romano, havia duas classes de mulheres: as matronas e as prostitutas, ambas dependentes de homens para que lhes fossem garantidos os meios de subsistência, sejam eles por um único homem (pai ou marido) ou por um ou mais homens, por meio da prostituição (AZEVEDO, 2019).

Vigente a ideia de manutenção da propriedade privada para fins econômicos, cabia à mulher os feitos domésticos, enquanto ao homem incumbia a realização das práticas agrícolas e comerciais. As tarefas eram estritamente delineadas e transmitidas de pai para filho (homem), sendo este o sucessor da propriedade familiar (AZEVEDO, 2017). Assim, a manutenção da relação de dependência e cooperação da mulher era assegurada pela sujeição financeira ao *pater familias*, pela força física e pela divisão criada entre mulheres

---

6. McGinn (1998) afirma que um dos objetivos de Augusto com as Leis matrimoniais foi valorizar a cidadania romana e desviar a ascensão de certos grupos, servindo a categoria das prostitutas como instrumento de reprovação social. Nesse sentido, Azevedo (2017) corrobora ao afirmar que as prostitutas, pertencentes a setores mais humildes e vistas como mulheres não respeitadas, simbolizavam a oposição ao estereótipo virtuoso e fiel da *mater familias*.

respeitadas e prostitutas.

A ideologia patriarcal e machista, já observada na Antiguidade, molda o comportamento social contemporâneo, seja ele exercido pela manipulação ideológica ou pela força física. Vestígios de tempos passados ainda podem ser encontrados em instituições político-sociais brasileiras. O Brasil tem, constantemente, utilizado do Direito para a manutenção de uma estrutura social discriminatória, que valora uma sociedade machista e subjuga o gênero feminino (LOPES; MIRANDA, 2013).

As Ordenações Filipinas<sup>7</sup> permitiam ao marido o assassinato da esposa adúltera e de seu amante, salvo se o marido fosse peão ou o amante fidalgo, desembargador ou pessoa de maior honraria (PORTUGAL, 1858). No Código Criminal do Império, em 1830, a permissão de morte foi retirada, todavia, previa atenuante para o homicídio praticado pelo marido na hipótese de suspeita de adultério (BRASIL, 1830).

O segundo Código Penal brasileiro, de 1890, trouxe novidade que interferiu, diretamente, no modo em que os assassinatos às mulheres foram tratados dali em diante. O adultério passou a ser crime enquadrado no capítulo de “crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, além disso, em seu Título VII, art. 268, trouxe penalidades a quem esturpasse mulheres “virgem ou não, mas honesta” (BRASIL, 1890).

A tipificação do adultério como crime de ofensa à honra demonstra o quanto o caráter das mulheres estava pautado em sua sexualidade. Além disso, a legislação previa isenção de culpa, nos casos de homicídios contra mulheres, para aqueles que se encontravam em estado de perturbação mental, dando margem ao desenvolvimento do “crime passional”.

O Código Penal brasileiro de 1940, promulgado por Getúlio Vargas e vigente até hoje, ao possuir como finalidade a tutela do casamento e da família, manteve a tipificação do adultério, o que apenas foi revogado em 2005 (BRASIL, 1940). Em paralelo às disposições penais, o Código Civil de 1916, responsável por reger as relações civis brasileiras por mais de oitenta anos, continha disposições reveladoras no que atine à legalização do preconceito e à subordinação das mulheres, e muito contribuiu para a reafirmação das relações patriarcais de controle da mulher pelo homem (BRASIL, 1916).

Fortemente influenciada pelo direito romano, a legislação tratou o casamento civil como única forma de constituição de família validada pelo ordenamento jurídico brasileiro. As relações mantidas fora do leito matrimonial sofriam forte discriminação legal ao serem, expressamente, consideradas ilegítimas, denominação que se estendia aos filhos nascidos

---

7. As Ordenações Filipinas eram compilações de normas editadas pela Coroa Portuguesa, reunidas sem grande coerência ou lógica, não sendo capazes de configurar um código. Foram editadas por Portugal no início do século XVII e permaneceram vigentes no Brasil até 1917.

fora do casamento. Dispunha o artigo 332 do Código: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção” (BRASIL, 1916).

O tratamento diferenciado entre homem e mulher era legitimado. A mulher casada era considerada relativamente incapaz (art. 6º, inciso II) e não podia exercer certos atos da vida civil sem o consentimento de seu marido. Além disso, o marido era considerado chefe da sociedade conjugal e possuía competências para, dentre outras, prover a representação legal da família, administração dos bens, autorizar a profissão da mulher e sua eventual residência fora do lar do casal (art. 233), ao passo que a mulher assumia os apelidos do marido e a condição de “companheira, consorte e auxiliar dos encargos familiares” (art. 240) (BRASIL, 1916).

O controle do trabalho da mulher pelo marido se dava sob justificativa de que o exercício do labor poderia levar à negligência de seus deveres com o lar e com a família. Havia, ainda, o receio de que o contato da mulher com o mundo, fora das paredes de seu lar, pudesse despertar interesse em outros homens ou mudanças de seu comportamento na sociedade, este último especialmente em virtude da ebulição dos movimentos feministas que confrontavam as bases jurídicas, econômicas e sociais vigentes à época.

Tais preocupações foram reproduzidas pelo jurista Alfredo Farhat:

Nos casos em que a mulher casada trabalhe, estude, exerça o magistério ou outra profissão fora do lar, este é geralmente negligenciado. Falta-lhe tempo necessário para atender os afazeres caseiros, à assistência e orientação da prole, porque o nervosismo e o cansaço afetam o seu comportamento para os filhos e o marido, o que inexoravelmente, causa perturbações na vida comum e desarmonia do lar.

Há um perigo maior ainda: os seus contatos fora da família, permitem-lhes conhecer outros homens que, por faltar à convivência diária, ela considere melhor que seu marido e a levam a cortar o vínculo conjugal. (FARHAT, 1971, p. 70).

Nos termos do Código de 1916, em seu art. 315, o casamento era indissolúvel, somente sendo permitidas novas núpcias com a morte de um dos cônjuges ou com a incidência de alguma das hipóteses de nulidade ou anulação do casamento. Nem mesmo o desquite, que apenas cessava os direitos e as obrigações inerentes aos cônjuges, era capaz de interromper o vínculo conjugal e, por conseguinte, permitir novos casamentos; ao contrário, a lei permitia, a qualquer tempo, que os cônjuges restabelecessem a sociedade marital (BRASIL, 1916).

O pedido litigioso de desquite<sup>8</sup> apenas poderia ser realizado por motivo de adultério,

---

8. O art. 318 do Código Civil de 1916 permitia o desquite por mútuo consentimento, tendo como requisitos: o casamento

tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, ou abandono voluntário do lar por dois anos ininterruptos (art. 317). A mulher considerada culpada pelo fim da sociedade conjugal era punida com limitação ao exercício do direito à prestação alimentícia – que apenas era devido à “mulher inocente e pobre” (art. 320) – mesmo que impossibilitada de prover sua subsistência, além de ser condenada a retirar o sobrenome do marido, inclusão que era obrigatória em razão do casamento (BRASIL, 1916).

O avanço dos movimentos feministas permitiu o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), que, ao revogar o art. 6º, inciso II, do Código Civil de 1916, atribuiu plena capacidade civil à mulher, marco para a emancipação dos direitos civis das mulheres. A mulher passou a exercer direitos que anteriormente dependiam da autorização do marido, como aceitar ou repudiar herança ou legado e exercer profissão (BRASIL, 1962).

Não obstante, o divórcio apenas foi permitido com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que significou a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal e da contração de novas núpcias, desde que houvesse separação judicial (substituta à terminologia do desquite) por três anos e sentença de divórcio transitada em julgado. A lei trouxe também mudança no que tange ao regime legal de bens, que passou de comunhão universal para comunhão parcial (BRASIL, 1977).

O crescimento dos movimentos feministas e de sua contribuição política e social para o novo posicionamento das mulheres na sociedade fez surgir, em São Paulo, no ano de 1983, o Conselho Estadual da Condição Feminina, primeiro conselho de gênero brasileiro. Em 1985, foi a vez de inaugurar a Delegacia de Defesa da Mulher, fato que simbolizou o reconhecimento, pelo Estado, da necessidade do tratamento diferenciado dispensado aos grupos frequentemente excluídos socialmente. De imediato, a delegacia foi procurada por muitas mulheres, evidenciando a existência real e grave da violência contra as mulheres (PASINATO; SANTOS, 2008).

Em 1986, os componentes da Câmara dos Deputados, com mandato de 1986 a 1990, tiveram funções constituintes. Mesmo com baixa representatividade das mulheres, no universo em que apenas 5,7% dos cargos para deputados federais eram compostos por elas, a partir da associação entre os Conselhos Estaduais de Direitos das Mulheres e o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, foi realizado um encontro nacional, no Congresso Nacional, em Brasília, reunindo centenas de representantes do movimento feminista, que teve como fruto a elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes” (PINTO, 2007).

---

por mais de dois anos e manifestação do pleito perante o juiz, sujeito à homologação (BRASIL, 1916).

Tal carta se constituiu em um documento que sintetizou as demandas das mulheres brasileiras e foi entregue ao Deputado Ulisses Guimarães, por meio do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, em março de 1987. Com esse movimento, iniciou-se o “Lobby do Batom”<sup>9</sup>, “[...] movimento de sensibilização dos deputados e senadores sobre a relevância de considerar as demandas das mulheres para a construção de uma sociedade guiada por uma Carta Magna verdadeiramente cidadã e democrática” (PITANGUY, 1988, s.p.).

Pela primeira vez na história, havia sido criado “[...] um grupo suprapartidário de constituintes que ofereceram um apoio fundamental ao nosso lobby e que ficou conhecido como bancada feminina (PITANGUY, 1988, s.p.)”. A atuação do “Lobby do Batom” garantiu direitos não somente às mulheres, mas às crianças, aos adolescentes, à população negra, às pessoas com deficiência, aos idosos, dentre outros.

O advento da Constituição Federal de 1988, no parágrafo 6º de seu art. 226, diminuiu para um ano o prazo para conversão da separação judicial em divórcio. Além disso, o novo texto constitucional estabeleceu o divórcio direto, ou seja, realizado sem necessidade de prévia separação judicial, exigindo, no entanto, a comprovação da separação de fato dos cônjuges há mais de dois anos (BRASIL, 1988). Apenas em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, foi suprimido qualquer prazo para o pedido de divórcio (BRASIL, 2010).

Em 1994, a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da aprovação da Convenção para a Eliminação, Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará – definiu a violência física, sexual e psicológica contra mulheres como “ato ou conduta baseada no gênero”, além de configurá-la como violação aos direitos humanos. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995, por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 (BRASIL, 1996).

Com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, advindos da Lei nº 9.099, de 1995, como forma de informalizar a justiça e torná-la mais eficiente e célere, foi retirado das Delegacias de Defesa da Mulher o papel de investigação e mediação da maioria dos crimes ali notificados (BRASIL, 1995). A Lei dos Juizados Especiais recebeu críticas por parte dos movimentos feministas, sob a justificativa de que a nova norma levaria à banalização da violência doméstica, especialmente em virtude da resignificação das penas e dos crimes (PASINATO; SANTOS, 2008).

Até 2004, não havia qualquer projeto de lei em trâmite perante o Poder Legislativo

---

9. De acordo com a análise realizada por Liandra Lima Carvalho (2017, p. 44), “[...] tal nomenclatura surge como sinônimo a expressões machistas e preconceituosas como ‘Clube da Luluzinha’, ‘reuniões de comadres’, entre outras. É como se mulheres reunidas, pudessem, ou melhor, tivessem, somente a capacidade para conversar sobre futilidades, como maquiagem, batom”.

que tratasse de maneira ampla sobre a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres. No entanto, com a ampla participação dos movimentos feministas e a pressão dos sistemas internacionais de defesa dos direitos humanos, passou a tramitar o Projeto de Lei nº 4.559, de 2004, que culminou na promulgação da Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha).

Maria da Penha, em 1983, sofreu duas tentativas de feminicídio praticadas por seu, à época, marido, ficando paraplégica em função de um tiro de espingarda dado ainda na primeira tentativa. O término do processo criminal e a condenação do réu apenas se deram quase vinte anos após o crime.

O caso Maria da Penha foi levado, em 1996, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), denunciado pela própria vítima com apoio de organizações internacionais de direitos humanos. Em abril de 2001, a CIDH emitiu relatório em que concluiu pela violação do direito de Maria da Penha ao devido processo legal, além de apontar omissão e tolerância do Brasil à violência contra mulheres, manifestada através da ausência de eficiência do Poder Judiciário (CIDH, 2001).

Nesse ínterim, a pressão internacional promovida pela CIDH, culminou, em 7 de agosto de 2006, com a promulgação da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha (LMP), que criou arranjos institucionais, novos tipos penais e políticas públicas na defesa ao direito do gênero feminino. A LMP reflete uma duradoura e estreita articulação entre o Estado e os movimentos feministas, como também a fortaleza instrumental e simbólica do Direito como recurso de efetivação de pessoas em situação de vulnerabilidade social.

A LMP procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não somente da imputação de uma pena maior ao agressor. Dessa forma, estabeleceu um conjunto de instrumentos para viabilizar a proteção e o acolhimento integral à vítima, inclusive isolando-a do agressor, assim como criou mecanismos para assistência social da mulher ofendida.

Apesar disso, em 2007, diante de diversos pronunciamentos judiciais entendendo pela (in)constitucionalidade de dispositivos da LMP, a Presidência da República, sob o governo Lula, por intermédio da Advocacia Geral da União (AGU), ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei<sup>10</sup> e uniformizar o

10. "Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[...]

entendimento acerca dos dispositivos legais.

Em defesa da constitucionalidade dos artigos contidos na LMP, associações em defesa dos direitos humanos (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – THEMIS; Instituto para a Promoção da Equidade – IPÊ; Instituto Antígona; Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM/BRASIL e Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM), além do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, solicitaram ingresso no processo como *amicus curiae*, todas admitidas pelo Ministro Relator Marco Aurélio ao assentar com a importância dos institutos na proteção do direito da mulher.

Os dispositivos constitucionais e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, associados aos argumentos apresentados pela Advocacia Geral da União e pelos terceiros participantes como *amicus curiae*, culminaram no reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, por unanimidade dos ministros da Corte.

O Ministro Marco Aurélio, Relator da ADC, reconhecendo o histórico de discriminação e sujeição enfrentado pela mulher na esfera afetiva e na decorrente invisibilidade conferida às violências cometidas no seio de seu lar, afirmou em seu voto:

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. (BRASIL, 2014).

As discussões jurídicas pautadas na Lei Maria da Penha, conquistada por meio da organização de grupos de pressão e de estratégias de mobilização política e jurídica, abriram canais institucionais para as organizações de defesa aos direitos das mulheres, sedimentou parcerias com agências estatais e lançou debates sistemáticos nos tribunais, demonstrando a poderosa força simbólica que a criação de normas e a atividade interpretativa possuem (MACIEL, 2011).

A Lei Maria da Penha simboliza um efetivo caminhar dos movimentos feministas rumo à voz ativa do gênero na sociedade, sendo, inegavelmente, um importante marco na

---

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

[...]

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (BRASIL, 2006).

conquista de direitos pelo grupo. Não obstante, a norma traz em seu bojo conceitos que advêm de discussões teóricas e documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem, contudo, defini-los, ficando a cargo da jurisprudência a atividade interpretativa para a aplicação do diploma legal. Conceitos como violência doméstica, violência familiar, violência contra a mulher e, principalmente, gênero, chegam ao intérprete carente de conceituação delimitada.

Como consequência, esses conceitos contidos na lei encontram significação prática na interpretação dos magistrados, que, por vezes, não possuem familiaridade com as reivindicações e as discussões do feminismo internacional que originaram os conceitos postos na LMP (ALBUQUERQUE, 2013).

À título exemplificativo, percebe-se que, na prática jurisprudencial, magistrados vêm proferindo decisões que divergem quanto ao encaminhamento da demanda recebida aos juizados especiais de violência doméstica ou para juízos comuns, o que enseja quantidade significativa de conflitos negativos de competência<sup>11</sup>. Chamam, inclusive, atenção os acórdãos que constroem uma linha argumentativa pautada na vulnerabilidade/fragilidade da vítima em relação ao agressor como condição indispensável à incidência da legislação<sup>12</sup>.

Tais decisões trazem à tona a preocupação de que, na formação do entendimento jurisprudencial sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, o foco da fundamentação pode não ser o contexto em que a violência foi cometida, mas a caracterização da vítima, mesmo que a lei não traga no seu bojo qualquer exigência de sujeição da agredida em relação ao agressor para sua aplicação.

O silêncio, a subjugação e o consentimento feminino quanto às violências morais e físicas sofridas, tornaram necessária a intervenção ativa estatal para disseminação de uma longa cultura patriarcal e machista que incita o preconceito e a discriminação entre gêneros. Foi, sob essa perspectiva, a criação da Lei 11.340/2006, que constitui o reconhecimento pelo legislador do dever de especial proteção pelo Estado para reequilibrar a desproporcionalidade entre gêneros, culturalmente construída – e, portanto, totalmente alheia às diferentes características sexuais existentes entre homens e mulheres.

A proteção legal não é – e não pode ser, sob o risco de fugir ao fim da própria norma

---

11. Retoma-se à declaração de constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, o qual dispõe sobre a não aplicação da Lei 9.099/95 para os crimes dispostos na legislação especial, em virtude da informalidade e do caráter despenalizador dos juizados, contrários à finalidade da Lei Maria da Penha, que visa aumentar o rigor e a punição dos crimes de violência doméstica e familiar praticado em desfavor do gênero feminino.

12. É possível notar a divergência que paira sobre o tema ao realizar análise de dois julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ: em um, há a compreensão de que é necessário avaliar o estado de vulnerabilidade da agredida para aferir a competência do Juizado de Violência Doméstica (BRASIL. STF, 2017); ao tempo que, no outro, é exarado o entendimento de que a proteção especial conferida à mulher independe de demonstração concreta de fragilidade física, emocional ou financeira da agredida (BRASIL, 2016).

