

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Eliziane Fardin de Vargas** (Brasil)

Litigância estratégica e o papel transformador do Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construção do direito da antidiscriminação no Brasil^{*}**

RESUMO

O artigo analisa como a litigância estratégica em casos relacionados à proteção do direito à igualdade e à não-discriminação de grupos vulneráveis pode contribuir para a construção de standards protetivos no Brasil, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa busca fortalecer as bases teóricas e normativas do direito da antidiscriminação no país. Para tanto, utiliza o método dedutivo, o procedimento analítico e técnicas de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, orientando-se por três objetivos: estudar os fundamentos do direito da antidiscriminação; analisar os parâmetros jurisprudenciais do STF sobre o tema; e verificar como a litigância estratégica pode estabelecer padrões mínimos de proteção. Conclui-se que a litigância estratégica atua como mecanismo de indução de mudanças jurisprudenciais, estimulando o STF a consolidar standards que orientam decisões futuras, influenciam políticas públicas e contribuem para o desenvolvimento legislativo de um direito da antidiscriminação mais robusto no Brasil.

Palavras-chave: Direito da antidiscriminação; discriminação estrutural; grupos vulneráveis; litígio estratégico; Supremo Tribunal Federal.

* Pós-doutora pela Universidade de Heidelberg e doutora em Direito pela Unisinos. Professora da UNISC, coordenadora de grupo de pesquisa do CNPq e bolsista de produtividade em pesquisa. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243> / <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. moniah@unisc.br

** Doutora em Direito na Unisc, com doutorado sanduíche na Universidad de Buenos Aires. Mestre e graduada pela Unisc, pesquisadora do grupo “Jurisdição Constitucional Aberta” (CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/712562635321424> / <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X> / elizianefardin@hotmail.com

*** Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001 –, e é resultante das atividades

El litigio estratégico y el papel transformador del Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construcción del derecho de la antidiscriminación en Brasil

RESUMEN

El artículo explora cómo el litigio estratégico, en casos relacionados con la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación de grupos vulnerables, puede contribuir a la construcción de estándares protectores, a partir de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), y fortalecer las bases teóricas y normativas del derecho antidiscriminatorio en Brasil. Para ello, se utilizan el método deductivo, el procedimiento analítico y la investigación jurisprudencial y bibliográfica. La investigación tiene tres objetivos: estudiar los fundamentos del derecho antidiscriminatorio; analizar los parámetros jurisprudenciales del STF sobre la materia, y examinar cómo el litigio estratégico puede establecer estándares jurisprudenciales mínimos de protección. Se concluye que el litigio estratégico actúa como un mecanismo de inducción de cambios jurisprudenciales, que impulsa al STF a consolidar y profundizar estándares de protección que orientan decisiones futuras, influyen en políticas públicas y sirven de base para el desarrollo legislativo de un derecho antidiscriminatorio más robusto en Brasil.

Palabras clave: derecho antidiscriminatorio; discriminación estructural; grupos vulnerables; litigio estratégico; Supremo Tribunal Federal.

do projeto de pesquisa “A ‘teoria da garantia intertemporal dos direitos fundamentais’ (*intertempore Freiheitssicherung*) e sua aplicação à proteção da democracia para as futuras gerações: análise dos *standards* protetivos do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH e proposta de parâmetros de atuação dos Tribunais na perspectiva de um “constitucionalismo transformador”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 305182/2025-0). Também está relacionado ao projeto “‘Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3, Edital Universal 10/2023 – Processo 408715/2023-5 e Edital 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional – Processo 443599/2023-8), bem como do projeto “Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep e ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc).

Strategic litigation and the transformative role of the Brazilian supreme court as instruments for building anti-discrimination law in Brazil

ABSTRACT

This article examines how strategic litigation in cases involving the protection of the right to equality and non-discrimination of vulnerable groups can contribute to the development of protective standards through the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF), strengthening the theoretical and normative foundations of antidiscrimination law in Brazil. Using a deductive approach, an analytical method, and jurisprudential and bibliographic research techniques, the study pursues three objectives: to examine the foundations of antidiscrimination law; to analyze the jurisprudential standards established by the STF on the subject; and to assess how strategic litigation can contribute to the establishment of minimum jurisprudential standards for the protection of antidiscrimination rights. The article argues that strategic litigation functions as a mechanism for inducing jurisprudential change, encouraging the STF to consolidate and deepen protective standards that can guide future judicial decisions, influence public policies, and support the legislative development of a more robust antidiscrimination legal framework in Brazil.

Keywords: Anti-discrimination law; structural discrimination; vulnerable groups; strategic litigation; Brazilian Supreme Court.

Strategische Prozessführung und die transformative Rolle des brasilianischen Supremo Tribunal Federal beim Aufbau des Antidiskriminierungsrechts

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert, wie strategische Prozessführung in Fällen zum Schutz des Rechts auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung vulnerabler Gruppen zur Entwicklung von Schutzstandards in Brasilien beitragen kann, ausgehend von der Rechtsprechung des Supremo Tribunal Federal (STF). Ziel der Untersuchung ist es, die theoretischen und normativen Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts im Land zu stärken. Hierzu werden die deduktive Methode, analytische Verfahren sowie Techniken der Rechtsprechungs- und Literaturrecherche angewandt. Die Analyse verfolgt drei zentrale Ziele: die Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts zu untersuchen, die vom STF entwickelten Rechtsprechungsmaßstäbe zu analysieren und zu prüfen, wie strategische Prozessführung Mindeststandards des Schutzes etablieren kann. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass strategische Prozessführung als Mechanismus zur Herbeiführung rechtsprechungsbezogener Veränderungen wirkt, indem sie das STF dazu anregt, Standards zu konsolidieren, die zukünftige Entscheidungen leiten, öffentliche Politiken beeinflussen und zur legislativen Weiterentwicklung eines robusteren Antidiskriminierungsrechts in Brasilien beitragen.

Schlagwörter: Antidiskriminierungsrecht; strukturelle Diskriminierung; vulnerable Gruppen; strategische Prozessführung; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

Diante do fato de que grupos vulneráveis (mulheres, LGBTQIA+, população negra, pessoas com deficiência, entre outros) estão mais suscetíveis à violação de seus direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade e não-discriminação em decorrência de uma condição estrutural de discriminação, mostra-se imprescindível a construção e consolidação de um direito da antidiscriminação,¹ muito especialmente no contexto de múltiplas desigualdades que assolam o Brasil.

Considerando-se o importante papel desempenhado pela litigância estratégica no contexto de um constitucionalismo transformador e no reconhecimento de novas esferas de direitos, questiona-se: como litigar estrategicamente em casos que envolvam a salvaguarda do direito à igualdade e não-discriminação de grupos vulneráveis pode contribuir para a construção de *standards* protetivos sobre a matéria, através das construções jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF), e fortalecer a construção das bases teóricas e normativas do direito da antidiscriminação no Brasil?

Para o desenvolvimento da pesquisa foram traçados como objetivos específicos: 1º) estudar as origens e os desdobramentos do direito da antidiscriminação, compreendendo a sua intrínseca ligação e interdependência com o direito de igualdade e de não-discriminação, assim como destacando o expressivo papel protetivo desempenhado pelo STF dentro do contexto do constitucionalismo transformador; 2º) analisar os parâmetros protetivos já consolidados pela jurisprudência do mais alto tribunal brasileiro em matéria de direito da antidiscriminação de grupos vulneráveis,² observando como o julgamento desses casos concretos contribuiu para a

¹ O direito da antidiscriminação pretende lançar uma nova perspectiva sobre a aplicação do direito à igualdade, reorganizando a interpretação dos princípios e demais institutos jurídicos aos preceitos do princípio da igualdade, bem como, reformulando as respostas jurídicas de acordo com o contexto social em que se insere a situação discriminatória. No Brasil, destaca-se como um dos principais expoentes dessa categoria jurídica os escritos de Roger Raupp Rios, especialmente a obra: Roger Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Na esfera latino-americana, pode-se mencionar as valiosas construções doutrinárias de Úrsula C. Basset, “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)”. *Revista Código Civil e Comercial VIII*, n.º 6 (2022). Úrsula C. Basset, “Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy”, em *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, ed. por Eugenio Luis Palazzo, 14-18. Buenos Aires: El Derecho, 2022.