– conferida a uma pessoa do gênero feminino que possua características específicas, dado que a norma já presume o estereótipo de “frágil” e “vulnerável” que foi cravado em desfavor do gênero pelas construções histórico-sociais ao longo dos séculos.

Ao excluir da aplicação normativa a pessoa do gênero feminino que enfrenta o estereótipo imposto e busca a atuação em pé de igualdade com o masculino no espaço público, há a desconsideração da violência simbólica sofrida pelo grupo, proveniente de uma maioria política, predominantemente formada por homens que anseiam a manutenção do poder.

A necessidade de enquadramento da vítima, no caso concreto, como frágil em detrimento de uma pessoa do gênero masculino, reafirma e naturaliza as formações sociais discriminatórias e machistas que a legislação especial busca elidir. Tal caracterização não apenas corrobora com um discurso dominante de posse sobre o feminino, mas faz com que o próprio gênero se identifique e aceite a inferioridade e a submissão que lhes são prescritas, ceifando as forças de resistência em face do acolhimento da situação imposta.

Ao reforçar as próprias forças que fundamentaram a criação da norma, cumprem os julgadores, de forma legitimada, uma função política de dominação de uma classe sobre a outra, utilizando-se do Direito como instrumento de controle social.

Atrelado ao esforço interpretativo, que, tantas vezes, põe à mingua o conteúdo disposto na LMP, há de se considerar a deficiência de serviços de amparo e atendimento à mulher em inúmeras cidades brasileiras, de modo a tornar ineficazes várias das disposições trazidas pela lei. Além disso, a demora na prestação dos serviços, que iniciam ainda no socorro administrativo-policial à vítima, bem como do procedimento jurisdicional necessário ao deferimento da medida protetiva, faz com que vítimas não tenham seus direitos assegurados, e acabem padecendo da impunidade (ALBUQUERQUE, 2013).

Em que pese o avanço legislativo no tocante à inserção no mercado de trabalho das mulheres – sem necessidade do consentimento do marido, como disposto no Código Civil de 1916 – bem como à tutela do tratamento igualitário, constante no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, é inegável a existência de barreiras limitadoras, determinadas pelo sexo e pelo gênero, no ambiente laboral.

A divisão sexual do trabalho é consubstanciada na forma “[...] como as relações sociais de sexo estão estabelecidas no âmbito das relações de produção e reprodução da vida material, ou seja, abarca a divisão de atribuições, tarefas, lugares sociais para mulheres e homens, que repercute fortemente no cenário trabalhista hodierno” (VIEGAS; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 49).

Historicamente, designou-se ao homem a direção da sociedade e a esfera produtiva,

enquanto a mulher foi restrita ao ambiente privado, de reprodução da espécie e cuidado com os vulneráveis. Nesse interim, Hirata (2007) aponta dois princípios que determinam a divisão social do trabalho: 1) o princípio da separação do trabalho, atribuindo trabalhos específicos para homens e para mulheres; e, 2) o princípio hierárquico, segundo o qual o trabalho do homem vale mais que o da mulher.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2019, aponta que, embora, entre a população com 25 anos ou mais, 15,1% dos homens e 19,4% das mulheres tivessem nível superior completo, as mulheres representavam menos da metade (46,8%) dos professores de ensino superior no Brasil. Além disso, em cursos de graduação, elas ocupavam posição minoritária; quanto entre aos alunos das áreas ligadas às ciências exatas e à esfera de produção, a pesquisa aferiu que apenas 13,3% dos alunos de Computação e Tecnologia da Informação e Comunicação são mulheres, enquanto elas ocupam 88,3% das matrículas na área de bem-estar, que contemplam cursos como o de Serviço Social.

Ainda de acordo com o estudo, apesar de mais instruídas, as mulheres ocupavam 37,4% dos cargos gerenciais e recebiam 77,7% do rendimento dos homens – enquanto o rendimento médio dos homens era de R\$ 2.555,00 (dois mil quinhentos e cinquenta e cinco reais), o das mulheres era de R\$ 1.985,00 (mil novecentos e oitenta e cinco reais). Ademais, as mulheres se dedicam quase o dobro de tempo em cuidados e/ou afazeres domésticos que os homens: 21,4 horas contra 11 horas semanais (AGÊNCIA IBGE, 2021).

Dos dados acima analisados, verifica-se que, mesmo os direitos conquistados pelas mulheres ao longo do tempo ainda não são suficientes para sustentar uma trajetória ocupacional que possa dar fim às desigualdades entre as funções atribuídas aos homens e as mulheres. Não se olvida, portanto, que, mesmo reconhecendo a crescente inserção das mulheres no mercado de trabalho e em espaços de poder, ainda persiste a desigualdade laboral determinada pela divisão sexual do trabalho, seu acesso ao trabalho remunerado permanece condicionado à domesticidade das relações pessoais, ou seja, à conciliação entre as atividades laborais e as responsabilidades familiares.

Desse modo, no Brasil, as mulheres ainda encontram situações específicas de dificuldade e concretização de seus direitos. Embora haja legislação própria no tocante à proteção dos direitos do grupo, estes carecem de plena efetividade, de modo que a visão machista a respeito da mulher, enquanto mantenedora da estrutura familiar e responsável pelo bom desenvolvimento da prole, perdura intensamente e ainda é capaz de moldar o pensamento social.

## OS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTQIA+ NO BRASIL

Os comportamentos sexuais que não seguem o padrão binário (homem/mulher) não são plenamente aceitos e tratados com naturalidade. Como mencionado por Judith Butler (2003, p. 41), “[...] a regulação binária da sexualidade suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica”.

As práticas discriminatórias, contra pessoas que não se enquadram nesse padrão binário causam consequências sociais, físicas e psicológicas negativas na identidade da vítima. Diante da necessidade de tutela estatal das diferenças, surge a comunidade LGBTQIA+, a qual busca construir uma identidade que, ao passo que inclui todos sob uma única bandeira, também o faz individualmente, por meio das representações específicas que cada letra da sigla traz consigo (BORTOLETTO, 2019).

As pessoas LGBTQIA+ e o mundo que as rodeia vivem em constante mudança e evolução, de modo que novas pautas são frequentemente adicionadas às discussões que envolvam identidades ou orientações diferenciadas, seja no âmbito político ou social. A sigla se originou como GLS, incluindo gays, lésbicas e simpatizantes; não obstante, com a revelação de outras identidades e orientações, novas siglas, novos termos e novos conceitos foram nascendo.

Como já mencionado em tópico anterior, embora a sigla LGBT (lésbicas, gays, travestis, transexuais e transgêneros), após a aprovação na I Conferência Nacional GLBT, tenha se tornado a denominação oficial, nos meios de militância, surgem novas letras para representar outras identidades e orientações, como o “i”, de intersex”, o “q”, de *queer*, e o “a”, de agêneros ou assexuados<sup>13</sup>.

A bandeira da comunidade LGBTQIA+ cobre todos aqueles que dela fazem parte, no entanto, também é possível separar as partes da bandeira que cobrem cada um dos segmentos, em suas especificidades. Vale, no entanto, ressaltar que “[...] a identidade que a comunidade LGBTQIA+ carrega consigo coexiste com a identidade de cada uma das siglas, não se sobressaindo nem se escondendo, mas simplesmente se completando” (BORTOLETTO, 2019, p. 11).

Um homem gay enfrenta situações e desafios diversos que uma mulher lésbica, isso porque homens e mulheres possuem exigências, socialmente impostas, diferentes, o que leva à criação de barreiras também diferenciadas. Uma mulher, quando transexual, enfrenta, ainda, outros obstáculos. Brah (2006, p. 371-372) explana acerca de como as

---

13. Neste trabalho, por se acreditar que a denominação é aberta e sempre sujeita a mudanças, adota-se a sigla LGBTQIA+.

diferenças moldam as identidades de cada pessoa, individualmente, mesmo quando há uma identidade coletiva:

A relação entre biografia pessoal e a história coletiva é complexa e contraditória. Enquanto as identidades pessoais sempre se articulam com a experiência coletiva de um grupo, a especificidade da experiência de vida de uma pessoa esboçada nas minúcias diárias de relações sociais vividas produz trajetórias que não simplesmente espelham a existência do grupo. De maneira semelhante, identidades coletivas não são redutíveis à soma das experiências individuais. Identidade coletiva é um processo de significação pelo qual experiências comuns em torno de eixos específicos de diferenciação [...] são investidas de significados particulares.

Como identidade é um processo e as diferenças coexistem, a mutabilidade das letras que representam cada vertente da comunidade é necessária:

[...] Partindo do ponto de vista de um indivíduo específico, sua identidade geral possui traços de sua identidade LGBTQIA+, que se manifesta de forma diferente quando membro da comunidade e quando uma pessoa exclusiva. Se por um lado ele pertence ao todo que é a comunidade, por outro ele também é um indivíduo de características únicas, e dentro dessa comunidade, se identifica com alguma vertente específica da comunidade, assumindo papéis sociais e políticos a partir dessa homossexualidade que o representa. (BORTOLETTO, 2019, p. 12).

Não obstante, ressalvada a importância em realizar a distinção dos grupos com identidades e orientações diferenciadas que compõem a população LGBTQIA+, para atingir o fim que este trabalho se pretende, a análise, adiante realizada, reduz-se aos aspectos que se relacionam à população LGBTQIA+ de maneira geral, sem adentrar aos aspectos particulares inerentes a cada grupo específico.

Ao tratar da população LGBTQIA+, é preciso considerar que a precariedade dos direitos que os envolvem aumenta à medida em que há a adoção de uma moralidade sexual, que reduz as experiências de sexo e de gênero ao binômio: homem/masculino e mulher/feminino (IRINEU; OLIVEIRA, 2021). Embora a possibilidade de casamento entre pessoas LGBTQIA+, por exemplo, signifique um grande salto na luta pelos direitos do grupo, os maiores indicadores da desproteção social LGBTQIA+ são: a violência nos espaços públicos e a não inserção formal de membros do grupo nos ambientes de trabalho (IRINEU; OLIVEIRA, 2021).

Mesmo que timidamente, no final do século XX, as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo passaram a ser aceitas pelo direito brasileiro como sociedades de fato, fazendo com que as questões advindas dessa relação fossem juridicamente analisadas, justificando-se a partilha e a herança de bens (DIAS, 2009). Apesar disso, o reconhecimento de tais direitos não produzia efeitos para toda a população LGBTQIA+, pois, para usufruírem

de tais, precisavam ingressar judicialmente para obter a chancela estatal, em razão de o direito à diversidade sexual não estar automaticamente garantido (PIOVESAN; SILVA, 2015).

A promulgação da Constituição de 1988 refletiu a adoção de uma nova perspectiva normativa, voltada ao reconhecimento do cidadão, enquanto destinatário de toda a ordem jurídica, em rompimento definitivo com os Atos Institucionais que legitimaram as barbáries ocorridas durante o período da ditadura militar.

Embora já houvesse, desde o ano 2000, judicialização das demandas LGBTQIA+ e, desde 1995, projetos de lei em trâmite, foi no II Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II), lançado em 2002, que se encontraram as primeiras ações voltadas à promoção dos direitos do grupo e o combate à violência e às discriminações (BRASIL, 2002).

Ainda assim, o primeiro documento específico de políticas e ações apenas se deu em 2004, no Governo Lula, por meio do Programa Brasil Sem Homofobia (BSH). O programa tinha como objetivo o combate à violência e à discriminação GLBT<sup>14</sup>, além da promoção da cidadania homossexual (BRASIL, 2004), “[...] contando com 53 ações divididas em 11 eixos voltados para capacitação de ativistas, disseminação de informações, incentivos às denúncias de violações de direitos, dentre outras previsões” (BRASIL, 2004).

O BSH previa a realização da I Conferência Nacional GLBTI, da qual se criou o I Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos LGBT, em 2009, com o escopo de orientar a construção de políticas públicas de combate às desigualdades e inclusão do grupo. O plano adotou como diretrizes a intersectorialidade e a transversalidade ao afirmar que o combate à homofobia necessitava de ações integradas entre educação, saúde e segurança; também previu articulações com o Congresso Nacional a fim de aprovar legislações protetivas sobre, entre outros, identidade de gênero, direito de família, criminalização da homofobia (BRASIL, 2009).

O I Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos foi fundamental para incluir a homofobia na agenda pública, mas impôs inúmeras dificuldades para a implementação das ações previstas, em razão da ausência de dotação orçamentária e de um marco legal para a finalidade proposta (IRINEU, 2019).

Em cumprimento à previsão contida no I Plano Nacional LGBT, no ano de 2010, por meio do Decreto nº 7.388, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que, ao atuar como espaço de articulação e controle social, congregava a sociedade civil e o Estado no monitoramento das políticas e das ações públicas voltadas às pessoas LGBTQIA+

---

14. Sigla à época utilizada.

(BRASIL, 2010).

O mandato de Dilma Rousseff, eleita em 2010, continuou a incorporar as demandas do grupo na agenda pública. Já em 2011, para a realização de um conjunto de ações em diversas áreas da saúde, foi lançada a Política Nacional de Saúde Integral da População LGBT. Após, em 2013, com a finalidade de criar conselhos e secretarias municipais para fortalecer a proteção dos direitos do grupo, foi lançado o Sistema Nacional de Enfrentamento à Violência LGBT (BRASIL, 2013).

Durante muitos anos, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, digna de igualitarismo em relação à união entre casais heterossexuais, integrou a luta da comunidade LGBTQIA+. Diante da repercussão social acerca do tema, os tribunais brasileiros vinham chancelando relações homoafetivas e concedendo diversos direitos e deveres a parceiros homossexuais, como partilha de bens e benefício de pensão por morte (PIMENTEL, 2017).

Foi nesse contexto que, em maio de 2011, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF (BRASIL, 2011) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, de relatoria do ministro aposentado Ayres Britto. O Tribunal, por unanimidade, em julgamento de especial importância à comunidade LGBTQIA+, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhes todos os direitos e deveres consagrados pelo art. 226, §3º da Constituição Federal e pelo art. 1.723 do Código Civil, que até então amparavam apenas as uniões heterossexuais.

O Relator votou no sentido de atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, o qual reconhece “[...] como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Assim, segundo o ministro, à época, deve ser excluída qualquer significação que implique em impedimento ao direito dos casais homossexuais de ter sua união estável reconhecida como entidade familiar, fundamentando-se na vedação ao preconceito, trazida pelo art. 3º, inciso IV, da CF/88.

Em seu voto, o ministro aposentado Ayres Britto (BRASIL. STF, 2011, p. 21, grifo original) afirmou:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de norma é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado

e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc.).

Contudo, mesmo com o reconhecimento pelo STF da validade da união estável homoafetiva, houve o silêncio em diversos outros temas decorrentes da judicialização, como a possibilidade da conversão da união estável em casamento, fazendo com que os casais homoafetivos continuassem enfrentando barreiras para exercer plenamente o direito à diversidade sexual, inclusive perante o próprio Poder Judiciário (PIOVESAN; SILVA, 2015).

Apenas em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante de denúncias de que os cartórios estavam se recusando a registrar uniões ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, editou a Resolução nº 175, que, em obediência ao caráter vinculante da decisão proferida pelo STF, determinou ser vedada às autoridades registras recusar a habilitação, a celebração de casamento civil ou a de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2013).

A resignificação conferida pelo Tribunal ao art. 226, §3º da Constituição, que, embora tenha alterado o significado da norma, não modificou o texto escrito, muito suscitou, perante a doutrina, a ocorrência de uma mutação constitucional. No Capítulo seguinte, será realizado estudo acerca da ocorrência, ou não, do fenômeno, de maneira a analisar o preenchimento dos requisitos clássicos inerentes ao fenômeno.

Realizado o adendo acima, retoma-se a discussão acerca dos direitos LGBTQIA+ no Brasil.

Apesar de os transexuais terem, possivelmente, sido o grupo que mais sofreu com a invisibilidade – inclusive por essa modalidade de identificação social ser, até o ano de 2018, catalogada como doença pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro (IRINEU; OLIVEIRA, 2021) – também em 2018, após decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 4.275/DF, tiveram reconhecido o direito de alterar o nome e o sexo no registro civil, sem que se submetam a cirurgia (BRASIL, 2018). Após, o CNJ, por meio do Provimento nº 73, regulamentou a alteração de nome e sexo no registro civil, podendo a alteração ser realizada no próprio registro de ofício (BRASIL, 2018).

A pauta da criminalização da homofobia, após recusas e engavetamentos pelo Poder Legislativo, chegou ao STF, por meio do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF (BRASIL, 2020), que visou a criminalização específica da homofobia e da transfobia (BRASIL, 2019). O julgamento da ação ocorreu em junho de 2019, quando o STF entendeu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como “racismo social”, nos termos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei de Racismo).

A Lei de Racismo enquadra como crime aqueles resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989). No julgamento em análise, a expressão “raça” teve seu sentido alargado, mediante interpretação conforme a Constituição, de modo a abranger atos homofóbicos e transfóbicos.

De forma também histórica, em 2020, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543/ DF (BRASIL, 2020), que visava a declaração de inconstitucionalidade da proibição da doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens nos 12 meses anteriores à doação. O julgamento resultou na declaração de inconstitucionalidade da proibição, de modo que homens que tiveram relações sexuais com outros homens nos 12 meses anteriores à doação e/ou parceiros sexuais destes passam a se submeter aos mesmos critérios para doação que o restante da população (BRASIL, 2020).

Em abril do mesmo ano, o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 457/GO, na qual, em linhas gerais, questionou-se dispositivo de lei municipal que proibia materiais didáticos com conteúdo relativo a questões de gênero e sexualidade. A ação resultou no reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade formal e material da norma.

Ocorre que, mesmo com os diversos avanços propiciados pela luta das pessoas LGBTQIA+ pelo reconhecimento e pela proteção de seus direitos, existem questões carentes de tutela. No que diz respeito à intimidade das pessoas LGBTQIA+, não há normas específicas que garantam a confidencialidade das informações envolvendo diversidade no âmbito laboral, inclusive no momento da contratação para evitar discriminação em razão do sexo ou do gênero do contratado (PIOVESAN; SILVA, 2015).

No tocante à discriminação ocasionada pela orientação sexual e pela desigualdade de gênero, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) estabelece o crime de pederastia no âmbito das forças armadas, capaz de excluir o ingresso de pessoas LGBTQIA+ do serviço militar ou das carreiras nas forças armadas<sup>15</sup> (BRASIL, 1969).

Acerca das deficiências ainda sofridas pela população LGBTQIA+, afirmam Flávia Piovesan e Sandro Gorski Silva (2015, p. 2640):

No âmbito do Poder Executivo, as minorias sexuais carecem de políticas públicas na área da educação, a fim de esclarecer e informar a sociedade sobre o direito à diversidade sexual e à inclusão social, a permitir que a população LGBTI seja inserida no laço social e possa desfrutar dos mesmos

---

15. “Art. 235 - Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano” (BRASIL, 1969).

direitos que a maioria dominante já usufrui. Na esfera legislativa, além de enfrentar a falta de legislação específica que possibilite o exercício de direitos, há o desafio de superar os fundamentalismos religiosos que constantemente têm impedido a concretização de avanços nessa área. Em 14 de maio de 2015, foi desarquivado um Projeto de Decreto Legislativo [PDC 325/2011] apresentado em 2011, cujo objetivo é sustar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconheceu a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.<sup>16</sup>

Em diversas civilizações, as graves violações aos direitos humanos possuíram como fundamento a dicotomia do “eu vs. o outro”, ao utilizar a diferença como instrumento para eximir aqueles que não faziam parte dos grupos dominantes, na analogia proposta considerada como “outro”. Ainda no mundo contemporâneo, “[...] as violações com base no racismo, no sexismo, na xenofobia, na lesbofobia, na bisfobia, na transfobia, dentre outras práticas de intolerância, continuam persistindo na tentativa de deixar o ser humano sem lugar no mundo comum” (PIOVESAN; SILVA, 2015, p. 2615).

A implementação do direito à diversidade sexual demanda a criação de dispositivos legais que revelem as peculiaridades e as especificidades da população LGBTQIA+. Aliado à alteração e/ou criação de novas leis, Piovesan e Silva (2015, p. 2641) apontam ser, também, preciso o enfrentamento de três desafios centrais à implementação plena do direito à diversidade sexual: “1. A falta de reconhecimento dos direitos LGBTI como direitos humanos; 2. O processo de globalização econômica, e 3. A emergência dos fundamentalismos religiosos”.

O direito à livre expressão da orientação sexual e à livre vivência da identidade de gênero são coronários das expressões da condição humana, que decorrem do direito à vida. Somente é possível a plena realização da vida do indivíduo se há a oportunidade do exercício livre da sexualidade. Daí decorre a urgência de haver uma readequação social e legislativa da população a fim de erradicar as formas de preconceito que utilizam da orientação sexual e da identidade de gênero como escopo da discriminação (PIOVESAN; SILVA, 2015).

Os movimentos sociais LGBTQIA+, sobretudo no âmbito jurídico-legal e na formulação de políticas públicas, vêm avançando, mas não sem reações de setores conservadores da sociedade. No cenário político do Brasil, os movimentos religiosos – conservadores, voltados à homogeneização identitária – têm ganhado força, especialmente diante da assunção de mandatos por líderes religiosos:

---

16. Atualmente, o Projeto de Decreto Legislativo está no Plenário da Câmara dos Deputados.

O processo de mercantilização também no campo da fé demarca mudanças de paradigmas dos templos religiosos e permitiu a transformação de pastores em grandes empresários. Com poder monetário e midiático suficiente para lograr êxito em campanhas publicitárias, somado à importância incondicional que têm para os seus fiéis, chegaram a cargos públicos e estão conseguindo exercer grande influência no processo legiferante. (PIOVESAN; SILVA, 2015, p. 2644).

A atuação dessas forças político-religiosas dificulta, muitas vezes, a tutela de grupos postos em situação de vulnerabilidade por questões morais, como as pessoas LGBTQIA+. A prejudicialidade pode ser facilmente visualizada pelo Projeto de Decreto Legislativo 325/2011, já comentado, o qual possui como autor o Deputado João Campos, pastor da Igreja Assembleia de Deus. A atuação das bancadas religiosas relembra a importância do fortalecimento da laicidade estatal, necessária à manutenção do regime democrático e, por derradeiro, implementação e efetivação dos direitos humanos.

O combate à discriminação de gênero é medida emergencial para que se garanta o pleno exercício dos direitos das mulheres e das pessoas LGBTQIA+. Muito se verifica a adoção de atos legislativos em prol do cerceamento da discriminação – como a promulgação da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015 - Lei do Feminicídio (BRASIL, 2015), a qual, após enfrentar grande resistência, alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) para prever o feminicídio, crime de morte motivado pelo gênero, como circunstância qualificadora do crime de homicídio, além de alterar a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), para incluir o feminicídio no rol de crimes hediondos – Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 2015) – que, embora necessária, não é suficiente para acelerar o processo de construção da igualdade. Isso porque, para atingir esse fim, é também preciso adotar estratégias promocionais que estimulem a inserção e a inclusão das pessoas socialmente vulneráveis.

Diante da omissão das políticas públicas e relativa inefetividade dos dispositivos legais que visam a proteção das mulheres e pessoas LGBTQIA+, o Capítulo seguinte passa a abordar as ausências e as deficiências constitucionais relativas à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero, assim como o uso da mutação constitucional pelo STF sob a justificativa de proteção aos direitos dessas pessoas, como no caso da união estável homoafetiva, além dos desafios que devem ser enfrentados para o pleno respeito e para a efetividade dos direitos das mulheres e das pessoas LGBTQIA+.

# **A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) adotou a democracia como regime político, inclusive sob a forma de princípio, para a realização dos valores essenciais à convivência humana. Apesar disso, o sistema constitucional brasileiro não está imune a críticas; mas, ao contrário, está sujeito a questionamentos, devendo ser analisado de maneira minuciosa para seu constante aprimoramento em prol da construção de uma sociedade justa e igualitária.

Assim, ao realizar o exame do texto constitucional, observam-se ausências e deficiências legislativas no tocante à proteção e à efetivação dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero. As brechas normativas constantes na Constituição demonstram a defasagem do texto constitucional em relação à atual realidade da sociedade brasileira, o que evidencia o não-atendimento do direito fundamental à igualdade, em sua perspectiva material, e perpetua a discriminação em desfavor de mulheres e pessoas LGBTQIA+, além de provocar a utilização dos fenômenos da judicialização e o ativismo judicial como forma de alargar os poderes conferidos ao Judiciário.

Para demonstrar esse fenômeno, analisam-se, no presente capítulo, decisões judiciais, proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a fundamentação da proteção aos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero (mulheres e pessoas LGBTQIA+), invocou a ocorrência de institutos hermenêuticos, como a interpretação conforme à Constituição e à mutação constitucional, para modificar dispositivos legais.

Por fim, identificam-se desafios para o pleno respeito e para a efetividade aos direitos de mulheres e pessoas LGBTQIA+, a partir das teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser acerca das políticas de reconhecimento e redistribuição.

## **AUSÊNCIAS E DEFICIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO**

A concretização da democracia não se dá de forma imediata, estática e imutável, mas é dinâmica e está em constante evolução. É expressamente possibilitada pela Constituição

a incorporação de novos direitos, ao dispor, em seu artigo 5º, § 2º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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” (BRASIL, 1988).

Diante da necessidade de proteção especial estatal às pessoas em situação de vulnerabilidade, especificamente por motivo de gênero, apontam-se, a seguir, mas sem pretensão de exaurir a temática, ausências e deficiências constitucionais relativas aos direitos das mulheres e das pessoas LGBTQIA+.

A literalidade do artigo 5º, inciso I, do texto constitucional<sup>1</sup>, ao tratar sobre a igualdade entre sexos, afirma que “I - **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O artigo 7º, inciso XX, da Constituição<sup>2</sup>, por sua vez, prevê “proteção ao mercado de trabalho da **mulher**, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Na análise dos dispositivos legais, percebe-se a adoção, pelo constituinte originário, ainda em 1988, da diferenciação entre “homem” e “mulher”, que, como já explanado, faz alusão à distinção biológica entre os sexos. Por conseguinte, as pessoas que não se identificam com as definições binárias tradicionais e possuem sentimento de não-pertencimento quanto ao sexo atribuído no nascimento, como as pessoas *queer*, carecem de tutela estatal expressa no que tange ao direito à igualdade.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da igualdade sob duas perspectivas distintas. A primeira delas, a igualdade formal, é compreendida no dever de aplicar o direito ao caso concreto, de forma que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal seja empregado de maneira geral: todos devem ser tratados de maneira igual perante a lei (BRASIL, 1988).

Consoante Roger Raupp Rios (2002, p. 38), a igualdade formal decorre e se realiza na perspectiva de ser vedado às autoridades negar o direito vigente em favor ou à custa de outras pessoas; ou seja, “[...] a igualdade [formal] não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”.

Desse modo, a igualdade, na forma expressa pela Constituição, não distingue o que não é diferente, serve na repressão de atos impróprios, mas não inspira ações a serem aplicadas para o cerceamento das disparidades sociais, “[...] desqualifica o tratamento

1. “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (BRASIL, 1988).

2. “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” (BRASIL, 1988).

desigual pela lei, mas não propugna pela adoção de determinados comportamentos concretos, materiais, úteis para reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direito” (SOUSA, 2006, p. 67).

Em termos concretos, percebe-se que a simples igualdade formal de direitos, por si só, é insuficiente para promover a isonomia jurídica aos socialmente marginalizados. Daí, então, surge a perspectiva material da igualdade, que, ao desapegar da concepção formalista de igualdade, passou a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade e a tratar com desigualdade o desigual e com igualdade o igual. Assim, “[...] o Estado deixa de ser neutro e mero espectador dos embates travados na seara da convivência humana e passa a atuar ativamente, no intuito de concretizar a igualdade positivada nos textos constitucionais” (SOUSA, 2006, p. 75).

Intrinsecamente relacionado ao princípio da igualdade está o princípio da não discriminação, disposto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição, que surge como sua concretização ou como seu reflexo (BRASIL, 1988). Nesse contexto, Guilherme Machado Dray (1999, p. 89) entende a igualdade como um princípio geral, dominante de toda ordem jurídica:

[...] ao passo que a desigualdade formal se traduziria na existência de uma contradição na legislação ou na própria aplicação da lei, a desigualdade formal se traduziria na existência de uma contradição na legislação ou na própria aplicação da lei, a desigualdade material consistiria na contradição de uma disposição legislativa com o “direito justo” ou com a “equidade”. Consequentemente, se a desigualdade formal na aplicação da lei consistia na violação pura e simples da legalidade, a violação da igualdade material ocorreria sempre que o legislador tratasse igualmente o que é diferente e, reciprocamente, diferentemente o que é igual.

Noberto Bobbio (1992), por seu turno, ensina que a igualdade de direitos é mais do que a simples igualdade perante a lei ou contra a discriminação, mas significa o igual gozo, por todas as pessoas, dos direitos constitucionalmente assegurados. O autor ressalta, ainda, a existência de novo perfil de sujeito de direitos, que se difere do homem, branco, adulto, sem deficiência, e inclui indivíduos que possuem especificidades e demandas determinadas, por exemplo, pelo sexo e pela identidade de gênero (BOBBIO, 1992).

O abandono da concepção do sujeito como ser abstrato para a compreensão do indivíduo na sua concretude e realidade também é abordado por Flávia Piovesan (2003, p. 194):

A partir da extensão da titularidade de direitos, há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda na especificação do

sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

A Constituição, ao consagrar a ideia de cidadão plural, redefiniu o fundamento do princípio jurídico de igualdade, tornando-o consentâneo com as modificações ideológicas frequentemente ocorridas em uma sociedade mutante, como a brasileira. A aplicação efetiva do princípio da igualdade implica um necessário juízo de comparação entre diferentes pessoas, categorias ou situações, a fim de possibilitar, a partir da comparação realizada, o tratamento diferenciado de um em relação ao outro, se necessário (SOUSA, 2006).

A igualdade sob a perspectiva material passa a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, tratando de modo dessemelhante situações desiguais. O âmago do texto constitucional, especialmente ao tutelar, de maneira ampla, o direito a não discriminação, permite alcançar o anseio inclusivo do constituinte originário, assim como o dever de concretização material do princípio da igualdade. Busca-se uma igualdade real, verdadeira e efetiva perante os bens da vida.

Ao partir da premissa de que o tratamento desigual acaba por equiparar situações em que a equiparação era, de fato, necessária, mas não existia, há que se buscar meios de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos. De acordo com Sousa (2006), a desigualdade se alimenta do poderoso fenômeno da discriminação, o qual impede que os brasileiros possuam as mesmas oportunidades quanto ao acesso aos bens da vida.

À época da promulgação da Constituição, em outubro de 1988, a valorização aos anseios sociais, em obediência aos princípios da soberania popular e democrático, não estavam difundidos de forma suficiente para pautar a tutela estatal de identificação sexual divergente à tradicional distinção “homem e mulher”. Além disso, há de ser considerada a comum confusão entre os termos sexo e gênero<sup>3</sup>, de modo a serem tratados como sinônimos, associando o gênero masculino ao homem e o gênero feminino à mulher (LOPES, 2008).

No entanto, a contextualização histórica acerca do movimento LGBTQIA+, realizada no capítulo anterior, demonstra que, cada vez mais, estão sendo propostas novas formas de visualizar o indivíduo, consubstanciadas no respeito às relações subjetivas e à complexidade do ser humano.

---

3. No período em que a Constituição foi promulgada, poucas pesquisas haviam sido realizadas com a finalidade de refletir sobre as relações de sexo e de gênero divergente da associação padrão, tornando ainda mais comum a confusão, ainda hoje frequente.

No Brasil, embora o movimento homossexual tenha passado a ser registrado na literatura nos anos 1970, a luta LGBTQIA+ ganhou especial crescimento quanto à quantidade e à participação social a partir dos anos de 1980 e foi fortalecido com o processo de redemocratização e promulgação da Constituição de 1988 – ao intensificar o anseio da população por justiça e a capacidade de mobilização social e propiciar a atração da atenção pública para questões denunciadas pelos grupos socialmente discriminados (FACCHINI, 2009).

Apesar disso, à contramão, a literalidade dos artigos sob análise dessume a adoção de uma concepção tradicional, que, ao partir da equiparação de sexo e gênero, ocasiona a negação dos direitos das pessoas que não se enquadram nos padrões socialmente estabelecidos aos seres humanos.

Em outra senda, o artigo 7º do texto constitucional, no inciso XXX, determina a “XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de **sexo**, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988, grifo nosso), em redação que, diferente do até então abordado, não faz alusão expressa a “homem” ou a “mulher”, mas, ao realizar uma determinação geral, contempla, também, aqueles que possuem especificidades relacionadas ao sexo biológico. Desse modo, há o enquadramento na legislação de todos aqueles não se identificam com as definições binárias tradicionais.

Apesar disso, a proteção legal expressa no dispositivo acima não tutela o direito daqueles que, em virtude da sua orientação sexual ou identidade de gênero, sofrem preconceito e discriminação no ambiente laboral. No passado, a vulnerabilidade das pessoas LGBTQIA+ no ambiente organizacional era pouco discutida, especialmente em razão de a manutenção do segredo quanto à orientação sexual ou à identidade de gênero dos funcionários em decorrência dos valores preconceituosos vigentes (FERREIRA, 2007).

Fiona McQuarrie (1998) – em análise realizada no final da década 1990, mas também válida para a atualidade – afirma que foi a disseminação da AIDS o que trouxe o assunto da orientação sexual para o ambiente do trabalho, principalmente quando um dos empregados estava contaminado. Segundo a autora, as empresas devem presumir que em seu quadro de funcionários não há apenas heterossexuais, o que leva à necessidade de assuntos correlatos à orientação sexual serem repassados, a título educativo, aos empregados (MCQUARRIE, 1998).

Estudar as relações LGBTQIA+ no ambiente das organizações requer estudar, também, o processo de “sair do armário” e os efeitos correlatos à vida e à ascensão profissional, isso porque, tanto na vida pessoal quanto profissional, assumir orientação sexual ou identidade de gênero diversa às concepções tradicionais pode suscitar homofobia

e preconceitos, a depender das atitudes e dos pensamentos dos grupos constantes no ambiente laboral.

A teoria “Spirals of Silence”, desenvolvida por Noelle-Neuman (1974), argumenta que os indivíduos decidem expressar suas verdadeiras opiniões de acordo com o ambiente ao qual pertencem, para, apenas então, escolher a opinião dominante. Desse modo, segundo a teoria, nenhuma opinião é expressa se não houver suporte dos outros membros do grupo. Embora seja uma teoria desenvolvida para o campo da opinião pública, é possível trazê-la ao âmbito organizacional para identificar os fatores que expressam a opinião dos membros da organização em diferentes contextos.

Seguindo o raciocínio, a revelação da orientação sexual ou da identidade de gênero no local de trabalho dependerá da aceitação e do suporte dos demais colegas. Quando são capazes de aceitar e respeitar, há um ambiente propício para a assunção de uma orientação sexual ou de uma identidade de gênero diversa do padrão socialmente imposto; quando não, muitos acabam por não revelar a orientação sexual ou a identidade de gênero e permanecem em silêncio, ocultando a própria identidade (FERREIRA, 2007).

Diante da abordagem da teoria do “Spirals of Silence” (NOELLE-NEUMAN, 1974), percebe-se a necessidade de que as empresas estejam preparadas para realizar treinamentos educativos no tocante à aceitação de diferenças sexuais e de gênero. O preconceito contra as pessoas LGBTQIA+ no ambiente de trabalho reflete a discriminação enfrentada por esses indivíduos na sociedade em geral:

O indivíduo *gay* está, em muitos casos, em situação fragilizada nas organizações, tenha ou não sua orientação sexual revelada, o que inclui situações de constrangimento e de humilhação, como piadas homofóbicas, discriminação e desigualdade de tratamento em questões associadas à ascensão na carreira. (SIQUEIRA et al., 2009, p. 450, grifo original).