² Os casos selecionados foram: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF e ADI 4275/DF. A seleção desses casos é resultado da busca jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal, tomando como critérios de busca os seguintes filtros: Palavras-chave - “não-discriminação” e/ou “antidiscriminação”; Lapso temporal - 01 de janeiro de 2012 até 10 de outubro de 2022; Tipo de decisão - controle concentrado de constitucionalidade (ADI-ADO-ADC-ADPF). A escolha do ano de 2012 como início do marco temporal de análise igualmente considera que foi nesse mesmo ano que a Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) começa a expandir sua percepção sobre o tema, passando a trabalhar com o conceito de “discriminação estrutural” a partir do julgamento do caso Atala

construção de padrões mínimos de proteção sobre a matéria, e; 3º) averiguar como a litigância estratégica, em casos de violação dos direitos de igualdade e não-discriminação de grupos vulneráveis, pode contribuir para estabelecer padrões jurisprudenciais mínimos de proteção sobre direito à antidiscriminação, destacando como esses padrões poderão servir de referência para a futura normatização do direito antidiscriminatório no Brasil. Além disso, evidencia-se a importância do tratamento estrutural dessas demandas, o qual não apenas proporciona uma análise mais detalhada das causas subjacentes das discriminações estruturais, mas também traz visibilidade a esses problemas muitas vezes negligenciados nas demais esferas do Poder Público.

Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, valendo-se da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, em que se parte da análise das decisões envolvendo grupos vulneráveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o intuito de identificar como o mais alto tribunal brasileiro, a partir do julgamento de casos envolvendo os direitos de igualdade e de não-discriminação de grupos vulneráveis, vem construindo um direito da antidiscriminação no Brasil.

Como método de procedimento, empregou-se o método analítico – por meio da coleta de sentenças no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/>) –, adotando os seguintes critérios de busca: Palavras-chave - “não-discriminação” e/ou “antidiscriminação”; Lapso temporal - 01 de janeiro de 2012 até 10 de outubro de 2022; Tipo de decisão - controle concentrado de constitucionalidade (ADI-ADO-ADC-ADPF).³

Considerando os resultados obtidos com a filtragem, as decisões analisadas envolvem os direitos dos seguintes grupos vulneráveis: mulheres, grupo LGBTQIA+, população negra e pessoas com deficiência. A partir disso foram levantadas 09 (nove) decisões, sendo elas: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF, ADI 4275/DF, ADI 6479/DF, ADI 3984/DF e ADI 5355, sendo excluídas da análise às últimas 03 (três) decisões em razão da falta de pertinência com o tema pesquisado. Portanto, um total de 06 (seis) decisões foram analisadas, sendo elas: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF e ADI 4275/DF.

Riffo y niñas vs. Chile (2012). Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239; Serie C, No. 254, San Jose da Costa Rica, 2012a, 33.

³ As siglas, respectivamente, se referem às seguintes ações do controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

1. Direito da antidiscriminação: origens, conceitos e espécies de discriminação

Dentro da estrutura jurídica constitucional, brasileira e internacional, de proteção aos direitos humanos, o direito fundamental à igualdade evoluiu seu conceito clássico – de uma concepção formal da igualdade, pressupondo o tratamento igual de todos perante a lei – passando a abarcar a concepção da igualdade enquanto proibição de discriminação.⁴

Essa dimensão da igualdade como dever de não-discriminação consiste em reconhecer que, em determinados contextos, a igualdade formal perante a lei não será suficiente para proteger grupos ou indivíduos sujeitos a situações de vulnerabilidade. Dessa feita, especialmente a partir da previsão do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, expressa-se essa dimensão do mandamento de igualdade – igualdade como não-discriminação – ao prever como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁵

Essa atual leitura do direito à igualdade objetiva erradicar discriminações injustificadas, especialmente aquelas provenientes de situações de subordinação histórica e social sofridas por grupos estigmatizados, sobre os quais, recorrentemente, recaem os duros reflexos negativos da discriminação e do preconceito.⁶

Essa concepção do princípio da igualdade não apenas revela a sua dimensão material, mas igualmente reconhece a existência de discriminações estruturais que impedem a integração social de determinados grupos, relegando-os a situações de invisibilidade e subordinação. Dessa forma, adiciona-se às dimensões tradicionais do princípio da igualdade um viés emancipador, no qual a transformação social se compromete a eliminar práticas sociais que perpetuam a subordinação de grupos sociais. A partir dessas ideias, surge uma concepção de igualdade inclusiva, baseada na premissa de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas suficientemente aptas a atender às necessidades de redistribuição e reconhecimento.⁷

Assim, pesquisadores como Saba⁸ trabalham com o conceito de discriminação ou desigualdade estrutural, que revela que o princípio da igualdade implica não

⁴ Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Gilberto Schäfer, “Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 22, n.º 1 (2017): 127.

⁵ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

⁶ Roger Raupp Rios, “Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade”, *Revista Direito e Práxis* 11, n.º 2 (2020): 1334.

⁷ Adilson José Moreira, *O que é discriminação?* (Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017), 66-67.

⁸ Roberto Saba, *Pobreza, derechos y desigualdad* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012), 26-27.

apenas na garantia do direito à igualdade como não-discriminação, mas também na esfera da igualdade como não-subordinação ou não-submissão desses grupos que historicamente enfrentam desvantagens sociais, econômicas e culturais. De maneira semelhante, Fraser e Honneth⁹ afirmam que certas categorias ambivalentemente discriminadas por critérios econômicos e culturais, como gênero e raça, demandam por uma justiça social não apenas orientada pela redistribuição, mas também pela garantia do reconhecimento desses grupos dentro dos espaços políticos e sociais, com o intuito de superar por completo as raízes da discriminação estrutural.

A fim de corroborar com a construção do direito da antidiscriminação, e na pretensão de barrar eventuais situações de desequiparação injustificadas no âmbito do direito brasileiro, o suprarreferido artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 elenca uma lista exemplificativa de critérios proibidos de discriminação ou de categorias suspeitas de discriminação (*suspect classification*), evidenciando “certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados como *ratio* fundamentadora do *discrimen*”.¹⁰

Esse rol permite constatar a incidência de situações discriminatórias quando há um tratamento desigual e injustificado fundamentado em critérios proibidos de discriminação ou nas categorias suspeitas (*suspect classification*), tais como a raça, sexo, origem, cor ou qualquer outro traço que diferencie o indivíduo das características dominantes.¹¹

Crerios proibidos de discriminação são elementos intrínsecos ao processo de aferição e investigação de uma alegada prática discriminatória, uma vez que esse exercício consiste em comparar a condição “de la supuesta víctima y la de otra persona que no posee as características o se encuentra en la categoría prohibida. Para que se constituya la discriminación, es necesario determinar un vínculo de causalidad entre el tratamiento menos favorable y el criterio prohibido”.¹²

Portanto, tais critérios proibidos de discriminação ou categorias suspeitas de discriminação (*suspect classification*) são elementos constitutivos do direito da antidiscriminação que criam um sinal de alerta para eventuais casos de discriminação. Isso porque, diante de uma norma de constitucionalidade duvidosa ou questionável que envolva uma “categoria suspeita”, a análise de sua constitucionalidade ou

⁹ Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange* (New York: Verso, 2003), 07-08.

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (São Paulo: Malheiros, 2021), 18.

¹¹ Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Marina de Almeida Rosa, “Together and equal? Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso Brown v. Board of Education”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 15, n.º 3 (2020): 06.

¹² Daniel Borrillo, “Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo”, *Derecho PUCP*, n.º 71 (2013): 550.

convencionalidade poderá ser submetida a um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), visando averiguar se essa legislação viola a cláusula de igualdade.¹³

Em uma perspectiva histórica, o alicerce que sedimentou o surgimento do direito da antidiscriminação, a partir da reafirmação da doutrina do “*equal protection*”, foi estabelecido pelas construções da Suprema Corte Norte-Americana, mais especificamente no caso “*Brown vs. Board of Education of Topeka*” (1954). Este caso serviu como parâmetro jurisprudencial de combate à discriminação racial nos Estados Unidos, sendo empregado como fundamento para a gradativa declaração da inconstitucionalidade das leis segregacionistas vigentes no país desde 1896 – provenientes do julgamento do caso “*Plessy vs. Ferguson*” (1896) –, assim, contribuindo sobremaneira para a superação da doutrina “*separate but equal*”.¹⁴

Dentro do contexto jurídico norte-americano, junto à noção de categoria suspeita de discriminação e ao escrutínio estrito de proporcionalidade, o direito da antidiscriminação é compreendido a partir de dois modelos: o “*disparate treatment*” (tratamento discriminatório) e o “*disparate impact*” (impactos desproporcionais). No caso do primeiro (“*disparate treatment*”), a situação discriminatória existe quando há um tratamento diferencial em relação a um membro ou a um grupo especialmente protegido e esse tratamento adverso tem cerne em motivos preconceituosos.^{15,16} A segunda situação (“*disparate impact*”) caracteriza-se por práticas aparentemente neutras que resultam em impactos desproporcionais e prejudiciais a um grupo estigmatizado.^{17,18}

¹³ Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, “A doutrina das “categorias suspeitas” e a noção de “escrutínio estrito” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF (doação de sangue por homossexuais)”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 27, n.º 1 (2022): 226.

¹⁴ Lopes Sparenberger e Almeida Rosa, “Together and equal?”, 13.

¹⁵ George Marmelstein, *Discriminação por preconceito implícito* (Salvador: Editora JusPodivm, 2021), 85.

¹⁶ Observa-se como exemplo de “*disparate treatment*” o caso “*Guevara Díaz vs. Costa Rica*” (2022), no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado pelo tratamento discriminatório imposto ao senhor Luis Fernando Guevara Díaz em razão de sua condição de pessoa com deficiência intelectual. O caso envolveu a demissão discriminatória do trabalhador do Ministério da Fazenda. Mesmo sendo elogiado por seu desempenho como “trabalhador miscelâneo”, uma espécie de auxiliar de serviços gerais, e mesmo tendo conquistado o primeiro lugar nas provas, ele acabou sendo demitido posteriormente e preterido no concurso em favor de outro candidato. O motivo não declarado foi a discriminação com base em sua deficiência mental, que, recentemente, tem sido denominada de capacitismo. Corte IDH, Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, sentença de 22 de junho de 2022, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 453, San José da Costa Rica, 2022.

¹⁷ Marmelstein, *Discriminação...*, 89.

¹⁸ Pode-se mencionar como exemplo de caso em que ocorreu uma situação de “*disparate impact*” o caso “*Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*” (2012), onde a proibição geral da prática de fertilização *in vitro* imposta na Costa Rica desde os anos 2000 impunha um impacto desproporcional na vida das mulheres, interferindo de maneira arbitrária no direito à vida privada e no direito de formar uma família. Corte IDH, Caso Artavia

Embora não tão comuns e evidentes quanto o “*disparate treatment*” (tratamento discriminatório), situações discriminatórias decorrentes de um “*disparate impact*” (impactos desproporcionais) podem ocasionar uma repercussão social de elevado impacto discriminatório, justamente por serem revestidas de critérios aparentemente neutros, assim sendo mais facilmente dissimuladas e acobertadas.

O caso paradigmático que inaugura a construção do “*disparate impact*” (impactos desproporcionais) na Suprema Corte Norte-Americana é o caso “*Griggs vs. Duke Power Co.*” (1971). Neste caso, trabalhadores negros questionaram os critérios de contratação de funcionários utilizados pela empresa Duke Power Co., pois eram exigidos testes de inteligência e diploma de conclusão de ensino médio – exigências que dificultavam o acesso de pessoas negras, devido aos prejuízos educacionais decorrentes do período de segregação racial nos Estados Unidos. Isso impossibilitava, em grande medida, o acesso das pessoas negras a esses postos de trabalho.¹⁹

O caso “*Griggs vs. Duke Power Co.*” (1971) é um típico exemplo de como a discriminação estrutural opera como um ciclo que perpetua e agrava a condição de subordinação, exclusão e marginalização das pessoas expostas a uma situação de discriminação estrutural, impedindo que esse grupo rompa com a discriminação e logre condições igualitárias para que desenvolvam seus projetos de vida.

Embora as exigências não expressassem, de maneira deliberadamente explícita um viés discriminatório, essa aparente neutralidade dos critérios de seleção impactava desproporcionalmente as chances dos candidatos negros a vagas de trabalho. Assim, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a existência de um quadro discriminatório em relação a esse grupo, bem como declarou a insustentabilidade desse modelo de seleção por gerar a perpetuação de práticas empregatícias discriminatórias.²⁰

Quanto ao tratamento processual exigido em casos de discriminação por “*disparate impact*” e por “*disparate treatment*”, destaca-se que o roteiro judicial será distinto em ambos os casos. Tratando-se de “*disparate treatment*”, o processo divide-se em três fases:

A primeira etapa consiste na demonstração de um *prima facie* case de discriminação. [...] a vítima da discriminação precisa demonstrar previamente que pertence a uma classe ou grupo protegido e que foi prejudicada por um ato arbitrário do agente discriminador. [...] *segunda etapa* do processo, em que o ônus da prova e da argumentação é transferido ao agente discriminador, que deve demonstrar que o tratamento prejudicial ao membro do grupo protegido não foi motivado por um fator preconceituoso. [...] Por fim, caso o réu

Murillo e outros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 257, San José da Costa Rica, 2012b.

¹⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Griggs vs. Duke Power Co.*, 401 U.S 424, 1971.

²⁰ Marmelstein, *Discriminação...*, 90-91.

apresente justificativas não preconceituosas para o seu ato, passa-se à *terceira etapa*, em que o autor da ação poderá demonstrar que as razões declaradas pelo réu são meros pretextos para dissimular o preconceito, fornecendo elementos que atestem que o motivo apresentado é falso ou implausível.²¹

No que condiz ao rito dos casos do “*disparate impact*”, a primeira etapa consiste na comprovação das condições para um *prima facie case* de discriminação²² por “*disparate impact*”, seguida de uma segunda etapa, na qual oportuniza que o réu possa

demonstrar que o critério adotado não se baseia, nem mesmo indiretamente, em preconceito, mas na necessidade do negócio (*business necessity*). [...] Ultrapassada a fase em que o réu deve justificar sua prática, o ônus argumentativo e probatório retorna para o autor da ação, que poderá demonstrar que os motivos apresentados são meros pretextos para discriminar, ou então que existe uma solução alternativa menos discriminatória (*less discriminatory alternative*) que poderia ser adotada sem custos irrazoáveis [...] Após esse debate, se ficar comprovado que a prática adotada gera um efeito adverso a um grupo protegido, não é essencial para a atividade ou pode ser substituída por uma alternativa menos prejudicial, restaria caracterizada a responsabilidade do réu, mesmo que não houvesse uma prova cabal da intenção de discriminar.²³

Na perspectiva do direito europeu, vale asseverar que práticas discriminatórias podem ser observadas em modalidades diversas, sendo categorizadas nas modalidades direta e indireta. Na modalidade de discriminação direta, o ato discriminatório é proposital, consciente e intencional, de modo que “existirá una discriminación directa cuando por algunos de los motivos prohibidos (raza, etnia, sexo, religión, ...) una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada outra en situación comparable”.²⁴

Ao contrário, no caso de discriminação indireta, o ato não é munido de intencionalidade, e a discriminação decorre de uma ação ou medida aparentemente neutra, mas que, na prática, impacta prejudicialmente certo grupo ou indivíduos.²⁵

²¹ Marmelstein, *Discriminação...*, 86-87.

²² No procedimento do “*disparate impact*”, a primeira etapa consiste em: “(a) identificar a prática específica objeto do litígio, causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração dessas de um modo global; (b) demonstrar que o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos; (c) demonstra que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos”. Marmelstein, *Discriminação...*, 91.

²³ Marmelstein, *Discriminação...*, 91-93.

²⁴ Daniel Borrillo, “Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo”, 548.

²⁵ Roger Raupp Rios, “Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade”, 1338.

No entanto, é possível traçar uma distinção entre a discriminação direta e indireta (proveniente do direito europeu) e as noções de “*disparate treatment*” e “*disparate impact*” (proveniente do direito estadunidense). Enquanto os dois primeiros conceitos enfatizam a intencionalidade e a consciência do agente na prática discriminatória,^{26,27} os segundos não requerem uma correlação direta e imprescindível entre “*disparate impact*” e discriminação inconsciente e não-intencional, assim como entre “*disparate treatment*” e a discriminação consciente e intencional. Vale ressaltar que, “em qualquer caso, o que importa é verificar se o prejuízo ao grupo protegido foi motivado por fatores preconceituosos, sejam eles conscientes ou inconscientes, intencionais ou não-intencionais”.²⁸

Em contraponto, mas sem prejuízo do que já foi exposto, é essencial destacar que autores como Sparemberger e Rosa correlacionam os conceitos (“*disparate impact*” – “*disparate treatment*” – discriminação direta – discriminação indireta), interligando-os, inclusive, com as noções de igualdade formal, material e de critérios proibidos de discriminação das categorias suspeitas.²⁹

Complementarmente, ainda há a compreensão da discriminação na dimensão interseccional,³⁰ múltipla ou agravada, categoria que se relaciona mais diretamente com a complexidade do fenômeno discriminatório, já que essa espécie de discriminação se caracteriza pela concorrente incidência de dois ou mais critérios proibidos de discriminação.³¹

²⁶ “Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade”, 1338.

²⁷ Thimotie Aragon Heemann, “Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis”, *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12 (2018): 67.

²⁸ Marmelstein, *Discriminação...*, 97.

²⁹ Para Sparemberger e Rosa: “a proibição de discriminação direta é justificada pela igualdade formal, e a proibição de discriminação indireta (*disparate impact*) pela igualdade material, sendo aquela manifestada pela intencionalidade do tratamento desigual pelas categorias suspeitas, com o fim de anular ou prejudicar o reconhecimento, exercício e gozo de um direito, e essa pela ausência da intenção discriminatória, mas vislumbrada a partir de impactos prejudiciais que decorrem dos mesmos critérios proibitivos. As categorias suspeitas referem-se tanto à discriminação direta quanto à indireta, e relacionam-se a critérios que definem se uma pessoa faz parte de um grupo dominante”. Lopes Sparemberger e Almeida Rosa, “Together and equal?”, 7.