No mesmo sentido, Croteau (1996) observa que o medo da discriminação é um dos principais fatores enfrentados pelas pessoas LGBTQIA+ no trabalho. No contexto organizacional, a pessoa LGBTQIA+ é sujeita a injustiças e a outras situações que degradam seu ambiente de trabalho, encontrando dificuldades em defender seus direitos mesmo na empresa em que trabalha:

É contraditório se pensar que, por um lado, as organizações se mostram mais abertas aos homossexuais – desde que não sejam efeminados e nem saiam do padrão social mínimo pré-estabelecido – mas, por outro, o empregado *gay* teme um possível *coming out*, seus efeitos e, principalmente, a omissão da empresa que, apesar de lhe conceder alguns benefícios equivalentes aos concedidos aos heterossexuais, não o protege de atos discriminatórios. (SIQUEIRA et al., 2009, p. 450, grifo original).

Além de estar presente na sociedade, as condutas preconceituosas praticadas em desfavor de pessoas LGBTQIA+ existem nas organizações, o que mostra a necessidade de as empresas assumirem e trabalharem na prevenção e no combate à discriminação de qualquer forma de violência moral no trabalho.

Não obstante, o texto constitucional, da forma expressa, põe à deriva a prevenção e o combate à estigmatização de pessoas LGBTQIA+ em organizações, ao não incluir no rol de direitos constantes no artigo 7º a proibição de diferença salarial e de critérios de admissão, também, por motivo de identidade de gênero e de orientação sexual.

Ao avançar no exame da Constituição, observa-se, novamente, a tradicional distinção entre os sexos. Ao versar sobre o regime próprio de previdência social de servidores públicos titulares de cargos efetivos, e, especialmente, às condições para a aposentadoria do servidor abrangido por tal regime, dispõe o texto constitucional, em redação inserida por meio da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 – que altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias – em artigo 40, § 1º, inciso III:

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se **mulher**, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se **homem**, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo. (BRASIL, 2019, grifos nossos).

Acerca da diferenciação, em nota técnica que teve como mote discutir o diferencial por sexo para determinar a idade de aposentadoria como princípio de justiça, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2017) afirma que:

[...] O diferencial de idade de aposentadoria para mulheres e homens, que traduz na forma da lei o reconhecimento social da dupla jornada feminina no trabalho – o acúmulo do trabalho doméstico não remunerado com outras ocupações –, é uma expressão essencial do princípio da equidade que rege o sistema de seguridade brasileiro. A Previdência Social, como fundo de proteção ao/a trabalhador/a é, por excelência, a política que opera o reconhecimento e a valorização do trabalho reprodutivo, em consonância com a regulação do trabalho. Desta forma, configura-se como a política estatal que dá valor a um trabalho imprescindível para a sociedade, mas que não é precificado pelo mercado.

Diante da dupla jornada praticada pela mulher na sociedade brasileira – que alia o trabalho doméstico ao emprego remunerado – parece válida a distinção entre idade para aposentadoria de homens e mulheres, em atendimento aos preceitos da igualdade material. Contudo, percebe-se que, em face da diferenciação realizada, não há consideração

dos homens que praticam atividades domésticas em paralelo ao emprego remunerado, tampouco disposição específica quanto à aposentadoria de pessoas não-binárias ou fluídas.

Se, ressaltadas as controversas acerca do tema, o fator determinante para a distinção entre homem e mulher contida no artigo 40, §1º, inciso III, do texto constitucional, é a sobrecarga atribuída às mulheres em consequência da dupla jornada de trabalho, é preciso, para a eficácia do dispositivo constitucional, analisar, em cada caso concreto e independente do sexo atribuído no momento do nascimento, o contexto social da pessoa, a fim de aferir se há, ou não, excesso de tarefas que justifique a redução no tempo de aposentadoria.

Adiante, o artigo 170 da Constituição<sup>4</sup> ressalta que a ordem econômica, pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve observar os princípios, dentre outros, da redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e da busca do pleno emprego (inciso VIII). No mesmo Capítulo, o artigo 173 do texto constitucional<sup>5</sup> dispõe que a intervenção do Estado no domínio econômico será autorizada quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou diante da presença do relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (BRASIL, 1988).

Raimundo Bezerra Falcão (2013, p. 29) aduz que o Estado intervencionista nasce do receio de que “[...] os apetites potestativos dos mais fortes terminassem por esmagar o patrimônio libertário individual dos mais fracos, o que era a grande maioria”, ou seja, do receio de que, sem o controle estatal, as empresas tendam a obter maior lucro e explorar a coletividade. Na mesma toada, defende Hobsbawn (2007, p. 105) que a liberdade dos mercados deve ser constantemente limitada por meio da atuação estatal, inclusive em defesa da democracia, ao afirmar que “[...] o ideal de soberania do mercado não é um complemento à democracia, e sim uma alternativa a ela”.

Ressaltada a discriminação das pessoas LGBTQIA+ no ambiente laboral, assim como, no capítulo anterior, a desigualdade laboral determinada pela divisão sexual do trabalho – que ocasiona diferença nas funções e nos salários atribuídos a homens e mulheres – denota-se que, em obediência ao princípio da igualdade, especialmente sob a perspectiva material, e aos princípios da redução das desigualdades sociais e da busca pelo pleno emprego, a situação de desvantagem que a discriminação por gênero ocasiona

---

4. “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” (BRASIL, 1988).

5. “Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (BRASIL, 1988).

deve ser coibida por meio de disposições constitucionais expressas que visem o apoio e o estímulo de iniciativas econômicas voltadas às mulheres e às pessoas LGBTQIA+.

A constatação da mulher e das pessoas LGBTQIA+ como parte dos grupos vulneráveis reforça a noção de que determinadas categorias de pessoas se encontram em situação de maior vulnerabilidade, de forma a justificar tratamentos diferenciados no sentido de facilitar o exercício dos seus direitos humanos.

No capítulo II, que trata sobre política urbana, torna o texto constitucional ao realizar a distinção entre homem e mulher, ao versar, especificamente, acerca da usucapião urbana, no artigo 183<sup>6</sup>, §1º: “§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao **homem** ou à **mulher**, ou a ambos, independente do estado civil” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Novamente a Constituição, no parágrafo único, do artigo 189, ao falar sobre a distribuição de imóveis pela reforma agrária, realiza a diferenciação binária ao firmar, em seu parágrafo único<sup>7</sup>, que “O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao **homem** ou à **mulher**, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

A redação do artigo 201 da Constituição, ao tratar da previdência social, refere-se, uma vez mais, à diferenciação tradicional de homens e mulheres, ao dispor, em redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que a previdência social atenderá à “V – pensão por morte do segurado, **homem** ou **mulher**, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º” (BRASIL, 1988).

No artigo 203 do texto constitucional<sup>8</sup>, ao aduzir sobre os objetivos da assistência social, direciona-se à tutela da maternidade, à velhice, a crianças e adolescentes carentes e às pessoas portadoras de deficiência, mas não há qualquer alusão às mulheres e às pessoas LGBTQIA+, em desconsideração à situação de vulnerabilidade social que ocupam e à necessidade de implementação de políticas públicas que visem a equidade do grupo no

6. Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 1988).

7. Art. 189 - Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

8. Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

ambiente social (BRASIL, 1988).

O artigo 226, também da Constituição, no § 3º, prevê que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988, grifos nossos). Observa-se, novamente, a diferenciação sexual binária entre homem e mulher, em desconsideração às pessoas que não se identificam com as definições binárias tradicionais.

A análise desse dispositivo constitucional específico merece ressalva em virtude do julgamento, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, que, sob a invocação equivocada do fenômeno da mutação constitucional pela maioria, houve a ressignificação do art. 226, §3º do texto constitucional e o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, a serem analisados no tópico seguinte.

Realizado exame da Constituição Federal de 1988, identifica-se que os anseios sociais que, atualmente, norteiam a sociedade brasileira no tocante às mulheres e às pessoas LGBTQIA+ encontram barreiras na aplicação literal da norma jurídica, que, ao possuir diversas omissões quanto à tutela específica dos direitos desses grupos, perpetua a discriminação em desfavor de tais pessoas em situação de vulnerabilidade, além de provocar a utilização dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, como forma de alargar os poderes conferidos ao Judiciário, ameaçando, por conseguinte, os princípios da soberania popular e democrático.

A evolução do texto constitucional não deve ocorrer de forma arbitrária e ilegítima, prejudicando ganhos sociais historicamente alcançados, modificando formas de Governo e de Estado, repartição de competências ou outros institutos balizadores das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, como se observa em certas situações em que institutos hermenêuticos, inclusive a mutação constitucional, foram invocados, especialmente, pelo STF para pautar decisões, conforme a seguir exposto.

## **ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DE INSTITUTOS HERMENÊUTICOS PELO STF SOB O ARGUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO**

A abertura normativa trazida pela Constituição Federal ocasionou a invocação de institutos hermenêuticos, como a mutação constitucional e a interpretação conforme à Constituição, para pautar a modificação do conteúdo de dispositivos constitucionais – por meio da atuação do STF – sob a justificativa, principalmente, de proteger os direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Ainda que esse novo caminho adotado pelo STF possa, em tese, superar a inércia legislativa que inviabiliza o exercício desses direitos, é necessário atentar que essa “hiperjudicialização” leva à invasão pelo STF da competência normativa atribuída ao Legislativo e ao Executivo, como foi exposto no primeiro capítulo do presente trabalho.

Nesse tocante, oportuno é relembrar as lições de Hemann Heller (1968) sobre os limites que devem ser atribuídos à mutação constitucional, quando concluiu que o instituto é demarcado pela normatividade da Constituição, ou seja, possui uma limitação objetiva, que exige que o intérprete não extrapole os fundamentos constantes no texto constitucional.

Sendo certo que existem partes dinâmicas da Constituição que podem sofrer alterações a fim de adequá-la a dada realidade, correto também é crer na existência de partes imutáveis (pré-ordenadas) de seu texto, indispensáveis para garantir segurança ao ordenamento jurídico como um todo. Segundo Heller (1968, p. 296), “[...] Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizada ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam”.

Contudo, isso não tem acontecido no Brasil, onde se constata o alargamento do conteúdo das normas constitucionais através do (mau) uso pelo STF da mutação e da interpretação conforme à Constituição, com o intuito de reverter a situação de discriminação por motivo de gênero de mulheres e pessoas LGBTQIA+. Nesse sentido, a seguir, analisam-se dois casos emblemáticos que evidenciam claramente a deturpação do uso desses dois institutos hermenêuticos.

Um desses casos se refere à paridade da participação das mulheres no processo eleitoral, cujos antecedentes se remontam a 29 de setembro de 1995, quando a Lei nº 9.100 estabeleceu, para as eleições municipais, cotas de candidaturas para mulheres na política (BRASIL, 1995). Posteriormente, em 1997, a Lei nº 9.504 estabeleceu que cada partido, diante do baixo número de vaga para mulheres alcançado, teria que preencher o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo (BRASIL, 1997).

Dado que os partidos políticos estavam apenas registrando os 70% das vagas que tinham direito com a candidatura de homens, não havendo, por conseguinte, o lançamento de candidatura de mulheres, a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009 alterou a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), a fim de tornar obrigatório aos partidos o preenchimento das vagas de candidaturas no percentual determinado para cada sexo (BRASIL, 2009). Posteriormente, a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 – que teve como uma de suas destinações o incentivo à participação feminina na política – passou a prever, no artigo 9º, a reserva de, no mínimo, 5% e de, no máximo, 15%, do

Fundo Partidário para o financiamento das campanhas eleitorais de candidatas.

Em que pesem os avanços legislativos no tocante à inclusão das mulheres na política realizados há mais de duas décadas, o estabelecimento das cotas para candidaturas ainda não havia se demonstrado eficaz para solucionar a sub-representação feminina na política no Brasil (MACHADO; ALMEIDA; ALVES, 2019).

Nesse diapasão, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617/DF, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), o STF, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, foi instado a se manifestar quanto à inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, especificamente quantos aos seguintes pontos: 1) a inconstitucionalidade dos limites mínimo e máximo (5% e 15%), que devem ser reservados pelos partidos políticos, do Fundo Partidário destinado ao financiamento de campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de candidatas; 2) a inconstitucionalidade da expressão “nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei”, a qual limita às três eleições subsequentes à promulgação da lei os limites estabelecidos aos partidos para reserva do fundo; 3) e, por fim, quanto ao pedido de atribuição de interpretação conforme à Constituição ao artigo impugnado (BRASIL, 2018).

Estabelecia essa disposição legal que:

Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. (BRASIL, 2015).

No julgamento da ADI, o pedido da PGR foi julgado procedente no tocante a declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, ao se aplicar a técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição ao artigo 9º da Lei nº 9.504/1997. Declarou-se, ainda, a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da citada Lei. Com a utilização da técnica interpretativa, o percentual do fundo partidário garantido às candidaturas femininas foi equiparado à proporção das candidaturas lançadas, prevista no artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/97<sup>9</sup> (BRASIL, 2018).

A interpretação conforme à Constituição é utilizada para que o juiz constitucional solucione controversas a fim de manter, dentre as interpretações possíveis para uma lei, aquela que estiver compatível com o texto constitucional. Logo, a técnica hermenêutica é, nada mais, do que a interpretação de uma lei à luz da Constituição Federal (LAURENTIIS,

---

9. Ou seja, 30% do montante do fundo alocado para cada partido, seja nas eleições majoritárias ou proporcionais, passou a ser destinado à candidatura de mulheres.

2012). A interpretação conforme deve ser utilizada dentro dos limites estabelecidos pelo texto constitucional, caso tais limites sejam desrespeitados, pode-se estar diante de uma decisão que falseia a vontade do legislador originário e viole os preceitos constitucionais.

Para Guilherme Klafke (2014), a técnica possui diversos significados, dentre os quais aponta, como um dos mais possíveis, o de que a interpretação conforme se apresente como uma interpretação orientada pelo texto constitucional, que possui como finalidade a tradução do significado da lei pelo intérprete.

Lucas Catib Laurentiis (2012, p. 67), por seu turno, afirma que a interpretação conforme é “[...] uma técnica de interpretação, por vezes acompanhada da interpretação da Constituição, que, respeitando o princípio da separação dos poderes, tem natureza complementar, limitada e subsidiária em relação aos diversos elementos da hermenêutica constitucional”.

Para aplicação da técnica, deve-se respeitar três etapas: 1) estabelecer as possíveis interpretações da norma em análise; 2) verificar quais dessas interpretações são compatíveis com o texto constitucional; 3) por fim, decidir se a norma será declarada inconstitucional ou interpretada conforme à Constituição (DIMOULIS; LUNARDI, 2014).

Caso o dispositivo possua apenas uma interpretação e seja ela contrária ao texto constitucional, deve ser declarada inconstitucional. Já na hipótese de haver apenas uma interpretação e ela ser compatível com o texto constitucional, a interpretação constitucional deverá ser a escolhida. Havendo, por outro lado, interpretações compatíveis e incompatíveis com a Constituição, tudo em uma mesma norma, haverá a possibilidade de uso da interpretação conforme.

Existem, ainda, situações em que mais de uma interpretação é constitucional, possibilitando a adoção de postura positiva ou negativa do julgador em relação à técnica. Quando positiva, o tribunal constitucional identifica possíveis interpretações e sinaliza qual delas deve ser utilizada. Na postura negativa, é excluída a interpretação inconstitucional, sendo facultado aos outros juizes a escolha da melhor interpretação dentre as consideradas como constitucionais (DIMOULIS; LUNARDI, 2014).

Desse modo, a utilização da interpretação conforme à Constituição pressupõe a existência de polissemia, ou seja, de dúvida quanto à interpretação de expressões trazidas pela norma. Caso o dispositivo sob análise admita somente um significado, não será possível usar a técnica. A interpretação conforme apenas é admissível quando, dentre as interpretações críveis, uma seja compatível com o texto constitucional (KLAFKE, 2014).

Assim como a mutação constitucional, a interpretação conforme, enquanto técnica hermenêutica, encontra limite na impossibilidade de atribuir à lei significado diverso daquele

desejado pelo constituinte originário, ou seja, no próprio significado da norma.

Ressaltados os aspectos conceituais acerca da técnica de interpretação conforme à Constituição, retoma-se ao exame do julgamento da ADI 5.617.

Jéssica Teles de Almeida (2018) pontua que, com a decisão na ADI 5.617, o STF institucionalizou o “Fundo Partidário de Financiamento de Candidaturas Femininas” (FPFEM), de modo que a norma fixada pela Suprema Corte passou a obrigar as agremiações partidárias a destinarem às candidatas, no mínimo, 30% dos recursos do Fundo Partidário, em observância à proporção das candidaturas, proporcionais e majoritárias, lançadas pelo respectivo partido.

A técnica hermenêutica de interpretação conforme, aplicada pelo STF ao artigo 9º da Lei nº 13.165/2015, teve como finalidade “[...] aumentar o âmbito de proteção à participação política da mulher ao fixar tanto as candidaturas proporcionais, como majoritárias, serão contabilizadas para fins de distribuição de fundo” (MACHADO; ALMEIDA; ALVES, 2019, p. 190).

O Ministro Edson Fachin, ao iniciar seu voto, em consagração ao princípio da igualdade sob a perspectiva material, estabeleceu como premissas:

Primeira: As ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade.

Segunda: É incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela discriminação em relação ao sexo da pessoa.

Terceira: A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à igualdade.

Quarta: A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados.

Quinta: A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres. (BRASIL, 2018, p. 10).

O relator (BRASIL, 2018, p. 25) concluiu o voto, reconhecendo “[...] como sendo a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos”, respeitando-se, por conseguinte, o patamar mínimo de 30% de candidatas femininas. Além disso, afirmou pela inconstitucionalidade da fixação do prazo de três eleições por entender que “[...] a distribuição não discriminatória dos recursos deve perdurar quanto for justificada a composição mínima das candidatas” (BRASIL, 2018,

p. 25).

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu não caber ao Poder Judiciário a realização de ações afirmativas, mas ao Legislativo, por se tratar de uma opção político-legislativa:

O preceito não merece – a pretexto de ter-se interpretação conforme – alargamento para transportar-se a percentagem alusiva à reserva de vagas para o campo do financiamento. Quer se queira quer não, a opção alusiva a numerário do fundo partidário quanto às candidaturas femininas ocorreu por quem de direito, no campo político, pelo Legislador. (BRASIL, 2018, p. 80).