³⁰ Trazendo a origem histórica do surgimento do termo “interseccionalidade” dentro do direito antidiscriminatório, Akotirene salienta que a origem do termo remonta o ano de 1989, quando Kimberlé Crenshaw publicou, em inglês, o artigo “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. Carla Akotirene, *Interseccionalidade* (São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019), 35.

³¹ Rodrigo da Silva, *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016), 24-25.

No sentido de exemplificar como se operacionaliza essa discriminação interseccional, Crenshaw,³² metaforicamente, compara a intersecção de vulnerabilidades a avenidas, de modo que:

Utilizando uma metáfora de intersecção, faremos inicialmente uma analogia em que os vários eixos de poder, isto é, raça, etnia, gênero e classe constituem as avenidas que estruturam os terrenos sociais, econômicos e políticos. É através delas que as dinâmicas do desempoderamento se movem. Essas vias são por vezes definidas como eixos de poder distintos e mutuamente excluídos; o racismo, por exemplo, é distinto do patriarcalismo, que por sua vez é diferente da opressão de classe. Na verdade, tais sistemas, frequentemente, se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam. As mulheres racializadas frequentemente estão posicionadas em um espaço onde o racismo ou a xenofobia, a classe e o gênero se encontram. Por consequência, estão sujeitas a serem atingidas pelo intenso fluxo de tráfego em todas essas vias. As mulheres racializadas e outros grupos marcados por múltiplas opressões, posicionados nessas intersecções em virtude de suas identidades específicas, devem negociar o “tráfego” que flui através dos cruzamentos. Esta se torna uma tarefa bastante perigosa quando o fluxo vem simultaneamente de várias direções. Por vezes, os danos são causados quando o impacto vindo de uma direção lança vítimas no caminho de outro fluxo contrário; em outras situações os danos resultam de colisões simultâneas. Esses são os contextos em que os danos interseccionais ocorrem - as desvantagens interagem com vulnerabilidades preexistentes, produzindo uma dimensão diferente do desempoderamento.

No contexto desigual da América Latina, é evidente a incorporação da concepção de discriminação interseccional nos posicionamentos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um exemplo significativo disso é o caso “*Trabalhadores da Fábrica de Fogos de Artifício de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*” (2020), em que o Estado brasileiro foi responsabilizado pela morte de sessenta trabalhadoras em decorrência da explosão de uma fábrica de fogos de artifício. A maioria das vítimas era composta por mulheres, afrodescendentes, analfabetas, pobres, crianças, algumas das quais também estavam gestando. Isso configura uma intersecção de fatores de vulnerabilidade que caracteriza a discriminação agravada.³³

³² Kimberlé Crenshaw, “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”, *Revista Estudos Feministas* 7, n.º 12 (2002): 177.

³³ “191. Isso posto, a intersecção de fatores de discriminação neste caso aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por ser meninas, ou por ser meninas

No que se refere à construção de um direito da antidiscriminação no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que ainda há um longo caminho a percorrer. No entanto, ao desenvolver essa tarefa, considerar os padrões já consolidados na doutrina estrangeira e nas construções do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos pode servir como um ponto de apoio para orientar a elaboração de standards mínimos de salvaguarda adequados à realidade nacional.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel significativo na construção do direito da antidiscriminação. Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade de interpretá-la de modo a promover um constitucionalismo que mude a realidade social, aproximando-a do ideal preconizado nos ditames constitucionais, por meio do constitucionalismo transformador.³⁴

Nesse contexto, ao realizar a leitura e interpretação da Constituição – respeitando os limites da sua competência –, o STF atua para garantir a efetividade das promessas constitucionais de uma sociedade igualitária e não discriminatória. As interpretações proferidas pelo STF não apenas promovem transformações, mas também estabelecem parâmetros essenciais para o direito antidiscriminatório.

Salienta-se que o constitucionalismo transformador na região é parte fundamental do projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, que busca a construção de padrões mínimos de proteção aos direitos humanos comuns para a região. Dentro desse objetivo, o ICCAL considera, tomando como base o princípio *pro persona*.³⁵ aqueles *standards* protetivos presentes no apanhado de normas e interpretações jurisprudenciais, tanto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (formado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), quanto aqueles advindos dos ordenamentos jurídicos e Cortes Constitucionais dos Estado-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.³⁶

Com isso, os princípios jurídicos do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano podem emergir das contribuições nacionais ou regionais. Isso permite que as interpretações jurisprudenciais protetivas advindas das Cortes Constitucionais, como o STF, possam ser invocadas como um *standard* mínimo em direitos humanos,

e estar grávidas”. Corte IDH, Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, Sentença de 15 de julho de 2020, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, No. 407, San Jose da Costa Rica, 2020, 55.

³⁴ Jorge Ernesto Roa Roa, “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 46.

³⁵ Para uma análise focal da aplicação do princípio *pro persona* no contexto do ICCAL, recomenda-se: Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios”, *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 2 (2017): 1356-1388.

³⁶ Ana Carolina Lopes Olsen e Melina Girardi Fachin, “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano”, em *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, ed. por Itamar Luís Gelain e André Phillippe Pereira (Pelotas: NEPFIL Online, 2022), 166-187, 170.

desde que mais benéfico em relação aos demais.³⁷ Assim, as Cortes Nacionais são responsáveis por “provocar mudanças significativas por meio de suas sentenças, inclusive para o incentivo de processos democráticos como a criação de leis ou bloqueio de medidas inconstitucionais e inconvenções”.³⁸

Vislumbrando a possibilidade de as Cortes Nacionais atuarem como indutoras de transformações sociais, promovendo um efeito “desbloqueador” em relação àquelas pautas impopulares ou invisibilizadas politicamente, nota-se que a postura jurisdicional fomentada pelo ICCAL pode colaborar, também, para a fixação das bases do direito da antidiscriminação, quando da judicialização desses litígios estruturais, como será exposto no terceiro estágio desse estudo.

Por ora, exposta a base doutrinária do direito de igualdade e não-discriminação, bem como a importância da atuação jurisdicional pautada no constitucionalismo transformador para a construção das bases do direito antidiscriminatório, passamos à análise das decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a proteção do direito de igualdade e à não-discriminação.

É justamente sob essa perspectiva que as decisões do STF analisadas a seguir podem ser compreendidas como potenciais mecanismos de consolidação de standards antidiscriminatórios.

2. A construção do direito da antidiscriminação a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A fixação de parâmetros protetivos no direito antidiscriminatório pode ocorrer não apenas por meio de propostas legislativas que busquem normatizar a matéria, mas também a partir dos entendimentos jurisprudenciais construídos com base no julgamento de casos concretos. Nesse sentido, um caso paradigmático pode funcionar como um instrumento que possibilita a definição de padrões mínimos de proteção, os quais devem ser readaptados e expandidos conforme as exigências e particularidades de cada circunstância específica. Diante disso, a seguir, serão analisados alguns dos *standards* jurisprudenciais cunhados pelo Supremo Tribunal Federal e que estabelecem alguns parâmetros para o direito da antidiscriminação no Brasil.

2.1. ADO 30/DF: isenção de IPI na aquisição de veículos por deficientes auditivos

A referida ação teve como objetivo declarar a inconstitucionalidade por omissão do art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, que, ao estipular a política pública de inclusão social

³⁷ Lopes Olsen e Girardi Fachin, “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*”, 172.

³⁸ Lopes Olsen e Girardi Fachin, “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*”, 180.

de pessoas com deficiência, através da concessão de isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI) para pessoas com deficiência, deixou de incluir no rol de beneficiários as pessoas com deficiência auditiva.³⁹

Além do reconhecimento da omissão e a consequente extensão do benefício aos deficientes auditivos, o mais alto tribunal brasileiro, no exercício do controle jurisdicional dessa política pública, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse medidas capazes de sanar a referida omissão.⁴⁰

Em relação à proteção contra a discriminação das pessoas com deficiência auditiva, o Ministro Relator Dias Toffoli afirmou que a não inclusão desse grupo no rol de isentos, bem como a mora na tramitação do Projeto de Lei n. 28/2017 – que atualmente tramita no Senado Federal⁴¹ e visa estender o benefício fiscal aos deficientes auditivos –, ofende os princípios da isonomia e da não-discriminação. Essa conjuntura implica uma distinção desarrazoada entre pessoas que se encontram em uma mesma situação (serem pessoas com deficiência), justificando, assim, a imprescindibilidade da execução do controle jurisdicional para extinguir a afronta ao direito à igualdade e à não-discriminação, além de sanar a insuficiência da política pública de inclusão.⁴²

Do teor da decisão, é possível extrair diversos elementos que corroboram a dimensão protetiva da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, observa-se o comprometimento com a noção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*), que também se faz salutar no controle jurisdicional de políticas públicas, como é o caso da ADO analisada.⁴³ O tribunal reconheceu que o dispositivo deixava de proteger uma parcela de pessoas que igualmente integram o

³⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 24 de agosto de 2020, 01.

⁴⁰ STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 01.

⁴¹ Em 2020 o PL 28/2017 de origem do Senado Federal foi remetido à Câmara dos Deputados, tramitando naquela casa como PL 1586/2020 e apensado ao PL 5773/2009, sendo que até a conclusão desse estudo os projetos de lei permanecem pendentes de apreciação pelo Plenário do Senado Federal.

⁴² STF, *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 30.

⁴³ A noção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) serve ao controle jurisdicional de políticas públicas vez que esse é, ao lado da noção de “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), um balizador do “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*). Nas palavras de Leal e Maas: “o conceito de ‘dever de proteção estatal’ (*Schutzpflicht*) poderia servir, também, como fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do ‘dever’ de agir do Estado e, consequentemente, para a indicação das possíveis ‘omissões’ ou ‘desvirtuamentos’ por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de ‘proibição de proteção insuficiente’ (*Untermaßverbot*) e de ‘proibição de excesso’ (*Übermaßverbot*)”. Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas, “*Dever de proteção estatal*”, “*proibição de proteção insuficiente*” e controle jurisdicional de políticas públicas (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 107-108.

grupo de pessoas com deficiência, evidenciando uma proteção insuficiente do direito à inclusão social na política pública imposta pela Lei nº 8.989/95.

Conforme asseveram Leal e Maas,⁴⁴ a aplicação dessa teoria pelo mais alto tribunal brasileiro não é novidade, pois a concepção de “proibição da proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) “tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para sua intervenção na defesa dos direitos fundamentais”.

Da decisão, ainda pode-se extrair a presença de outra técnica decisória de origem germânica⁴⁵ aplicada a casos de omissão inconstitucional: a figura do “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*). Esta consiste em uma decisão por meio da qual é reconhecido um quadro de constitucionalidade imperfeita de determinada norma jurídica que, embora apresente incompatibilidades pontuais com os preceitos constitucionais, permanece sendo considerada “ainda constitucional”. Com isso, a decisão notifica o legislador acerca dessa discordância constitucional e ressalta a emergente necessidade de alteração do texto normativo, a fim de afastar a declaração de inconstitucionalidade no caso de uma nova apreciação do tema, concedendo-lhe um prazo para que a discordância seja sanada.^{46,47}

Nota-se que esse foi o caso da ADO 30, já que a decisão não invalida o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, mantendo o dispositivo no ordenamento jurídico com plena vigência. Em vez disso, aponta sua incompatibilidade com a Constituição e notifica o Poder Legislativo para que, dentro de 18 meses, providencie o ajuste normativo necessário para alcançar uma condição de constitucionalidade perfeita da legislação impugnada.

Para além disso, há indícios de que essa é uma decisão aditiva, considerando que essa tipologia decisória compreende aquelas decisões que buscam repreender o silêncio inconstitucional do legislador quando “a legislação estipule sacrifícios ou benefícios a uma dada categoria de destinatários, silenciando quanto à inclusão de outras categorias em idêntica situação fática”.⁴⁸

Nesse sentido, por meio da decisão, o Supremo Tribunal Federal agrega ao rol de beneficiários uma categoria de pessoas com deficiência esquecida pelo legislador,

⁴⁴ Henning Leal e Maas, “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente”..., 110.

⁴⁵ Wiltraut Rupp-von Brünneck, juíza do Bundesverfassungsgericht, cunhou o conceito de “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) em 1970, em seu artigo: Wiltraut Rupp-von Brünneck, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”. En Theo Rittersprach/Willi Giger. Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag (Tübingen, 1970).

⁴⁶ Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário* (São Paulo: Saraiva, 2004), 461-462.

⁴⁷ Nesse sentido, igualmente importa destacar as contribuições feitas por Jörn Ipsen e Tzu-Hui Yang em suas respectivas obras: Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt* (Baden-Baden: Nomos, 1980); Yang, Tzu-Hui. *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Baden-Baden: Nomos, 2003).

⁴⁸ Newton Pereira Ramos Neto, “A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas”, *Observatório da Jurisdição Constitucional* 1, n.º 3 (2009): 12.

caracterizando este como um típico caso de decisão aditiva. Com a decisão, percebe-se também uma significativa construção de entendimento em prol da promoção da inclusão social e do combate à discriminação, não apenas de maneira geral, mas especialmente em relação ao tratamento dispensado dentro do próprio grupo vulnerável, uma vez que os deficientes auditivos enfrentavam discriminação em comparação com as demais pessoas com deficiência, o que torna injustificável e desproporcional tal tratamento diferenciado.

Embora se possam traçar críticas direcionadas ao viés transformador da decisão, considerando que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui efeitos meramente declaratórios, que dependem da articulação do Poder Legislativo para que a decisão seja efetivada, e que, portanto, essa não seria uma decisão transformadora, vale lembrar que o viés transformador de uma decisão não está sempre atrelado a seus efeitos diretos e imediatos. Existem também efeitos simbólicos, que igualmente impactam na definição e percepção do problema enquanto uma violação de direitos humanos.⁴⁹

Esses efeitos simbólicos podem, inclusive, representar ganhos até mesmo naqueles casos em que a decisão judicial vai de encontro as pretensões daqueles que demandam pretendendo uma mudança social. Nesses casos, o processo judicial ainda tem potencial de gerar efeitos transformadores devido a sua capacidade de conceder visibilidade ao problema ou de estabelecer laços duradouros entre organizações ativistas. Dessa interação, podem derivar ações políticas em prol da mesma causa, em diferentes contextos além dos tribunais, como no Congresso, nas ruas ou em instâncias internacionais de direitos humanos, impactando positivamente na salvaguarda dos direitos fundamentais.⁵⁰

Nesse contexto, os impactos simbólicos da decisão são relevantes, pois podem angariar apoio da opinião pública ou de outros segmentos do governo, além de possibilitar uma maior coesão dentro do próprio grupo social demandante. Portanto, os efeitos simbólicos de uma determinada decisão legitimam sua importância, mesmo na ausência de resultados concretos imediatos.⁵¹

Apesar de esse não ser o caso da decisão em análise – uma vez que o posicionamento do STF atende às reivindicações dos demandantes –, é perceptível a influência do viés simbólico da decisão, uma vez que a judicialização do caso trouxe visibilidade a uma omissão que gerava efeitos discriminatórios. A decisão não visava, de pronto, instaurar uma correção da norma pela via jurisdicional, mas sim gerar a conscientização sobre o problema, a partir do conhecimento da causa pelo Poder

⁴⁹ César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010), 24.

⁵⁰ Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social...*, 24.

⁵¹ Matheus Casimiro e George Marmelstein, “O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais?”, *Revista Direito Público* 19, n.º 102 (2022): 425.

Legislativo, para que este tomasse as iniciativas cabíveis e inserisse o tema na pauta para ser regulamentado.

Sob essa perspectiva, a decisão judicial cumpriu com o papel de transformar a realidade discriminatória, já que o tema foi regulamentado legislativamente pelo Congresso Nacional em 31 de dezembro de 2021, com a sanção da Lei nº 14.287/2021, que estendeu às pessoas com deficiência auditiva o benefício de isenção do imposto sobre produtos industrializados na aquisição de automóveis.⁵²

Conclui-se que, diante da análise da decisão e dos efeitos dela inerentes, apesar das possíveis alegações de inefetividade em razão da natureza declaratória da ADO, constata-se que, posteriormente ao proferimento da decisão, ocorreram efeitos simbólicos que impactaram a percepção do problema na esfera social e na instância legislativa, além de efeitos instrumentais que implicaram em mudanças materiais na situação de afronta aos direitos, através da inclusão, pelo Poder Legislativo, das pessoas com deficiência auditiva no rol de beneficiários. Assim, o caráter estratégico almejado com a propositura da ação – ou seja, corrigir a omissão inconstitucional do legislador – foi alcançado.

2.2. ADI 5617: distribuição de recursos do fundo partidário para o financiamento das campanhas de candidatas mulheres

Nesta ação, o STF reconheceu que o percentual de cotas de financiamento de campanhas femininas, disposto no artigo 9º da Lei n. 13.165/2015, afronta a ação afirmativa de cotas para candidatura política de mulheres, fixada no artigo 10, §3º da Lei n. 9504/1997. Essa situação assegurava proteção insuficiente ao direito à inclusão política desse grupo, uma vez que o percentual mínimo de destinação do fundo partidário (5%) permanecia aquém do percentual mínimo de cotas de representação feminina (30%).⁵³

Conforme o voto do Ministro Relator Luiz Edson Fachin,⁵⁴ a insuficiência dessa ação afirmativa deu margem para a destinação de maior parte das verbas do Fundo Partidário às candidaturas masculinas, impactando negativamente as campanhas de mulheres que se candidataram e usufruíam da proteção ao seu direito de igualdade através da ação afirmativa das cotas para a realização de suas candidaturas.