De acordo com o voto do Ministro, não há como o STF atuar como legislador positivo e fixar que se deve ter percentagem de, no mínimo, 30%, quando tal disposição não existe na Constituição. Apesar disso, admite que o dispositivo legal, da forma como expresso, pode ensejar interpretação limitativa, como se a percentagem de 15%, prevista como teto, não pudesse ser ultrapassada no campo da autodeterminação dos partidos.

Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio concluiu que:

**[...] no que substitui as percentagens versadas como piso e como teto pela de 30% referente às vagas, porque estou diante de quadro que não me autoriza a fazê-lo, considerado o sistema, a menos que atue como legislador positivo.** Dou interpretação conforme ao texto para afastar – por ser inconstitucional – aquela que veja no teto relativo à reserva limitação impossível de ser ultrapassada por vontade do partido. (BRASIL, 2018, p. 80, grifo nosso).

Ao acompanhar o voto realizado pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, aduziu que:

Eu sei que muitos de nós têm vocação enorme para o Legislativo - talvez até devêssemos estar lá -, mas lá é o loco certo, como disse o Ministro Marco Aurélio, para fazer esse tipo de reforma, em uma matéria que é extremamente complexa, em que cada mexida já inspira a imaginação de novos jogos. Nesse sentido, é bom lembrar sempre a frase de Ulisses Guimarães. Ele dizia que no Congresso, em geral, não há bobo; e o bobo ficou como suplente. A gente é que imagina que os outros são bobos. Basta um olhar nisso, pode haver de tudo. Então, é esse o quadro que se coloca. (BRASIL, 2018, p. 90).

Nos debates realizados na Câmara dos Deputados, encontra-se farta discussão quanto à destinação, em percentagem, do fundo partidário às eleições de mulheres, de modo a demonstrar que a vontade do legislador foi estabelecer que a destinação ao fundo totalizasse no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) às mulheres, como expresso na norma legal, e não 30%, como entendido pelo STF:

O SR. RODRIGO DE CASTRO (PSDB-MG. Pela ordem. Sem revisão do orador.)

– Sr. Relator, só um esclarecimento. V.Exa. fala desse montante de 5% a 15% nas campanhas eleitorais femininas. Hoje esse deve ser o montante em toda a eleição proporcional de Deputados. Nós estamos, praticamente, igualando o que nós temos hoje à participação feminina. Eu acho que esse valor teria que ser da respectiva campanha.

O SR. RODRIGO MAIA – Nós estamos tratando aqui dos gastos em eleições, que foram de 5%. Eles vão crescer. Nós sabemos que isso vai crescer, pelos problemas que nós acompanhamos da Operação Lava-Jato, as restrições ao financiamento privado. O que nós estamos colocando: daqueles recursos, 5%, com base na eleição passada, do Fundo Partidário nas eleições, durante três eleições, de 5% a 15% para as campanhas de mulheres.

O SR. RODRIGO DE CASTRO – Pois é. Mas o senhor está pegando 5% do bolo total do Fundo Partidário. Nós temos...

O SR. RODRIGO MAIA – Não, eu estou pegando...

O SR. NELSON MARCHEZAN JUNIOR – Do total do Fundo.

O SR. RODRIGO MAIA – ...do Fundo, que foi gasto em eleição. Se o Fundo tem 100, gastou 10 na eleição, é de 5% a 15% de 10. Apenas isso. Eu acho, Deputado Rodrigo de Castro – eu votei contra -, que o resultado da votação da emenda constitucional que trata das cotas para mulheres, que quase chegou a 308 votos favoráveis, obriga-nos a dar uma resposta ao próprio Plenário que tomou essa decisão.

O SR. RODRIGO DE CASTRO – Nós concordamos com a proposta. A redação está confusa, e essa questão do valor, que V.Exa. está observando...

O SR. RODRIGO MAIA – O que está confuso? Vamos ler de novo aqui, para termos o texto que atenda a todos: “Nas três eleições...”

O SR. MIRO TEIXEIRA (PROS-RJ. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, só quero fazer um esclarecimento. Ao final, nós poderemos fazer uma sugestão ao Relator muito simples, mas que considero necessária. O texto que está disponível no site é próximo do texto que o Relator está lendo...

O SR. RODRIGO MAIA – Mas há mudanças, claro.

O SR. PRESIDENTE (Eduardo Cunha) – Ele está colhendo sugestões e emendas aqui. Por isso é que está havendo mudanças.

O SR. MIRO TEIXEIRA – Existem redações que não correspondem à intenção. Por exemplo, a suspensividade no caso de recurso. Do jeito que está escrito, dá a impressão de que todo recurso tem que ser admitido. E eu penso que não é assim. Os recursos podem não ser conhecidos. Há coisas desse tipo que eu acho que exigem um exame mais apurado.

O SR. RODRIGO MAIA – Eu estou terminando. Antes de encerrar, vamos àquele artigo e lemos a redação juntos. Se houver uma redação melhor... Eu vou ler o texto.

O SR. RODRIGO DE CASTRO – Sr. Relator, nós poderemos colocar aí de 5% a 15% do Fundo Partidário para as eleições proporcionais. Aí, sim, nós teríamos...

O SR. RODRIGO MAIA – Por que eleição proporcional e não majoritária? Porque o partido escolhe. Às vezes, o partido tem uma boa candidata a

Prefeita...

O SR. RODRIGO DE CASTRO – Porque o majoritário é só um candidato.

A SRA. MOEMA GRAMACHO – Sr. Presidente... O SR. RODRIGO MAIA – V.Exas. querem que seja restrita à proporcional?

A SRA. MOEMA GRAMACHO – Sr. Presidente...

O SR. RODRIGO DE CASTRO – Nas eleições proporcionais, o montante é relativo às eleições proporcionais. Faz sentido?

O SR. RODRIGO MAIA – Então, eu vou ajustar o texto aqui. (BRASIL, 2015, p. 75).

Em que pese ser imprescindível a realização de políticas públicas que implementem e incentivem a candidatura de mulheres, no caso em análise, observa-se que o STF excedeu os limites de seu exercício interpretativo e operou como legislador quando declarou a inconstitucionalidade de dispositivo elaborado pelo Poder Legislativo em que, manifestamente, houve a intenção em estabelecer percentual variável entre 5% e 15% do fundo partidário às mulheres.

De outra senda, concorda-se com o posicionamento empossado pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes ao entenderem que, embora seja impossível a atuação do Supremo como legislador positivo, deve ser afastada qualquer interpretação do artigo 9º que limite o percentual atribuído ao financiamento à porcentagem de 15%, prevista na lei, por ser desobediente ao princípio constitucional da igualdade e dos seus corolários.

Examina-se, a seguir, outro caso emblemático que trata da invocação da interpretação conforme à Constituição e da mutação constitucional, no julgamento do artigo 226, § 3º, do texto constitucional, utilizado pelo STF sob o argumento de proteção aos direitos das pessoas LGBTQIA+.

A redação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, da forma expressa, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, além de facilitá-la em casamento. Como se observa, a disposição literal do texto constitucional não abrange as relações entre pessoas do mesmo sexo, tampouco contempla as pessoas LGBTQIA+.

Em maio de 2011, sob relatoria do Ministro aposentado Carlos Ayres Britto, o STF julgou, em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, em decisão que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhes todos os direitos e os deveres consagrados pelo art. 226, §3º da Constituição Federal e pelo art. 1.723 do Código Civil, que até então amparavam apenas as uniões heterossexuais (BRASIL, 2011).

Participaram do julgamento os Ministros: Ayres Britto, Luiz Fux, Gilmar Mendes,

Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Cármen Lúcia, que, por unanimidade, decidiram pela procedência das ações, resultando na atribuição de interpretação conforme a Constituição, ao artigo 1.723 do Código Civil, e no reconhecimento de que as uniões homoafetivas, com o objetivo de constituir família, contam com a mesma proteção oferecida às uniões heteroafetivas, além da ressignificação do art. 226, § 3º do texto constitucional.

Os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski convergiram quanto ao reconhecimento da união entre parceiros do mesmo sexo figurar como uma nova forma de entidade familiar, mas, apesar da unanimidade da votação, entenderam pela impossibilidade de enquadramento da união estável homoafetiva nas espécies de família estabelecidas no texto constitucional (BRASIL, 2011).

Como dito anteriormente, para a utilização da interpretação conforme à Constituição é necessário que haja mais de um sentido possível para a norma em análise e que pelo menos uma das interpretações possíveis seja constitucional. Além disso, é preciso que o intérprete respeite os limites constantes no programa normativo estabelecido pelo constituinte originário.

No exame do caso trazido, a primeira dificuldade em relação à utilização da interpretação conforme é a inexistência de polissemia na norma, visto que o artigo 1.723 do Código Civil<sup>10</sup> e o artigo 226, § 3º, da Constituição<sup>11</sup> possuem redação clara no sentido de que a união estável reconhecida é aquela formada pelo homem e pela mulher, sem que seja possível identificar múltiplos significados na redação expressa de ambos os dispositivos.

A norma infraconstitucional, que sofreu interpretação conforme à Constituição, é, na realidade, idêntica à norma presente no texto constitucional, tendo apenas sido invertida a ordem sintática e acrescidas, no Código Civil, as condições para o reconhecimento da união estável, de modo a impossibilitar a utilização da técnica por se tratar de um texto idêntico ao constitucional.

Nesse tocante, no julgamento das ações, após o voto da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Gilmar Mendes solicitou a palavra para expressar preocupações quanto ao trilhar que a decisão se encaminhava:

[...] o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta no texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto

---

10. Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objeto de constituição de família (BRASIL, 2002, grifo nosso).

11. Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988, grifo nosso).

constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional [...]. (BRASIL, 2011, p. 95).

A Constituição Federal 1988 (BRASIL, 1988), diferentemente das constituições anteriores, não estabelece vinculação com o casamento para definir o conceito de família, de modo que, da leitura do texto constitucional, especialmente do artigo 226, extraem-se três tipos de família: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e a denominada de monoparental.

Segundo o posicionamento adotado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o legislador constituinte, no artigo 226, § 3º, da Constituição, remeteu à definição da entidade familiar denominada de união estável para o âmbito do direito infraconstitucional, expresso na consignação, seja no artigo 1º da Lei 9.278 de 1996 ou no artigo 1.723 do Código Civil, de forma a ser caracterizada pela “[...] convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família”, sempre **“entre o homem e a mulher”** (BRASIL, 2011, p. 100, grifos originais).

Nos dispositivos infraconstitucionais é, notadamente, utilizado como parâmetro o texto constitucional, o que é evidenciado ao se tratar de uma união entre homem e mulher. Nas palavras do Ministro:

[...] Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. (BRASIL, 2011, p. 100-101).

Ainda para fundamentar o seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011) reforçou que não deve a Constituição ser interpretada à luz do direito ordinário, conduta vetada pela hermenêutica constitucional, mas, ao contrário, é o direito de família que deve integrar os conceitos explicitados no texto constitucional.

Outro limite a ser respeitado na utilização da técnica é a vontade do constituinte originário, de modo que o intérprete não pode atribuir à lei significado diverso do que o desejado pelo legislador. Abaixo, reproduz-se trecho do Diário da Assembleia Nacional Constituinte para que seja analisada a vontade do legislador originário:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o artigo 225 (sic), §3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito

da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'.

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. **Claro que nunca foi outro o desiderato deste Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exª que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.**

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). **Aprovada (Palmas)**" (BRASIL. Congresso Nacional, 2018, p. 212, grifos nossos).

O trecho da discussão travada na Assembleia Constituinte aponta que a questão acerca do sexo na união estável foi amplamente discutida, havendo concluído que esta abrange, apenas, pessoas do sexo distinto. Logo, houve a expressa intenção em limitar a união estável para casais formados por homem e mulher.

Além de tornar impossível a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição ao não atender aos requisitos de polissemia da norma e de obediência à vontade do constituinte originário, observa-se o equívoco da doutrina ao enquadrar a ressignificação ocorrida no artigo 226, §3º da Constituição Federal como mutação constitucional.

Nesse tocante, merece ser rememorada a definição clássica do instituto, segundo a qual é a mutação constitucional um exercício hermenêutico constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário, o qual, além de decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, obedece aos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional e, portanto, coexiste com a supremacia constitucional, não sendo capaz de deturpar fundamentos de

validade do próprio ordenamento jurídico.

O texto constitucional brasileiro atribui ao povo, enquanto titular do poder, a função de governar. Embora seja notório, mesmo em 2011, ano da decisão que ressignificou o artigo 226 da Constituição, o aumento da população LGBTQIA+ e, como consequência, a ocorrência de um processo de ressignificação das relações sociais e do enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a atuação do STF, no caso sob análise, excede a função interpretativa, atribuída pelo artigo 102 do texto constitucional, passando, na realidade, a realizar um exercício legislativo, mesmo quando incompetente para tal fim.

Embora as relações entre pessoas do mesmo sexo, que se sustentem no tempo e possuam a marca da publicidade, não sejam asseguradas pela Constituição, não são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que, consubstanciadas pela realidade fenomênica, levam à necessidade de proteção dessas relações pelo Direito. Como explanado pelo Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011), está-se diante não de uma união estável, mas de outra entidade familiar, distinta da que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais:

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. (BRASIL, 2011, p. 103-104).

As uniões entre pessoas LGBTQIA+ são constatações empíricas e não devem estar à margem da proteção estatal, mesmo que o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é constituída por homem e mulher, o que não significa que a união homoafetiva pública e duradoura não mereça ser enquadrada como entidade familiar, em respeito aos princípios constitucionais. É, novamente, importante a colocação trazida por Ricardo Lewandowski:

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do §3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. (BRASIL, 2011, p. 103-104).

No mesmo sentido, à época, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, em discordância com o relator, afirmou a presença de lacuna normativa, que devia ser

preenchida não pela igualdade de ambas as entidades, mas pela analogia de similitude factual, de forma que as normas que regulavam a união estável entre homem e mulher deviam ser aplicadas às relações entre pessoas do mesmo sexo, mas com respeito às devidas diferenças:

[...] na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual. (BRASIL, 2011, p. 265).

O voto do Ministro Cezar Peluso, apesar da pouca explanação, divergente do consenso da maioria, uniu-se às posições dos Ministros Lewandowski e Gilmar Mendes, no que concerne à não extensão do conceito de família, mencionando as diferenças de cada tipo de união e a impossibilidade de equiparação completa.

O então Presidente do STF, ressaltou, ainda, a importância de que o tema fosse disciplinado pelo Poder Legislativo: “[...] Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regular esta equiparação” (BRASIL, 2011, p. 266).

A situação fática que toma como base a existência de famílias que diferem da tradicional família patriarcal e valoriza outras formas de convivência familiar, pautadas no afeto e bem-estar, deve, diante do vácuo normativo, ser reconhecida no plano legal, com a criação de normas, que obedeçam a vontade soberana do povo e, por consequência, ao processo legislativo constante no texto constitucional – o qual não atribui competência ao Judiciário para criação de normas, como parece pretender o STF em seus julgados.

A omissão legislativa não é, portanto, fato suficiente para ensejar a adoção de um papel de legislador ativo pelo Judiciário, cuja função constitucional cinge-se a apenas uma atividade interpretativa, de modo que, diante da necessidade da alteração do dispositivo legal ou do preenchimento de lacuna normativa, deverão ser os representantes eleitos pelo povo (titular do poder soberano), realizar essa função, em obediência ao processo legislativo previsto no texto constitucional.

## **DESAFIOS PARA O PLENO RESPEITO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE POR MOTIVO DE**

## DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A política de identidade e o conceito de reconhecimento são temas dominantes na teoria política contemporânea ao problematizar os desafios postos em uma sociedade plural, como a brasileira. Nesse contexto, discutem-se, a seguir, as teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser, que mostram a necessidade de implementar políticas de reconhecimento e redistribuição como forma de enfrentar as injustiças sofridas pelas mulheres e pelas pessoas LGBTQIA+.

Axel Honneth faz parte da Teoria Crítica, posteriormente denominada de “Escola de Frankfurt”, embora a primeira denominação seja mais recorrente no meio acadêmico, quando referida às análises críticas da sociedade capitalista, influenciada pelos trabalhos de Max Horkheimer.

Anexo à Universidade de Frankfurt, foi instalado, na década de 1930, o Instituto para Pesquisa Social, com o objetivo de concentrar, em um mesmo lugar, estudiosos de várias ciências com inclinações teóricas marxistas. A direção do Instituto foi assumida por Horkheimer, quando, na ocasião da posse, proferiu discurso, posteriormente publicado como “Teoria Tradicional e Crítica”, em que, com a finalidade de articular a teoria à prática social, esboçou a interdisciplinaridade de suas investigações, que combinava a tradição epistemológica do materialismo com estudos de psicanálise e cultura (FUHRMANN, 2013).

Na primeira geração da Escola de Frankfurt, composta por Horkheimer, Adorno e Marcuse, mesmo sob o prisma de várias disciplinas, permaneceu a preocupação em investigar, predominantemente, o conflito entre as forças produtivas e as relações de produção (FUHRMANN, 2013). Nesse cenário, Axel Honneth (1999) realizou crítica pautada no déficit sociológico da produção da teoria dos representantes da Escola de Frankfurt, ou seja, na premissa de que os estudos realizados reduziram toda ação social naquilo que Karl Marx denominou de reificação, a coisificação do cotidiano mediado pelo sistema de produção.

A segunda geração dos Teóricos Críticos (Neumann, Kirchheimer, Benjamin e Fromm), chamados de “círculo externo”, também não foi capaz de romper, por completo, com a filosofia da história que reduz o processo histórico a uma dimensão de dominação sobre a natureza. Com a reabertura do Instituto de Pesquisa Social, na década de 1950, houve a ruptura com alguns intelectuais pertencentes ao “círculo externo” da Escola de Frankfurt. Embora a perspectiva histórico-filosófica e a ideia de uma realidade dominada pela natureza continuassem sendo as referências para as análises da sociedade capitalista, houve a emergência de Jürgen Habermas, com orientações estranhas à Teoria Crítica, mas que foram gradualmente aceitas na tradição (FUHRMANN, 2013).