⁵² Brasil, *Lei nº 14.287*, de 31 de dezembro de 2021.

⁵³ STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*, 16 de março de 2018, 05.

⁵⁴ “O estabelecimento de um piso de 5% significa, na prática, que, na distribuição dos recursos públicos que a agremiação partidária deve destinar às candidaturas, os homens poderão receber no máximo 95%. De outro lado, caso se opte por fixar a distribuição máxima às candidaturas de mulheres, poderão ser destinados do total de recursos do fundo 15%, hipótese em que os recursos destinados às candidaturas masculinas será de 85%. Inexistem justificativas razoáveis, nem racionais, para essa diferenciação”. STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*, 27.

A decisão, além de promover o aprimoramento da ação afirmativa das cotas, prestigiou o direito ao pluralismo político e os mandamentos do direito à igualdade e não-discriminação, dando ênfase às substantivas contribuições e avanços decorrentes das ações afirmativas e do tratamento diferenciado com o condão de reduzir às desigualdades historicamente suportadas pelas mulheres e ampliar a sua inclusão.⁵⁵

Ao corrigir "o quadro de proteção insuficiente decorrente do desconsoante percentual de financiamento para campanhas femininas, a decisão destaca a importância da abertura dos canais deliberativos democráticos para as mulheres, enquanto parte de uma "minorias insular", conforme a clássica construção de John Hart Ely⁵⁶. Além disso, reconhece a necessidade de uma atuação protetiva contramajoritária em relação a esse grupo que, historicamente, permanece à margem de uma representação política adequada.

Para além da garantir de redistribuição equitativa dos recursos financeiros, outro ponto relevante abordado pela ação é a dimensão do reconhecimento, que se relaciona à importância de garantir a ocupação de espaços de deliberação política democrática por mulheres. A construção doutrinária traçada por Nancy Fraser⁵⁷ auxilia a compreender esse ponto, pois, conforme a autora, o gênero é uma categoria ambivalente que exige, para a correção de injustiças de gênero, uma abordagem que contemple, simultaneamente, políticas de redistribuição e de reconhecimento. Assim, além da redistribuição proporcional dos fundos partidários, a perspectiva do reconhecimento implica que o fomento à integração feminina nos espaços de poder político representa uma estratégia crucial para que as pautas de gênero superem a invisibilidade a que são submetidas em espaços de deliberação política que carecem de pluralidade. Dessa forma, o reconhecimento deve estar atrelado à redistribuição, e vice-versa.

No que diz respeito à participação paritária, Fraser⁵⁸ salienta que existem duas condições de possibilidade para que ela ocorra:

Primeiro, a *distribuição de recursos materiais* tem de ser tal que garanta independência e "voz" aos participantes. A isso eu chamo de condição "objetiva" da participação paritária. Ela proíbe arranjos que institucionalizem privação, exploração e grosseiras disparidades de riqueza, renda, trabalho e tempo de

⁵⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, "O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 22, n.º 2 (2021): 100.

⁵⁶ John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010), 136-137.

⁵⁷ Nancy Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça", em *Igualdade, diferença e direitos humanos*, ed. por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008), 167-189, 175.

⁵⁸ Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça", 181.

lazer. Em contraste, eu chamo a segunda condição para a participação paritária de “intersubjetiva”. Ela *requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social*. Essa condição proíbe padrões culturais que depreciem sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas, seja por sobrecarregá-las com uma excessiva “diferença” dos outros, seja por falhar em reconhecer sua distintividade.

No entanto, tomando como base essa noção doutrinária de Fraser, é possível constatar que a decisão do STF busca induzir o reconhecimento através do ajuste na redistribuição dos recursos financeiros destinados ao financiamento das campanhas femininas. Contudo, isso deixa de considerar outros fatores frontalmente ligados ao problema da baixa representação e ocupação dos espaços políticos por mulheres, com a inadequação da reserva de 30% do percentual de candidatura para mulheres, ao invés da reserva de um percentual de ocupação de vagas efetivas (já que a candidatura, por si só, não garante representação política efetiva), o expressivo número de candidaturas fictas de mulheres (denominadas de “candidaturas-laranjas”) e o desvio das verbas investidas nessas candidaturas falsas.⁵⁹

Como visto, a redistribuição sem reconhecimento não detém potencial transformador – e isso fica ainda mais evidente, pois, nos últimos pleitos eleitorais, mesmo após a decisão do STF, os percentuais de eleição de mulheres para ocupação efetiva de cadeiras políticas lograram avanços inexpressivos.⁶⁰ Isso demonstra a não superação dos problemas que historicamente dificultam que as candidaturas femininas sejam levadas a sério e se convertam em efetivas eleições e ocupação de espaços políticos, permitindo a perpetuação de um contexto social e eleitoral discriminatório.

Por mais que a decisão tenha assegurado o padrão proporcional de recursos financeiros para as campanhas femininas, é notável que não houve uma atuação estrutural e transformadora por parte do STF – no sentido do que pressupõe as bases do ICCAL, como visto anteriormente –, diante da ausência de medidas estruturantes direcionadas ao enfrentamento da discriminação estrutural suportada pelas mulheres dentro do contexto político.

Portanto, por mais que se possa defender que a propositura da ação foi estratégica no sentido de chamar atenção para o problema da baixa representação política feminina, é questionável que a decisão tenha construído padrões úteis ao direito antidiscriminatório no Brasil no que diz respeito à proteção das mulheres. O objetivo direto da demanda foi atendido (equiparação dos percentuais e financiamentos e cotas de candidaturas); no entanto, a causa fonte da baixa representatividade

⁵⁹ Para uma visão detalhada do tema, recomenda-se: Paloma Kauany dos Santos Sousa, “À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira” (monografia de graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2024).

⁶⁰ Kauany dos Santos Sousa, “À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira”, 45-48.

política feminina permanece inalterada (discriminação estrutural histórica contra a mulher), assim como a pauta da dimensão da igualdade enquanto reconhecimento permanece inalterada.

2.3. ADPF 291/DF: não recepção do crime de pederastia

Protegendo não só o direito à liberdade sexual, mas também os direitos de igualdade e não-discriminação das pessoas homossexuais em espaços militares, a ADPF 291/DF fixou a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” contidos no artigo 235 do Código Penal Militar, sendo mantido o teor do artigo, sem os termos mencionados.⁶¹

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso emprega preceitos do direito da antidiscriminação, considerando a orientação sexual como critério que “deve ser considerado ‘suspeito’ e somente poderá ser adotado se passar por um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), isto é, por uma rigorosíssima avaliação de sua compatibilidade com a Constituição”.⁶² No entanto, por mais que o Ministro Relator tenha expressamente reconhecido o *status* de categoria suspeita em relação às minorias sexuais e tenha entendido ser cabível a noção de escrutínio estrito em relação à análise da proporcionalidade do dispositivo em questão, não o aplicou.

O Ministro ainda explicitou em seu voto as teorias da discriminação indireta e do impacto desproporcional (*disparate impact*),⁶³ inclusive citando como exemplo, na nota de rodapé n. 8, o paradigmático caso “*Griggs v. Duke Power Co.*” (1971).

Em vista disso, extrai-se do entendimento jurisprudencial construído no caso da ADPF 291/DF que há indícios de abertura à incorporação dos precedentes estrangeiros em matéria de direito da antidiscriminação em âmbito nacional, uma vez que os Ministros já têm inserido parâmetros doutrinários e jurisprudenciais para fundamentar a construção de seus votos e assegurar a proteção dos direitos de igualdade e não-discriminação, especialmente em relação às ações que envolvam a proteção dos direitos de grupos vulneráveis.

A ADPF 291/DF integra uma série de decisões proferidas pelo STF após 2011 –impulsionadas pelo julgamento das ADPF 132 e ADI 4277, que equipararam as uniões

⁶¹ STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 28 de outubro de 2015, 01.

⁶² STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 35.