Em Habermas, há uma abordagem teórico-comunicativa, em que as patologias sociais têm origem no que foi denominado por Honneth de “colonização do mundo social existencial”, em que: “[...] a racionalização do mundo existencial possibilita tamanho agravamento da complexidade dos sistemas que os imperativos sistêmicos desencadeados superam a capacidade de apreensão do mundo existencial que é por eles instrumentalizada” (HONNETH, 1999, p. 543).

Sob a perspectiva de Honneth (1999), embora não tenha superado a visão instrumentalizada das ações humanas e das relações sociais, Habermas foi responsável por uma “virada hermenêutica” da Teoria Crítica ao retomar um aspecto por ela esquecido: o entrelaçamento entre o sistema e o mundo da vida cotidiana. Isso porque, segundo analisado por Nadia Fuhrmann (2013, p. 83):

[...] para a teoria do agir comunicativo, os conflitos sociais estão fundamentados num modelo dual de dominação teórico linguístico, ou seja, na mediação precária do diálogo entre os grupos sociais e as instituições. Já para Honneth, as lutas sociais são originárias das experiências morais negativas vividas pelos sujeitos nas subjetividades”.

Percebe-se que a Teoria Crítica é dinâmica ao buscar atualizar a teoria clássica marxista, além de possuir um diálogo interdisciplinar, a fim de alcançar uma nova compreensão das relações sociais. Não obstante, possui um método singular: a produção científica pautada iminentemente na realidade social. Logo:

[...] o conhecimento deve ser produzido sempre numa perspectiva de realização através da ação humana, que, em última análise, significa dizer que o investigador tem um compromisso também enquanto agente social. [...] O teórico crítico ancora sempre suas investigações em elementos vivos que determinam as relações e ações coletivas, com objetivo claro de intervenção. (FUHRMANN, 2013, p. 83).

O alemão Axel Honneth é o filósofo mais destacado na terceira geração da Escola de Frankfurt, voltando seus estudos, especialmente, para a intersubjetividade dos problemas contemporâneos da sociedade capitalista. O núcleo da pesquisa do alemão está concentrado em investigar os fundamentos sistemáticos de uma Teoria do Reconhecimento, pautada no conceito de “reconhecimento intersubjetivo e social”, definição fundamental para o entendimento da origem das relações e das ações sociais conflituosas e da compreensão do processo evolutivo das sociedades (FUHRMANN, 2013).

Na obra “Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”, publicada no Brasil em 2003, mas, originalmente, em 1992, na Alemanha, condensa a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth. A Teoria do Reconhecimento, desenvolvida pelo autor alemão, aponta que a identidade dos indivíduos é determinada por um processo

intersubjetivo, mediado pelo mecanismo de reconhecimento. É, segundo o autor alemão (FUHRMANN, 2003), exatamente a ausência de tal reconhecimento, de ordem social e intersubjetiva, o causador dos conflitos sociais, de forma que, sem a demanda por reconhecimento, não haveria a luta advinda dos conflitos, necessária às mudanças sociais e à evolução da sociedade.

Ainda segundo Honneth (2003), a busca por reconhecimento se dá por três dimensões: o amor, a solidariedade e o Direito; excluindo-se qualquer dimensão envolta à inclusão econômica. Desse modo, as pessoas, individualmente ou em grupo, só possuem identidade e são reconhecidas quando aceitas nas relações com o próximo (amor), na prática institucional (Direito) e no convívio social (solidariedade). Dentre os questionamentos levantados, Axel Honneth (2003, p. 214) indaga “[...] como a experiência de desrespeito está ancorada nas vivências afetivas dos sujeitos humanos, de modo que possa dar, no plano motivacional, o impulso para a resistência social e para o conflito, mais precisamente, para uma luta por reconhecimento?”

A fim de buscar respostas, o autor aponta os maus tratos corporais na infância como a primeira experiência de desrespeito que uma pessoa pode experimentar; a segunda está nas experiências de rebaixamento ocasionadas por um sujeito permanecer estruturalmente excluído do acesso à justiça e dos direitos atinentes a uma sociedade; por fim, a terceira experiência de desrespeito e rebaixamento experimentada pelo indivíduo é ocasionada quando o indivíduo ou o grupo não possui valor perante a sociedade:

[...] na verdade, é só com essas formas, de certo modo valorativas, de desrespeito, de depreciação de modos de vida individuais e coletivos, que se alcança a forma de comportamento que a língua corrente designa hoje sobretudo com termos como “ofensa” ou “degradação”. A “honra”, a “dignidade” ou, falando em termos modernos, o “status” de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia social de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades. (HONNETH, 2003, p. 217).

Assevera, no entanto, Honneth (2003, p. 224) que a tensão afetiva que envolve o sofrimento humano, notadamente nas reações emocionais de vergonha, apenas poderá ser dissolvida pelo indivíduo à medida em que reencontra a possibilidade de ação ativa, capaz de assumir a forma de resistência política, isso porque a injustiça do desrespeito não tem que revelar, inevitavelmente, nessas reações ativas, mas tão somente possui potencial de se tornar convicção política e moral e fonte de reação para resistência:

Simplemente porque os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos do reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral; pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política. Contudo, a fraqueza desse suporte prático da moral no interior da realidade social se mostra no fato de que a injustiça do desrespeito não tem de se revelar inevitavelmente nessas reações afetivas, senão que apenas o *pode*: saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende sobretudo de como está constituído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos – somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se uma fonte de motivação para ações de resistência política. No entanto, só uma análise que procura explicar as lutas sociais a partir da dinâmica das experiências morais instrui acerca da lógica que segue o surgimento desses movimentos coletivos. (HONNETH, 2003, p. 224, grifo original).

Desse modo, na visão do alemão (HONNETH, 2003), a desigualdade e a exclusão social estão relacionadas com a ausência de reconhecimento intersubjetivo e social. Segundo a análise de Nadia Fuhrmann (2013, p. 92) sobre a contribuição de Axel Honneth para as Ciências Humanas e Sociais:

Dentro de uma tradição crítica de análise da sociedade capitalista equivale dizer que a contribuição dos estudos de Honneth inverte a matriz teórica materialista e relativiza a precariedade econômica como causa principal das lutas sociais urbanas. A teoria honnethiana define como mote dos conflitos sociais as experiências humanas de menosprezo, humilhação e ofensa vivenciadas pelos sujeitos no cotidiano, privado e público, debelando assim lutas que objetivam o resgate do reconhecimento recíproco negado a eles.

Nessa mesma linha, Nancy Fraser (1999), filósofa americana também afiliada à Teoria Crítica, ao realizar proposição teórica acerca da justiça social, aponta que o discurso da justiça social, anteriormente centrado na distribuição econômica, requer, na sociedade atual, tratamento conjunto entre políticas de reconhecimento e redistribuição:

O discurso da justiça social, antes centrado na distribuição (econômica), agora se divide crescentemente entre as demandas de redistribuição, de um lado, e as demandas por reconhecimento de outro. (Às vezes...) nos apresentam algo construído efetivamente como uma escolha excludente: redistribuição ou reconhecimento? Políticas de classe ou políticas de identidade? Social democracia ou multiculturalismo? Essas são falsas antíteses, pois a justiça requer hoje tanto a redistribuição como o reconhecimento, uma vez que nenhum deles é por si só suficiente. (FRASER, 1999, p. 1).

Fraser (1999, p. 5), entretanto, critica as ideias de Axel Honneth ao entender que o reconhecimento não pode ser interpretado como questão de autoestima, mas, ao contrário, como uma questão de justiça. Nessa perspectiva, o reconhecimento é uma reparação à injustiça, e não a reparação de uma necessidade genérica:

[...] O que torna o não-reconhecimento um erro moral é a sua negativa a indivíduos e grupos da possibilidade de participação paritária com as demais numa interação social. [...] Essa norma paritária apela a uma concepção de justiça que pode ser aceita por pessoas que aderem a visões doutrinárias divergentes, desde que concordem assumir termos equitativos de interação sob condições de pluralismo valorativo. (FRASER, 1999, p. 5).

Segundo a autora norte-americana (FRASER, 2006), especialmente após a Segunda Guerra Mundial, as demandas por reconhecimento da diferença passaram a dar combustível às lutas de grupos unidos na defesa da nacionalidade, da raça, do sexo e do gênero. A mobilização política passa a ter a identidade dos grupos como principal meio de propagação, de modo que, ocupando o lugar até então dado à redistribuição socioeconômica; o reconhecimento cultural passa a ser visto como o remédio para a injustiça sofrida pelos grupos.

Não obstante, repisa Nancy Fraser (2006) que as lutas por reconhecimento existem em um mundo de enorme desigualdade material (desigualdades de renda e propriedade; acesso ao trabalho remunerado, educação, saúde e lazer, dentre outras), o que leva à necessidade de desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento, a qual, além de identificar e assumir a defesa das diferenças culturais, seja coerentemente combinada com a política social da igualdade:

[...] Ao formular esse projeto, assumo que a justiça hoje exige *tanto* redistribuição *como* reconhecimento. E proponho examinar a relação entre eles. Isso significa, em parte, pensar em como conceituar reconhecimento cultural e igualdade social de forma a que sustentem um ao outro, ao invés de se aniquilarem (pois há muitas concepções concorrentes de ambos!) Significa também teorizar a respeito dos meios pelos quais a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente. Exige também, portanto, esclarecer os dilemas políticos que surgem quando tentamos combater as duas injustiças ao mesmo tempo. (FRASER, 2006, p. 231, grifos originais).

Assim, Fraser (2006) distingue, analiticamente, e de maneira genérica, duas maneiras de compreender a injustiça. A primeira, a injustiça econômica, é estabelecida pela estrutura econômico-política da sociedade, que possui como exemplo a exploração do fruto do trabalho próprio em benefício de outros, a submissão a um trabalho indesejado ou mal remunerado, a falta de acesso ao trabalho remunerado e a privação a um padrão de vida adequado. A segunda, a injustiça cultural ou simbólica, é radicada nos padrões sociais de

representação, interpretação e comunicação. Esta é exemplificada pelas diferentes formas de dominação cultural, como ser submetido a padrões de interpretação e comunicação vinculados a outra cultura, alheia à própria; a invisibilidade, como efeito de práticas comunicativas e interpretativas, autorizadas pela cultura dominante; e o desrespeito.

Para o combate de cada um dos tipos de injustiça discriminados, Nancy Fraser (2006, p. 232, grifo original) aduz que, na injustiça econômica, a solução está no que se referiu como “redistribuição”, enquanto na injustiça social, no “reconhecimento”:

O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. Embora esses vários remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “redistribuição”. O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu *de todas as pessoas*. Embora esses remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “reconhecimento”. (FRASER, 2006, p. 232, grifo original).

As lutas por reconhecimento, consoante Fraser (2006), com frequência, assumem forma de chamar a atenção para a especificidade de algum grupo a fim de afirmar seu valor. Há a intenção de promover a diferenciação do grupo. As lutas de redistribuição, ao contrário, buscam abolir os arranjos econômicos que embasam a peculiaridade do grupo, a intenção, nesta, é de desdiferenciação do grupo. Logo, enquanto uma tenta promover a diferenciação do grupo, a outra busca equalizá-la. Da aparente contrariedade entre as lutas de reconhecimento e de redistribuição, nasce o dilema denominado pela autora de “redistribuição-reconhecimento” (FRASER, 2006).

Apesar da contraposição, as pessoas sujeitas à injustiça cultural e à injustiça econômica, como as mulheres, necessitam tanto de políticas de reconhecimento como de redistribuição, visto que a situação de discriminação perpassa situações cotidianas de sexualidade e de gênero, alcançando injustiças no ambiente laboral, derivando na falta de emprego e nas diferenças salariais:

Quando consideramos coletividades localizadas na região intermediária do espectro conceitual, encontramos tipos híbridos que combinam características da classe explorada com características da sexualidade desprezada. Essas coletividades são “bivalentes”. São diferenciadas como coletividades *tanto* em virtude da estrutura econômico-política *quanto* da estrutura cultural-valorativa

da sociedade. Oprimidas ou subordinadas, portanto, sofrem injustiças que remontam simultaneamente à economia política e à cultura. Coletividades bivalentes, em suma, podem sofrer da má distribuição socioeconômica e da desconsideração cultural de forma que nenhuma dessas injustiças seja um efeito indireto da outra, mas ambas primárias e *co-originais*. Nesse caso, nem os remédios de redistribuição nem os de reconhecimento, por si sós, são suficientes. Coletividades bivalentes necessitam dos dois. (FRASER, 2006, p. 233, grifo original).

No que diz respeito ao caráter bivalente das injustiças sofridas pelas mulheres, Nancy Fraser (2006, p. 234) corrobora que “[...] as normas culturais sexistas e androcêntricas estão institucionalizadas no Estado e na economia e a desvantagem econômica das mulheres restringe a ‘voz’ das mulheres, impedindo a participação igualitária na formação da cultura, nas esferas públicas e na vida cotidiana”,

Contudo, pautada na realidade norte-americana, Fraser (2010, p. 173, grifo próprio) aduz que, em razão dos padrões impostos por uma maioria heterossexual, arraigados em diferentes áreas sociais, são negados direitos à minoria homossexual, submetendo-lhes a agressões físicas, psicológicas e à marginalização social:

O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de *status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade, e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação, acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e silo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. (FRASER, 2010, p. 173, grifo próprio).

Diferente, portanto, do modelo bivalente traçado às mulheres, Fraser (2010) aponta que a solução para as situações de injustiça vividas pelos homossexuais está, somente, na adoção de políticas de reconhecimento, haja vista que a situação de injustiças econômicas sofridas pelos homossexuais encontra remédio no reconhecimento, e não na redistribuição. Desse modo, embora a autora americana (FRASER, 2010) reconheça as inúmeras injustiças econômicas sofridas por gays e lésbicas, como a demissão sumária e a negativa de benefícios sociais pautados nos vínculos familiares, percebe que tais situações injustas não estão pautadas na estrutura econômica, mas derivam de um padrão injusto de valorização social:

O remédio para a injustiça, conseqüentemente, é o reconhecimento, e não a

redistribuição. A superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do *status* sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas. (FRASER, 2010, p. 173, grifo próprio).

Analisa Lopes e Maia (2012) que, no Brasil, a proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais é ainda tímida, de sorte que praticamente são inexistentes as políticas públicas de reconhecimento, fundamentais à superação da homofobia.

À vista disso, no que tange especificamente à realidade brasileira e ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, observa-se que as questões de gênero, tanto no caso das mulheres como das pessoas LGBTQIA+, configuram um modo bivalente de coletividade, apresentando uma face econômico-política, a qual se insere no âmbito da redistribuição, assim como uma face cultural-valorativa, que se insere no âmbito do reconhecimento.

Não há como remediar as questões de gênero, seja em relação às mulheres ou às pessoas LGBTQIA+, somente com a redistribuição econômico-política, mas são também necessárias medidas de reconhecimento, ou seja, para compensar a injustiça de gênero é necessário mudar tanto a economia como a cultura. Acerca da questão, partindo da afirmativa de que a lógica da redistribuição é acabar com as diferenças e a lógica do reconhecimento é valorizar tais especificidades, Fraser (2006, p. 235) indaga: “como as feministas podem lutar ao mesmo tempo para abolir a diferenciação de gênero e para valorizar a especificidade de gênero?”

Tanto as questões de raça, quanto as questões de gênero possuem modos dilemáticos de coletividade, pois as pessoas de tais grupos sofrem, no mínimo, de dois tipos de injustiças analiticamente distintos e precisam de dois remédios: redistribuição e reconhecimento, que, segundo a autora norte-americana (FRASER, 2006), não são facilmente conciliáveis.

Os debates de Nancy Fraser provocaram intensa discussão em torno das questões problematizadas. Um dos momentos mais importantes da discussão foi a publicação, por Nancy Fraser e Axel Honneth (2003), na obra comum intitulada de “Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange”, em que reconhecem as diferenças existentes entre suas teorias, mas tendem a assumir a validade recíproca de suas contribuições e dos pontos que suscitam em comum.

Inclusive, em entrevista prestada à Folha de São Paulo, em 2003, Axel Honneth, acerca da relação entre as teorias dos dois autores, elucida que:

[...] nas questões normativas concordamos mais do que era claro no início. Nós dois entendemos que o objetivo da justiça social é possibilitar a

participação de todos os membros da sociedade no processo comunicativo da vida em sociedade. [...] Em relação à questão central, redistribuição ou reconhecimento, a diferença consiste em que eu somente vejo a possibilidade de justificar as finalidades da redistribuição através das categorias do reconhecimento social. (HONNETH, 2003b).

A obra de Honneth e Fraser (2003) busca entender a relação entre as demandas de reconhecimento e de redistribuição, partindo do pressuposto que as lutas pela identidade têm proliferado de maneira intensa, a partir de 1970, diferente das lutas de caráter econômico, que, embora anteriormente dominantes, sofreram retrocessos enquanto principal demanda social. Apesar de o reconhecimento ter se transformado em um conceito-chave para a teoria política atual, as desigualdades econômicas permanecem presentes na sociedade.

Os autores convergem ao afirmarem que, para um adequado entendimento de justiça, é preciso levar em consideração tanto as preocupações ligadas às lutas pela distribuição dos bens econômicos, assim como aquelas vinculadas ao reconhecimento. Além disso, recusam as leituras que reduzem o reconhecimento à simples questão distributiva (HONNETH; FRASER, 2003).

Apesar disso, Fraser e Honneth (2003) possuem diferenças teóricas importantes. Para Honneth (2003), como visto, o reconhecimento é um conceito moral e político fundamental que possui a redistribuição como subordinada, embora não possa ser subsumida pela luta por reconhecimento. Já Fraser (2006) propõe uma perspectiva dualista que coloca as duas categorias como, mutuamente, irreduzíveis e fundamentais à justiça.

Atrelado às demandas sociais brasileiras que buscam respeito e efetividade aos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero, é necessário trazer a crítica realizada por Nancy Fraser, que, embora não seja atinente especificamente à situação político-social brasileira, a esta é aplicável.

Em muitos casos, Fraser (2006) sustenta que as demandas de redistribuição e de reconhecimento têm estado dissociadas uma da outra. As questões de subordinação social, em geral, têm construído uma falsa dicotomia com relação à questão, de forma que, segundo a autora norte-americana, o desafio é desenvolver uma concepção de justiça que permita articular as reivindicações de igualdade social com reivindicações de reconhecimento da diferença. Do ponto de vista político, a questão desafiadora consiste em conceber um conjunto de políticas e arranjos institucionais que integram a política de redistribuição com a política de diferença, ambos problemas primários e co-originais.

Ao núcleo normativo que integra a concepção de redistribuição e reconhecimento, Fraser (2003) denomina de “paridade participativa”, segundo a qual a justiça requer arranjos sociais em que os indivíduos interajam de maneira igual. O reconhecimento da paridade

participativa, segundo a autora, depende de duas condições: 1) a condição objetiva da paridade: distribuição de recursos materiais, que devem ser distribuídos com a finalidade de assegurar autonomia pessoal aos participantes; e 2) a condição intersubjetiva da paridade participativa: a necessidade de padrões culturais institucionalizados, que expresse igual respeito por todos e assegure igualdade de oportunidades com a finalidade de alcançar a estima social.

A questão objetiva traz questões conectadas à estrutura econômica da sociedade; já a questão intersubjetiva traz elementos que pertencem à ordem de *status* ou hierarquias sociais culturalmente construídas. Assim, as reivindicações distributivas visam mudança da estrutura econômica que possibilite condições objetivas de paridade; e, do ponto de vista da política das reivindicações de reconhecimento, o objetivo é elaborar pré-requisitos intersubjetivos da paridade participativa (FRASER, 2003).

Desse modo, as mudanças institucionais devem ocupar espaço central em uma teoria da justiça que vise o aprofundamento do processo democrático e incorpore as reivindicações de redistribuição e de reconhecimento. Para Fraser (2003) é possível construir duas alternativas para eliminar as injustiças sociais: uma estratégia de afirmação e uma de transformação.

Os remédios afirmativos para a injustiça são aqueles “[...] voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra”; enquanto os remédios transformativos são “[...] voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente” (FRASER, 2003, p. 237).

Os remédios afirmativos para a injustiça cultural estão associados ao “multiculturalismo *mainstream*”, espécie do multiculturalismo que busca compensar o desrespeito por meio da valorização das identidades culturais injustamente desvalorizadas, sem que haja impacto aos conteúdos identitários ou às diferenciações grupais a elas subjacentes. Os remédios transformativos estão associados à desconstrução, ou seja, compensam o desrespeito por meio da transformação da estrutura cultural subjacente. Exemplifica Fraser (2006, p. 237): “[...] remédios afirmativos são presentemente associados com a política de identidade *gay* e lésbica. Remédios transformativos, em contraste, são associados à política *queer*, que se propõe a desconstruir a dicotomia homo-hétero.

Do exemplo utilizado, observa-se que, enquanto os remédios de reconhecimento buscam promover a diferenciação dos grupos existentes, os remédios de transformação procuram, a longo prazo, desestabilizá-la e dar espaço para futuros reagrupamentos. No tocante à injustiça econômica, os remédios afirmativos procuram compensar a má

distribuição, com o aumento do consumo dos grupos economicamente desprivilegiados, mas não reestrutura os sistemas de produção, deixando intacta a maior parte da estrutura econômico-política subjacente; os remédios transformativos, por sua vez, compensam a distribuição injusta e transformam a estrutura econômico-política existente, com medidas de reestruturação das relações de produção.

Reforça, ainda, a autora (FRASER, 2003) que a distinção entre estratégias de afirmação e de transformação não é absoluta, sendo, portanto, possível pensar em políticas que proponham fase dupla: por um lado, permitem afirmar as identidades dos indivíduos e satisfazer as reivindicações de distribuição e reconhecimento e, por outro, reformas que colocariam em ação mudanças ainda mais intensas, possíveis em momentos subsequentes. Para Fraser (2003, p. 79), a adoção de política de fase dupla, denominada pela autora de “reformas não reformistas”, pode ir além das mudanças institucionais especificamente propostas e transformar estruturas sociais profundas, que geram injustiça na sociedade atual.

A partir das bases teóricas de Axel Honneth e de Nancy Fraser, é possível identificar, no cenário brasileiro, os obstáculos para o não reconhecimento das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ e, por consequência, as ausências e as deficiências legislativas, que acabam por causar invisibilidade e não-reconhecimentos aos grupos – estão refletidas não apenas no campo social, mas também econômico.

Diante da contextualização realizada em tópicos anteriores, nota-se que, no Brasil, a luta por reconhecimento, tanto das mulheres como das pessoas LGBTQIA+, foram intensificadas após o governo militar instalado nos anos de 1960, especialmente no tocante ao pleito de políticas compensatórias à discriminação de ambos os grupos, demonstrando os efeitos da ação ativa, transmutada em resistência política – mais especificamente em políticas socioculturais – ocasionada pelos sentimentos de injustiça e desrespeito sofridos durante o período ditatorial.

Embora, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tenha havido o alargamento dos espaços de participação política, tanto de mulheres como das pessoas LGBTQIA+, são diversas as omissões constitucionais que, além de não delimitar propriamente as diferenças sexuais, não traz políticas específicas contra a discriminação por ambos nos grupos no ambiente de trabalho, tampouco proteção no que tange à previdência social.

Nesse tocante, as concepções de justiça social cunhadas por Axel Honneth e por Nancy Fraser trazem a possibilidade de criar estratégias que contemplem todas as questões relativas à emancipação, as quais não exigem, somente, mudança na lei, mas também a

adaptação das políticas sociais e às mudanças nos padrões estabelecidos culturalmente que respaldam as práticas sociais. É preciso pensar na estrutura econômica, cultural e política para que as estratégias de luta coletiva em favor das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ sejam alcançadas.

As deficiências normativas fortalecem o redirecionamento das questões sociais à justiça e o risco de, em decisão de caráter ativista, o Judiciário proferir decisões que ultrapassem a função interpretativa e possua caráter legiferante, em descumprimento aos princípios constitucionais. A competência atribuída ao Judiciário, mais especificamente ao STF, é fazer valer os dispositivos constantes no texto constitucional, não sendo permitido o exercício de função enquanto legislador positivo, a esta cabe, dadas as situações específicas, aos Poderes Legislativo e Executivo.

A omissão dos poderes competentes para a tutela de questões demandadas pela sociedade não tuteladas pelo poder constituinte originário deve ser suprimida não pelo STF, órgão judicial, mas por meio dos representantes eleitos pelo povo, titular do poder soberano, aos quais a função foi esculpida pelo texto constitucional. Cabe, por conseguinte, à sociedade em geral a consciência política e a escolha de representantes capazes de, efetivamente, realizar a proteção aos direitos da população.

A conciliação entre o exercício democrático e a Constituição é um dos maiores desafios contemporâneos. Para que isso aconteça, é imprescindível que a questão seja reconhecida como de importância não apenas para a academia e para os magistrados, mas para a população como um todo, de forma que o tema possa ser enfrentado, fomentando reflexões acerca de técnicas hermenêuticas, como a mutação constitucional, e dos limites de atuação do Poder Judiciário, mesmo sob fundamento de proteção aos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero.

## CONCLUSÃO

Diante do objetivo principal traçado ao presente estudo, de demonstrar que o uso da mutação constitucional pelo Poder Judiciário, para efetivação de direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero (mulheres e pessoas LGBTQIA+) deve decorrer da progressividade das mudanças valorativas sociais, buscou-se, na primeira seção, delinear as bases conceituais para a consagração dos princípios da soberania popular e democrático, além da separação de poderes.

Após o regime ditatorial vivenciado pelos brasileiros entre os anos de 1964 e 1985, em que a população teve seus direitos tolhidos, especialmente por meio da repressão à liberdade, teve início o processo de redemocratização do Brasil, marcado pela promulgação do texto constitucional de 1988, que, dentre outras disposições, conferiu fortalecimento, expansão e autonomia ao Poder Judiciário, concentrados, principalmente, no seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Essa expansão do Judiciário, aliada à abstração do texto constitucional, possibilitou que juízes passassem a usufruir dos mais amplos institutos hermenêuticos para justificar as decisões proferidas, principalmente acerca de questões políticas, sociais e morais. Dentre os institutos hermenêuticos, este estudo se concentrou, de maneira específica, na mutação constitucional; instituto que, com base na doutrina de maior prestígio científico, deve ser utilizado como resultado do processo hermenêutico de atualização dos significados das normas, decorrente da progressividade das mudanças valorativas sociais, mas sem ultrapassar os limites de interpretação do enunciado normativo, traçados pelo constituinte originário.

Não obstante da conceituação doutrinária do instituto, observou-se que o STF vem, reiteradamente, utilizando a mutação constitucional de maneira iminentemente retórica, primando mais pelos erros do que pelos acertos, ao desconsiderar a natureza do instituto, como forma de alargar sua competência. Desse modo, o papel de legislador que deveria ser desempenhado diretamente pelo povo ou pelos seus representantes eleitos, não raras as vezes, vem sendo exercido pelo STF.

Apesar disso, ressaltou-se a importância da jurisdição constitucional para o controle dos excessos das majorias legislativas e a proteção das pessoas discriminadas socialmente. Contudo, a atuação do Judiciário deve atender a razoabilidade e a legitimidade conferida pela própria Constituição, de modo que as decisões em caráter contramajoritário proferidas pelo STF estejam em consonância com o princípio da soberania popular, princípio democrático e princípio da separação de poderes, além dos demais dispositivos constitucionais.

Da primeira seção, conclui-se que é indispensável, para que haja legitimidade na

invocação da mutação constitucional, uma prévia mudança na realidade social tutelada, detentora de soberania popular. Além disso, o uso do instituto deve estar limitado aos preceitos constitucionais traçados pelo poder constituinte originário, mesmo quando invocado sob justificativa de proteção aos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Ao avançar na problemática abordada, na segunda seção desta pesquisa, mulheres e pessoas LGBTQIA+ foram identificadas como pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero. Aferiu-se que, frequentemente, o poder público, composto geralmente por uma elite político-social, reproduz as práticas discriminatórias vigentes na sociedade, mantendo a estrutura hierárquica historicamente consolidada.

O preconceito, julgamento prévio sem base válida, é a fonte dessa discriminação, que consiste na exclusão ilegítima de ser humano do exercício de um direito. Dentre as diferentes formas de preconceitos existentes no mundo social, estudou-se, neste trabalho, aquela relativa ao gênero.

A confusão tradicionalmente existente entre os conceitos de sexo e gênero, erroneamente considerados sinônimos, deu lugar à associação masculino/homem e feminino/mulher, que configurou os padrões sociais que deviam ser esperados e aceitos para meninas e para meninos.

No que se refere às mulheres, essa compreensão surgiu ainda nos primórdios da humanidade, quando, para a realização das atividades básicas e de sustento, as famílias precisavam de uma grande quantidade de membros, ficando ao encargo dos homens o exercício das atividades desenvolvidas fora da caverna, enquanto às mulheres, por estarem grávidas ou cuidando dos filhos ou dos doentes e anciões, permaneciam no lar. O sucesso dos homens nas atividades desenvolvidas fora da caverna, além de propiciar o poder econômico, permitiu o exercício de atividades políticas na organização da comunidade, tornando-lhes dominadores do espaço público e do espaço privado. Historicamente, designou-se ao homem a direção da sociedade e a esfera produtiva, enquanto a mulher foi restrita ao ambiente privado, de reprodução da espécie e de cuidado dos vulneráveis.

A ideologia patriarcal e machista, existente já na Antiguidade, moldou o comportamento social contemporâneo, de modo que a estrutura social discriminatória de subjugação do gênero ainda pode ser percebida não apenas na sociedade brasileira, mas também nas suas instituições político-sociais.

Verificou-se que, mesmo os direitos já conquistados pelas mulheres ao longo do tempo, não têm sido suficientes para acabar com a discriminação, ainda presente e que se revela de diversas formas como, por exemplo, por meio da diferença salarial existente entre homens e mulheres.

Em relação às pessoas LGBTQIA+, a confusão entre sexo e gênero, que fixou o padrão homem/masculino e mulher/feminino, constitui também a causa das práticas discriminatórias contra elas. Os últimos anos mostram um importante avanço pelo reconhecimento dos seus direitos, graças à atuação do STF, a exemplo da validade da união estável homoafetiva como entidade familiar (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ), a criminalização da homofobia e da transfobia (ADO nº 26/DF), e a possibilidade de doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens nos 12 meses anteriores à doação (ADI nº 5543/DF).

Ocorre que, mesmo com os diversos avanços propiciados pela luta das pessoas LGBTQIA+ pelo reconhecimento e pela proteção de seus direitos, existem ainda questões carentes de tutela. O avanço dos movimentos sociais do grupo, sobretudo no âmbito jurídico-legal e na formação de políticas públicas, vem ocasionando a reação de setores conservadores da sociedade, como dos movimentos político-religiosos, que, pela força política que possuem, dificultam a chancela estatal.

Desse modo, foi possível verificar, ao fazer uma retrospectiva da atuação dos Poderes quanto à proteção de mulheres e das pessoas LGBTQIA+, a existência de óbices e arbitrariedades que vêm paralisando – e, até mesmo, revogando – leis e políticas públicas já aprovadas.

Diante desse quadro, na última seção, buscou-se identificar as ausências e as deficiências constitucionais relativas à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero. Do exame realizado, constatou-se que as brechas normativas presentes na Constituição evidenciam a defasagem do texto constitucional no que se refere à realidade das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ que compõem a população brasileira.

A análise dos dispositivos constitucionais evidenciou que os anseios das mulheres e das pessoas LGTBQIA+, em relação à consecução de seus direitos, encontra barreira na omissão do Poder Legislativo no que tange à atualização do texto constitucional e ao atendimento aos pleitos sociais. A omissão legislativa, além de perpetuar a discriminação de tais pessoas, promove a utilização dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, como forma de alargar as competências constitucionalmente atribuídas ao Judiciário.

Como consequência, há a utilização indevida de institutos hermenêuticos pelo STF, como a mutação constitucional e a interpretação conforme à Constituição, para pautar a modificação do conteúdo de dispositivos constitucionais, sob justificativa de proteção aos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Na atividade jurisdicional brasileira, o alargamento do conteúdo das normas

constitucionais através do (mau) uso pelo STF da mutação e da interpretação conforme à Constituição, com o intuito de reverter a situação de discriminação por motivo de gênero das mulheres e das pessoas LGBTQIA+, é claramente evidenciado por meio do exame da ADI nº 5.617/DF (equiparou o percentual do fundo partidário garantido às candidaturas femininas à proporção das candidaturas lançadas), da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ (ambas sofreram julgamento conjunto, que culminou no reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar), julgamentos em que a posição de legislador ativo adotada pelo órgão de cúpula do Judiciário extrapolou a competência interpretativa atribuída pela Constituição ao STF.

A omissão legislativa não é fato suficiente para ensejar a adoção de um papel de legislador ativo pelo Judiciário, cuja função constitucional cinge-se a apenas uma atividade interpretativa, pois a necessidade de alteração do dispositivo legal ou do preenchimento de lacuna normativa deve ser suprimida pelo povo, titular do poder soberano.

Por fim, identificam-se desafios para o pleno respeito e para a efetividade aos direitos de mulheres e pessoas LGBTQIA+ com base nas teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser acerca das políticas de reconhecimento e redistribuição, a partir das quais constatou-se que, no cenário brasileiro, os obstáculos para o não reconhecimento dos direitos das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ e, por consequência, as ausências e as deficiências legislativas estão refletidas não apenas no campo social, mas também econômico.

É preciso pensar na estrutura econômica, cultural e política para que as estratégias de luta coletiva em favor das mulheres e das pessoas LGBTQIA+ sejam alcançadas. Nesse tocante, as concepções de justiça social cunhadas por Axel Honneth e por Nancy Fraser trazem a possibilidade de criar estratégias que contemplem todas as questões relativas à emancipação, as quais não dependem somente da mudança das leis, mas também da implementação de políticas públicas direcionadas a alterar os padrões estabelecidos culturalmente que respaldam as práticas sociais discriminatórias.

Ademais, a omissão dos poderes competentes para a tutela de questões demandadas pela sociedade não tuteladas pelo poder constituinte originário deve ser suprimida não pelo STF, mas sim pelo povo ou pelos seus representantes democraticamente eleitos. Cabe, por conseguinte, à sociedade em geral a consciência política e a escolha de representantes capazes de, efetivamente, realizar a proteção aos direitos de toda a população.

A conciliação entre o exercício democrático e a Constituição é um dos maiores desafios contemporâneos. Para que isso aconteça, é imprescindível que a questão seja reconhecida como de importância não apenas para a academia e para os magistrados, mas para a população como um todo, de forma que o tema possa ser enfrentado, fomentando

reflexões acerca das técnicas hermenêuticas, como a mutação constitucional, e dos limites de atuação do Poder Judiciário.

As explicações abordadas no presente trabalho evidenciam que os males causados pelo alargamento e pelo mau uso de institutos hermenêuticos pelo STF, mesmo sob justificativa de proteção aos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade por motivo de discriminação de gênero, põem em risco a legitimidade democrática, culminando em modificações informais e indevidas do texto constitucional, que, além de não estarem atentas às vontades do povo e afrontarem os limites impostos pelo constituinte originário, evidenciam o abandono da autocontenção judicial, causando interferência na competência dos demais poderes e, portanto, violando os princípios da soberania popular, democrático e de separação de poderes, bases de nosso Estado Democrático de Direito.