⁶³ “60. Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”. STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 39.

estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, e pelo caso Atala Riffo, no qual a Corte IDH condena o Estado chileno por trato discriminatório por orientação sexual no ano de 2012 –, e que tiveram o intuito de reafirmar a proteção em relação as minorias sexuais no Brasil.⁶⁴

Assim, embora não tenha um viés estrutural, no sentido de traçar plano de combate às situações de discriminação contra esse grupo, este caso faz parte de uma onda de decisões que contribuem para a conscientização e educação social acerca da necessidade de respeito à pluralidade sexual, de gênero e de distintas conformações familiares. Ou seja, a decisão influi na esfera simbólica além do mero impacto prático da solução da lide, abrindo caminhos não só na esfera da conscientização popular, como também servindo de precedente para o julgamento posterior de novos prismas do problema da discriminação estrutural das minorias sexuais. Logo, a ação cumpre o papel estratégico de criar um precedente protetivo em relação às pessoas historicamente discriminadas, sendo utilizada como um argumento de reforço para o avanço na proteção desse grupo pelo STF nas suas decisões futuras, como se verá a seguir no caso da ADO 26, agregando ao arcabouço jurisprudencial mais um parâmetro em matéria de direitos antidiscriminatórios.

2.4. ADPF 186/DF: ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas

No ano de 2012, o mais alto tribunal brasileiro declarou a constitucionalidade de uma das mais significativas ações afirmativas de promoção à igualdade de pessoas negras no Brasil, buscando romper as barreiras impostas pela discriminação experienciada historicamente pela população afrodescendente.

O grande ponto de contribuição estratégica dessa decisão para o direito à anti-discriminação no Brasil é a valorização da dimensão do reconhecimento presente no direito à igualdade, tomando como base teórica as construções de Fraser e Honneth. A decisão ressalta que a luta por justiça social compreende tanto políticas de redistribuição de riquezas quanto de reconhecimento e empoderamento de grupos

⁶⁴ Considerando a linha do tempo da garantia de direitos as minorias sexuais, presente no Caderno de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos das pessoas LGBTQIAP+, após o reconhecimento ao direito à união estável homoafetiva em 2011 (ADPF 132 + ADI 4277), em 2015 ocorreu a descriminalização da homossexualidade em âmbito militar (ADPF291), em 2017 foram reconhecidos os direitos sucessórios (RE 646721), em 2018 o direito à alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil (ADI 4275 + RE 670422), em 2019 a criminalização dos atos de homofobia (MI 4733 + ADO 26), e, em 2020, dois grandes temas foram julgados, a garantia ao direito de homossexuais serem doadores de sangue (ADI 5543) e a declaração da inconstitucionalidade da vedação da divulgação de pautas de gênero e orientação sexual nas escolas (ADPF 457 + ADPF 461). Conselho Nacional de Justiça, *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos. Direito das pessoas LGBTQIAP+* (Brasília: STF; CNJ, 2022), 14.

étnicos, dimensões essas que podem ser fomentadas e incorporadas através de ações afirmativas.⁶⁵

Diante dessa realidade de discriminação estrutural racial, o viés do reconhecimento inerente às ações afirmativas contribui para romper com a perpetuação da consciência de inferioridade e falta de perspectiva dentro do próprio grupo discriminado. As ações afirmativas desempenham um papel simbólico significativo, pois uma criança negra, ao ver um negro ocupar uma posição de destaque na sociedade, identifica-se com essa liderança e amplia suas próprias perspectivas de vida. Este aspecto psicológico é crucial para multiplicar a inclusão social através dessas políticas.⁶⁶

Naquela ocasião, o direito comparado também teve especial espaço no voto dos Ministros, sendo mencionados, inclusive, os históricos casos “*Regents of the University of California vs. Bakke*” (1978), “*Gratz vs. Bollinger*” (2003) e “*Grutter vs. Bollinger*” (2003), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a compatibilidade das ações afirmativas para admissão de grupos minoritários e sub-representados às instituições de ensino superior com a Cláusula da Igual Proteção.⁶⁷

É interessante analisar como essa atenção ao direito comparado e, principalmente, aos precedentes da Suprema Corte Norte-Americana relacionados ao direito da antidiscriminação, serviu como base para a construção do entendimento favorável a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.

Nesse sentido, nota-se que esse olhar direcionado às experiências internacionais – principalmente a Norte-Americana, diante do seu pioneirismo no que tange à proteção de grupos vulneráveis através do direito da antidiscriminação – pode contribuir para a construção de parâmetros protetivos no Brasil. Sendo assim, embora a realidade da discriminação vivenciada pela população negra norte-americana e brasileira sejam, em certa medida, distintas (tendo em vista que no Brasil não contamos com um histórico de leis segregacionistas como nos Estados Unidos), o cerne do problema é idêntico, a discriminação.

No entanto, é importante observar que, embora a Corte IDH disponha de importantes precedentes regionais sobre o tema e, na perspectiva do constitucionalismo transformador interamericano, o STF esteja vinculado aos precedentes regionais do *corpus iuris*, o mais alto tribunal brasileiro opta por fundamentar sua decisão mencionando os precedentes da Suprema Corte Norte-Americana, ao invés de dialogar com os padrões de proteção preexistentes na América Latina, que afirmam a obrigação do Estado de adotar medidas positivas para superar situações discriminatórias.⁶⁸

⁶⁵ STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 26 de abril de 2012, 73.

⁶⁶ STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 74.

⁶⁷ STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 78.

⁶⁸ Pode-se mencionar como exemplo o parágrafo 80 da decisão da Corte IDH no caso *Atala Rizzo y Niñas vs. Chile* (2012) e parágrafo 292 do caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012).

Isso evidencia a persistência da falta de diálogo com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e representa um dos grandes desafios para o desenvolvimento do *Ius Constitutionale Commune* na região.

2.5. ADO 26/DF: a criminalização da homofobia e da transfobia

Por ocasião do julgamento do supramencionado caso, o STF declarou estado de mora legislativa no cumprimento dos mandados de incriminação dispostos no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal e asseverou que, até que sobrevenha legislação nesse sentido, editada pela Congresso Nacional, os casos de homofobia e transfobia serão qualificados como espécie do gênero racismo (na dimensão do racismo social), aplicando-se a esses casos os dispositivos da Lei n. 7.718/1989.⁶⁹

No que toca aos conceitos do direito da antidiscriminação anteriormente estudados, se percebe que na decisão foram realizadas menções à doutrina das categorias suspeitas e ao “escrutínio estrito de proporcionalidade”, principalmente através da nota de rodapé n. 31⁷⁰ do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Em trecho, o Ministro ainda menciona a construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia na sentença C798/2008, que, ao julgar caso que igualmente envolvia o direito de minorias sexuais, reconheceu a orientação sexual como categoria suspeita de discriminação, a qual necessita da aplicação de um escrutínio estrito de proporcionalidade em relação a normativos que as envolva.

Contudo, apesar dessa referência, novamente constatou-se uma inaplicação, em termos teóricos, da doutrina das categorias suspeitas e da noção de escrutínio estrito na sentença, o que não retira o prestígio das menções realizadas, já que elas podem indicar para uma implementação efetiva no futuro.

Ainda, a decisão da ADO 26 reforçou o compromisso do Estado com a proteção das minorias sexuais, com base nos precedentes jurisprudenciais já estabelecidos

⁶⁹ STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*, 13 de junho de 2019, 05.

⁷⁰ “[31] “Na experiência comparada, pode-se citar a sentença C798/2008, em que a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou dificuldades semelhantes às do caso sob análise. O julgamento envolvia a obrigação de prestar alimentos pelo companheiro homossexual, já que na Colômbia o descumprimento dessa obrigação é crime previsto no art. 233 do Código Penal (‘desassistência alimentar’). O tipo penal, entretanto, faz referência expressa a ser aplicável somente a casais formados por homem e mulher, de forma que a sua aplicação a um casal homoafetivo resultaria analogia in malam partem. A Corte, por maioria, concluiu que o dispositivo resultava em proteção deficiente, devendo ser entendido como aplicável também a casais homossexuais, a partir do entendimento de que estes seriam equiparáveis às uniões maritais de fato no tocante às obrigações patrimoniais, formulada na C-075/2007, e da *necessidade de aplicação do teste estrito de proporcionalidade para discriminações em razão da orientação sexual ser um critério suspeito*, de acordo com a jurisprudência da Corte”. Daniel Carvalho Cardinali, *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências* (Belo Horizonte, 2018), 167-168; STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*, 307-308, grifo nosso.

pelo STF sobre a assunto, assinalando casos significativos como a ADPF 291, ADI 4277, ADPF 132 e a ADPF 4275. Isso evidencia a importância da atuação transformadora do STF ao realizar um reconhecimento progressivo dos novos contornos dos direitos das minorias sexuais.

Ademais, percebe-se que a construção jurisprudencial do STF se apoiou também nos ditames regionais exarados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 24/2017, que tratou de interpretar os alcances da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação as obrigações estatais de proteção à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo, entre outros direitos das minorias sexuais.⁷¹ Dessa postura desponta a incorporação em âmbito nacional dos padrões de proteção estabelecidos pelo *corpus iuris* interamericano, apoiando, assim, a efetiva incorporação dos ICCAL.