O STF, enquanto guardião do texto constitucional, deve ter habilidade para realizar a harmonização entre a proteção da Constituição e a execução da vontade do povo, limitando-se ao programa proposto pelo constituinte originário.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGÊNCIA IBGE. Estatísticas de Gênero: ocupação das mulheres é menor em lares com crianças de até três anos. **IBGE**, 4 de março 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30172-estatisticas-de-genero-ocupacao-das-mulheres-e-menor-em-lares-com-criancas-de-ate-tres-anos>. Acesso em: 23 set. 2021.
- ALBUQUERQUE, Mariana. Gênero, Democracia e Direito: Discurso de Gênero e Jurisprudência – O (re)criar de conceitos na aplicação da Lei Maria da Penha. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA PUC-RIO, 21., 2013, Rio de Janeiro. **Anais[...]** Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2013. Disponível em: [https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2013/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Mariana%20Imbelloni%20Braga%20Albuquerque.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Mariana%20Imbelloni%20Braga%20Albuquerque.pdf). Acesso em: 24 dez. 2021.
- ALBUQUERQUE, Grazielle. O preço de se tornar um ator político: a justiça no centro da crise política. **Le monde diplomatique Brasil**, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/justica-no-centro-da-crise-politica/>. Acesso em: 31. mar. 2021.
- ALBUQUERQUE, Felipe; CAMPOS, Juliana. O paradoxo dos critérios para a análise das questões tipicamente políticas no Brasil. In: GUERRA, Gustavo; ROBL FILHO, Noberto; MORAES, José. Teoria do Estado e da Constituição. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis, **Anais [...]** Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 445-472. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e4e67cbdeff39>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- ALMEIDA, Jéssica Teles de. **A proteção jurídica da participação política da mulher**: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. 2018. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/32128/3/2018\\_dis\\_jtalmeida.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/32128/3/2018_dis_jtalmeida.pdf). Acesso em: 7 dez. 2021.
- ARAGÃO, João Carlos Medeiro de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Temas de interesse do Legislativo, n. 24. Brasília: Edições Câmara, 2013.
- ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.
- AZEVEDO, Sarah F. Lino de. A ética da monogamia e o espírito do feminicídio: marxismo, patriarcado e adultério na Roma Antiga e no Brasil Atual. **Revista História**, São Paulo, v. 38, p. 1-19, 2019.
- AZEVEDO, Sarah F. Lino de. **O adultério, a política imperial, e as relações de gênero em Roma**. 2017. 190 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-26102017-115352/publico/2017\\_SarahFernandesLinoDeAzevedo\\_VCorr.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-26102017-115352/publico/2017_SarahFernandesLinoDeAzevedo_VCorr.pdf). Acesso em: 9 set. 2021.
- BANDEIRA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. **Estudos Feministas**, [S.l.], n. 10, p. 119-141, 1º sem. 2002.
- BARRETO, Álvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. Judicialização da política: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.11, n. 2, 2º quadrimestre de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Trad. de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Trad. de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: a atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 47, p. 149-180, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000100010](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010). Acesso em: 19 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 16. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Trad. de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORTOLETTO, Guilherme Engelman. **LGBTQIA+**: identidade e alteridade na comunidade. 2019. 32 f. Monografia (Especialização em Gestão de Produção Cultural) – Universidade de São Paulo, Pós-graduação em Gestão de Produção Cultural, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://paineira.usp.br/celacc/sites/default/files/media/tcc/noregco\\_engelman\\_bortoletto.pdf](https://paineira.usp.br/celacc/sites/default/files/media/tcc/noregco_engelman_bortoletto.pdf). Acesso em: 18 set. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **O Senso Prático**. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papius, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. **Cadernos Pagu**, [S.l.], n. 26, p. 329–376, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644745>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1 out. 1956. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4559, 2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 3 dez. 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150710001160000.PDF#page=46>, Acesso em: 8 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)**. Brasília, DF: CN, 1988. p. 212. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/307anc23set1988SUPB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_175\\_14052013\\_16052013105518.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf). Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 73 de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/06/29/provimento-no-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil-2/>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. **Diário Oficial de Justiça**, Brasília, DF, 10 dez. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7388.htm). Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial de Justiça**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Belém do Pará, PA, 9 jun. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 1993.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de leis anuais do Brasil**, Rio de Janeiro, 20 jan. 1831. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 jul. 1951. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 01 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 dez. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 1983. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 jan. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 out. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, 9504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção das Leis do Império**, Rio de Janeiro, 11 out. 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo nº 325/ 2011**. Susta os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF, 6 jul. 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511719>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 420, 2021**. Altera a Lei nº 8.184, de 10 de maio de 1991, para dispor sobre a inclusão de perguntas sobre orientação sexual e identidade de gênero nos questionários aplicados à população por ocasião do censo demográfico. Brasília, DF, 10 maio 2021. Disponível em: <https://legis.senado>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT**. Brasília, DF: SEDH 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1022313/DF, relator: Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, Julgamento: 12/06/2017, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 jun. 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201603138830&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 74.107/SP, relator: Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Julgamento: 15/09/2016, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 26 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602020216&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF, relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 09/02/2012, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Publicação: 29 abr. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584650>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ, relatora: Ministra Rosa Weber, Brasília, DF, 29 nov. 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ, relatora: Ministra Rosa Weber, Brasília, DF, 29 nov. 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 01 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 09/03/2018, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 7 mar. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento: 05/05/2011, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgamento: 11/05/2020, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento: 13/06/2019, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 out. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 5.617/DF, relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgamento: 04/09/2018, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 10 set. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457/DF, relator: Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Julgamento: 27/04/2020, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5192888>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 20 mar. 2014. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre ti do como heterossexual? **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 21, p. 219-260, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n21/n21a10.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAENAGEM, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Trad. de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Caloutre Gulbenkian, 1996.

CAESAR, Gabriela. Perfil médio do deputado federal eleito é homem, branco, casado e com ensino superior. **G1**, 21 de out. 2018. Eleições 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/21/perfil-medio-do-deputado-federal-eleito-e-homem-branco-casado-e-com-ensino-superior.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German Constitutional Law: the Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. London: Duke University Press, 1997.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. New York: United Nations, 1991.

CARVALHO, Liandra Lima. A influência do “Lobby do Batom” na construção da Constituição Federativa de 1988. **Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades**, [S.I.], v. 18, n. 44, 2017. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/3996>. Acesso em: 21

set. 2021.

CIDH. **Relatório n. 54/01**: caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. [S.l.]: CIDH, 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania popular e supremacia constitucional**: limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo. Brasília, DF: TJDF, 2017.

COSTA, Jurandir Freire. **A ética e o espelho da cultura**. São Paulo: Editora Rocco, 1994.

CROTEAU, James. Research on the work experiences of lesbian, gay and bisexual people: na integrative review of methodology and findings. **Journal of Vocational Behavior**, [S.l.], v. 48, n. 18, p. 195-209, 1996.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

DIETER, Cristina Temes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. Minas Gerais: IBDFAM, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/812/As+ra%C3%ADzes+hist%C3%B3ricas+da+homo+ssexualidade,+os+avan%C3%A7os+no+campo+jur%C3%ADdico+e+o+prisma+constitucional>. Acesso em: 23 set. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto: problemas da aplicação judicial do direito constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, [S.l.], v. 29, p. 135-157, maio/ago. 2014.

DINES, Alberto. Mídia, civilidade e civismo. In: LERNER, Julio (org.), **O preconceito**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996. p. 57-72.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EDMUNDO, Luiz. **O Rio de Janeiro do meu tempo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1938.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**: una teoría del control constitucional. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do

movimento LGBT brasileiro. **Bagoas**, [S.l.], n. 4, p. 131-158, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2300>. Acesso em: 29 ago. 2021.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico**: teoria fundamental. São Paulo: Malheiros, 2013.

FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito**: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário. Osasco: Editora Universitária, 1971.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 1. ed. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA, Renata Costa. **O gay no ambiente de trabalho**: análise dos efeitos de ser gay nas organizações contemporâneas. 2007. 126 f. Dissertação (Metrado em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3329>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Subjetividade e Verdade**: curso no Collège de France 180-1981. Trad. de Rosemary C. Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução por Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IFoVylUCQwUJ:https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/download/50109/54229+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FRASER, Nancy. **Social Justice in the Age of Identity Politics**: redistribution, recognition, and participation. London: Essex University, 1999.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. New York: Editora Verso, 2003.

FUHRMANN, Nadia. Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais. **Barbaroi**, [S.l.], n. 38, p. 79-96, 2013. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/2586>. Acesso em: 8 dez. 2021.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GREEN, James Naylor. **Além do Carnaval**: a homossexualidade no Brasil do século XX. São Paulo: Editora da UNESP, 2000.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Trad. de Luiz Tobio. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

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

HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRATA, Helena. Flexibilidade, Trabalho e gênero. In: HIRATA, Helena; SEGNINI, Lilianna. (orgs.). **Organização do Trabalho e Gênero**. São Paulo: Ed. Senac, 2007.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. de José Viegas. São Paulo: Companhia de Letras, 2007.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. Honneth Esquadrinha 'Déficit Sociológico'. [Entrevista concedida a] Marcos Nobre e Luiz Repa], **Folha de São Paulo**, out. 2003b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1110200318.htm>. Acesso em: 10 dez. 2021.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Antony; TURNER, Jonathan (orgs.). **Teoria Social Hoje**. São Paulo: Unesp, 1999. p. 503-552.

IRINEU, Bruna Andrade. **Nas tramas da política pública LGBT: um estudo crítico da experiência brasileira (2003-2015)**. Cuiabá: EdUFMT, 2019.

IRINEU, Bruna Andrade; OLIVEIRA, Brendhon Andrade. Proteção social e população LGBTI na América Latina: uma análise crítica das experiências do Brasil e do Uruguai. **Revista Humanidades e Inovação**, [S.l.], v. 8, n. 39, p. 32-44, mar. 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/issue/view/110>. Acesso em: 9 set. 2021.

IPEA. **Nota técnica n. 35: previdência e gênero: por que as idades de aposentadoria de homens e mulheres deve ser diferente?** Brasília: Diretoria de Estudos e Políticas Sociais, março. 2017. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7993/1/NT\\_Previd%c3%aaancia\\_2017.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7993/1/NT_Previd%c3%aaancia_2017.pdf). Acesso em: 3 jan. 2022.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. de Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JORNAL LAMPIÃO. Rio de Janeiro, ano 1, n.0, abr. 1978.

KLAFKE, Guilherme Forma. **A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise das relações entre conceitos e os limites à utilização da técnica**. 2014. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08042016-150951/publico/KLAFKE\\_G\\_F\\_A\\_interpretacao\\_](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08042016-150951/publico/KLAFKE_G_F_A_interpretacao_)

conforme\_a\_Constituicao\_na\_doutrina\_brasileira.pdf. Acesso em: 1 dez. 2021.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas. In: GUIMARÃES, J. et al. (org.). **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

KUNZLER, Caroline. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos Sociológicos**, Araranquara, v. 16, p. 123-136, 2004.

LABAND, Paul. **Il diritto del bilancio**. Trad. de Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. de Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

LAURENTIIS, Lucas Catib. **Interpretação Conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 251, p. 77-85, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>. Acesso em: 4 maio. 2021.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; SOARES, Ana Katarina Fonteles. Constituição e realidade: transformações inerentes à experiência brasileira. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais[...]** Brasília: COMPEDEI, 2008. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_525.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_525.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAIA, Renato Espíndola Freire. Políticas públicas de reconhecimento para a defesa dos direitos humanos dos homossexuais. **Revista de Informação Legislativa**, [S.l.], v. 49, n. 194, p. 75-87, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496579/000952686.pdf?sequence=1#:~:text=Trata%2Dse%20de%20propostas%20concretas1,conforme%20os%20ditames%20estabelecidos%20na>. Acesso em: 4 jan. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. **Nomos**, [S.l.], v. 28, n. 1, p. 15-34, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11783/9863>. Acesso em: 19 ago. 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MIRANDA, Sérgia Maria Mendonça Miranda. A discriminação de gênero no direito de família. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **Direito das famílias: por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-148.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177. p.

19-29, jan./mar. 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES, Francisco Gérson Lima de; BEDÊ, Fayga Silveira. (org.). **Constituição e Cidadania** - Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-34.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MARQUES, Lucas Vieira Barjud; MOURA, Joaquim Pedro Schramm de. A mutação normativa na jurisprudência do sistema europeu e do sistema interamericano de direitos humanos na defesa do direito ao meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, p. 207-222, jul./set. 2018. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/29270?locale=en>. Acesso em: 25 ago. 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luis Haroldo; CARTAXO, Marina Andrade. O princípio democrático em face do papel do Poder Judiciário e da separação dos poderes. In: CAÚLA, Bleine; BOAS, Marco; LINS, Mateus. (org.). **Estado e Direito, Ambiente e Natureza**. 1. ed. Palmas: ESMAT, 2020. p. 93-118.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Trad. de Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: O caso da Campanha Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 26, n. 77, p. 97-112, 2011.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; ALMEIDA, Jéssica Teles de; ALVES, Regiana Pedrosa. A destinação do "fundo especial de financiamento de campanha" do "fundo partidário" às candidatas eleitas ao cargo de deputada estadual do Ceará, nas eleições de 2018: análise da ADI nº 5.617 (STF) e da Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (TSE). **Revista Populis**, n. 6, p. 183-203, jun. 2019.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A "Luta pelo Método" na República de Weimar. **Revista CEJ**, Brasília, n. 49, abr./jun. 2010.

MARINHO, Rossana Maria; MELO, Camila Cavalcante de Menezes; SILVA, Marcos Henrique Souza da. Mulher-cuidadora: reflexões sobre o instituto da curatela a partir das relações de gênero. **Caderno Espaço Feminino**, [S.l.], v. 32, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: [eer.ufu.br/index.php/neguem](http://eer.ufu.br/index.php/ neguem). Acesso em: 23 set. 2021.

MCGINN, Thomas A. J. **Prostitution, Sexuality, and The Law in Ancient Rome**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MCQUARRIE, Fiona. Expanding the concept of diversity: discussing sexual orientation in the management classroom. **Journal of Management Education**, [S.l.], v. 22, n. 2, p. 162-173, abr. 1998.

MIZUTANI, Larissa Caetano. **Ser ou não ser minoria**: um estudo sobre a categoria minoria e seu lugar de reconhecimento pelo Poder Judiciário brasileiro. 2012. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10906/1/2012\\_LarissaCaetanoMizutani.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10906/1/2012_LarissaCaetanoMizutani.pdf). Acesso em: 26 ago. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496864>. Acesso em: 23 ago. 2021.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. The spiral of silence: a theory of public opinion. **Journal of Communication**, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 43-51, 1974.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243-271.

OLIVEIRA, Luana Freitas. Quem tem medo de sapatão? Resistência lésbica à Ditadura Civil-Militar (1964-1985). **Periódicus**, [S.l.], v. 1, n. 7, maio./out. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/21694/14301>. Acesso em: 23 set. 2021.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau (org.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção Princiologia constitucional e política do Direito. Itajaí: UNIVALI, 2016.

PARKER, Richard. Interseções entre Estigma, Preconceito e Discriminação na Saúde Pública Mundial. In: MONTEIRO, S.; VILLELA, W. **Estigma e saúde [online]**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013. p. 25-46. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/hrc5s/pdf/monteiro-9788575415344-03.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

PARSONS, Talcott; BALES, Robert F. **Socialization and Interaction Process**. London: Routledge, 1956.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília. **Mapeamento das Delegacias das Mulheres no Brasil**. São Paulo: PAGU/UNICAMP, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mapeamento-das-delegacias-da-mulher-no-brasil>. Acesso em: 8 set. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- PIOVESAN, Flávia; SILVA, Sandro Gorski. Diversidade sexual e o contexto global: desafios à plena implementação dos direitos humanos LGBTI. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2613-2650, 2015.
- PITANGUY, Jacqueline. **As mulheres e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: [S.l.], 1988. Disponível em: <https://www.cepia.org.br/images/nov089.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.
- PORTUGAL. **Leis e Decretos**. Ordenações Filipinas. 12. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Trad. de Jones de Freitas. [S.l.]: DHNET, 2007. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 22 set. 2021.
- QUINALHA, Renan. Uma ditadura hétero-militar: notas sobre a política sexual do regime autoritário brasileiro. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; FERNANDES, Marisa. (org.). **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 15- 38.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.
- SACCHETTO, Thiago. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 124-140, jan. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X2015000100007](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007). Acesso em: 4 mar. 2021.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos Santos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Rio Grande do Sul, v. 7 n. 1, p. 80-91, 2015.
- SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SIQUEIRA, Marcus Vinicius Soares et al. Homofobia e violência moral no trabalho no Distrito Federal. **Revista Eletrônica Organizações e Sociedade**, [S.l.], v. 16, n. 50, p. 447-461, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/nKZhfrrspfbWNPfRZRhZF3D/?lang=pt>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- SMEND, Rudolf. Constitution and Constitutional Law. In: LACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, B. (org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Trad. de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002.
- SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. 2006. 169 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009449.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S.l.], v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. Chicago: Basic Books, 2005.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. In: SILVA, A. S.; SANTOS, G. F. (org). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria. La Fuerza de La Constitución y La Constitución de La Fuerza. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], ano 13, n. 37, jan./abr. 1993.

VANCE, Carole. A Antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 1995.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como um modo de integração política**. Trad. de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>. Acesso em: 5 maio 2021.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Discriminação de gênero e orientação sexual nas relações de trabalho. **Revista Argumentum**, [S.l.], v. 21, n. 1, p. 39-64, jan./abril. 2020.

ZALUAR, Alba; LEAL, Maria Cristina. Violência extra e intramuros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 16, n. 45, p. 145-164, fev. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/rbcsoc/a/LcB3j3vkRWGw9YtcbFxrTwC/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

## **SOBRE A AUTORA**

**INGRID THAYNÁ DE FREITAS ACÁCIO** - É advogada no escritório Acácio e Maia advocacia e consultoria jurídica, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, especialista em Direito Corporativo e em Direito das Famílias e Sucessões.

Supremo Tribunal Federal entre interpretar  
e legislar:

---

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
CONTRA A DISCRIMINAÇÃO  
DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO  
DE VULNERABILIDADE SOCIAL  
POR MOTIVO DE GÊNERO

Supremo Tribunal Federal entre interpretar  
e legislar:

---

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
CONTRA A DISCRIMINAÇÃO  
DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO  
DE VULNERABILIDADE SOCIAL  
POR MOTIVO DE GÊNERO