Quanto às construções jurisprudenciais do direito estrangeiro, foi mencionado o emblemático caso “*Brown vs. Board of Education*” como exemplo de caso em que a Corte Constitucional adotou uma postura ativa, “(mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico”.⁷²

Com a decisão, uma vez mais foi possível observar a influência dos casos paradigmáticos e da doutrina do direito da antidiscriminação – no que diz respeito às construções doutrinárias e jurisprudenciais norte-americanas –, como impulsionadores da construção de um entendimento jurisprudencial mais protetivo às minorias sexuais pelo Supremo Tribunal Federal. Além da influência do direito norte-americano, a decisão do STF também incorpora padrões regionais de proteção aos direitos humanos, tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Constitucional da Colômbia, indicando um fortalecimento da abordagem dialógica e construtiva promovida pela perspectiva do constitucionalismo transformador na América Latina, a qual contribui para a construção latino-americana de padrões de proteção em direito da antidiscriminação.

2.6. ADI 4275/DF: reconhecimento do direito à retificação do prenome e gênero no assento de Registro Civil por pessoas transexuais

Tomando a máxima de que o direito à igualdade sem discriminação engloba a expressão da identidade de gênero, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à retificação do prenome e gênero das pessoas transgênero que assim desejarem, sendo possível realizar a alteração diretamente no Cartório de Registro Civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial autorizativa.

⁷¹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, 20.

⁷² STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, 541-542.

Na ação, o tribunal reconheceu que a dissonância entre o prenome e a identidade de gênero autoidentificada pela pessoa transsexual e aquela impressa no seu assento de registro civil ensejava em uma direta afronta ao direito de igualdade e muitas vezes gerava situações de discriminação. A decisão tomou como base os precedentes regionais sobre a matéria, especialmente a anteriormente referida Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata dos direitos à igualdade e à não-discriminação das minorias sexuais.⁷³

Com a decisão, mais uma vez permanece evidenciado o reconhecimento pela jurisprudência do STF daqueles padrões regionais de proteção que buscam lançar as bases do direito da antidiscriminação para a região. Além disso, isso também contribui para fortalecer a ideia de construção de um direito comum para a região, que não se limite ao direito antidiscriminatório, mas que estabeleça padrões abrangentes de proteção aos direitos humanos.

3. Construção do direito antidiscriminatório no Brasil: litigar estrategicamente em prol da superação do problema estrutural da discriminação

Para que seja possível pensar em alternativas para a construção do direito da antidiscriminação dentro da realidade vivenciada pelos grupos vulneráveis no Brasil, é fundamental ter em mente que o problema da discriminação tem um caráter estrutural. Isso quer dizer que esse tipo de discriminação “adquire sua legitimação por meio de ideologias sociais que podem atuar para afirmar a inferioridade de um grupo, a harmonia entre a exclusão social e as normas legais ou também para manter a invisibilidade social dessa prática”.⁷⁴

Essa desigualdade estrutural surge da subordinação e exclusão social de grupos vulneráveis, resultante de dinâmicas sociais complexas e excludentes. Isso torna as normas de igualdade formal e não-discriminação insuficientes para enfrentar as desigualdades concretas.⁷⁵ É perceptível que a exposição de determinados grupos a situações de subordinação e de vulnerabilidade social exige do direito uma reformulação das métricas de proteção aos direitos fundamentais, visando uma proteção mais atenta em casos envolvendo os direitos desses grupos.⁷⁶

⁷³ STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF*, 1º de março de 2018, 25.

⁷⁴ Moreira, *O que é discriminação?*, 137.

⁷⁵ Saba, *Pobreza, derechos y desigualdad*, 166-167.

⁷⁶ María Sofía Sagües, “Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos”, em *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi e Rogelio Flores Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 129-178, 129.

Essa dinâmica de discriminação estrutural requer não só uma adequação normativa – no sentido de normatizar *standards* em direito da antidiscriminação – que garanta aos grupos vulnerabilizados pela discriminação estrutural o pleno gozo de seus direitos e repele eventuais situações discriminatórias, mas também impõe o dever de que as medidas traçadas com a finalidade de reparar essas situações discriminatórias sejam integradas por uma dimensão transformadora.⁷⁷

No âmbito da atuação jurisdicional, essa postura transformadora pode ser colocada em prática através de decisões de caráter estruturante, as quais pretendem a superação das situações de violações sistêmicas de direitos fundamentais. Corroborando essa linha de pensamento, Kozicki e Broocke⁷⁸ asseveram que esse viés “transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social”.

Embora uma decisão estrutural possa estar atrelada a um litígio estratégico,⁷⁹ nem todo litígio estratégico pressupõe uma decisão estrutural.⁸⁰ Além disso, Vitorelli⁸¹ explicita que não apenas processos estruturais e de interesse público podem ser estratégicos, assim como, processos individuais, quando conduzidos com um objetivo que vai além dos interesses das partes litigantes, podem cumprir com esse papel estratégico, como bem é possível observar no já mencionado Caso *Brown*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana.

Considerando esse cenário, uma vez mais percebe-se a justeza das sentenças estruturantes como mecanismo de combate à discriminação estrutural no Brasil. No entanto, para que se obtenha uma decisão estruturante, é necessário que a propositura do litígio seja estrategicamente pensada para acarretar mudanças sociais substanciais.

⁷⁷ Sagües, “Discriminación estructural, inclusión y litigios estratégicos”, 130.

⁷⁸ Katya Kozicki e Bianca M. Schneider van der Broocke, “A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil”, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 53 (2018): 158.

⁷⁹ É o caso da decisão da ADPF 709 e da ADPF 635, ações as quais foram estrategicamente propostas com a intenção de contestar a situação de afronta aos direitos dos povos indígenas e de combate à violência policial nas favelas e, concomitantemente, demandar correções estruturais dos padrões de violação sistêmicos que perpetuam a discriminação estrutural em relação a esses grupos. Essas duas decisões, atualmente, estão em fase de cumprimento dos seus respectivos planos de ação, passando por monitoramento constante do Núcleo de Processos Estruturais Complexos do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰ No caso da ADO 30 podemos observar que o litígio é estrategicamente proposto para correção da omissão inconstitucional que excluía as pessoas com deficiência auditiva do rol de pessoas com deficiência isentas do pagamento do IPI. No entanto, esse litígio estratégico não demandou um procedimento estrutural, já que a reparação da afronta ao direito de igualdade requereu somente uma articulação do Poder Legislativo para sanar a omissão.

⁸¹ Edilson Vitorelli, “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo* 284, (2018): 347.

Fachin e Schinemann⁸² identificam que as decisões judiciais estruturantes provêm de casos em que o litígio transcende o interesse individual e privado, conformando uma litigância de interesse público. Dessa forma, por meio desse tipo de caso, pretende-se alterar a estrutura de funcionamento de determinadas organizações social ou políticas públicas, promovendo a concretização de direitos fundamentais e a efetivação de interesses coletivos.

No entanto, embora as decisões estruturais contribuam significativamente para a resolução dessa tipologia de litígio, não constituem seu único objetivo final. Segundo Nóbrega e França,⁸³ o aspecto que caracteriza o litígio como “estratégico” decorre justamente do fato de que a judicialização de um caso emblemático nem sempre visa exclusivamente à obtenção integral do pedido diante do Poder Judiciário. Nessas circunstâncias, o sucesso da ação pode ser obtido quando sua propositura gera algum impacto na sociedade, independentemente da decisão final do judiciário. Em outras palavras, é estratégico porque seu propósito primordial é fomentar o debate sobre o tema controverso e, eventualmente, influenciar uma nova interpretação do direito.

Litigar estrategicamente representa valer-se do campo judicial como espaço de deliberação política, trazendo para esse ambiente assuntos relacionados à proteção dos direitos fundamentais que não logram espaço na pauta de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, os litígios estratégicos podem buscar, através da atuação jurisdicional, tanto a desobstrução dos canais de atenção a determinadas reivindicações sociais, promover a tomada de conhecimento sobre novas pautas ou a respeito de temas desconhecidos ou, até mesmo, servir como mecanismo de diálogo e abertura dos canais de debate democrático.⁸⁴

Pretendendo complementar a conceituação desse instrumento de concretização de direitos pela via jurisdicional, Osório⁸⁵ atesta que os litígios estratégicos vêm sendo utilizados por agentes de organizações não governamentais, pelo sistema de justiça e pelas mobilizações sociais com o intuito de “empoderar comunidades e indivíduos, defender o estado de direito, promover os direitos humanos e buscar reparações a violações”.

A partir disso, percebe-se o potencial transformador dos litígios estratégicos como catalisadores de mudanças sociais, uma vez que, por meio dessa renovada forma

⁸² Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann, “Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais”, *REI - Revista Estudos Institucionais* 4, n.º 1 (2018): 214.

⁸³ Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Eduarda Peixoto da Cunha França, “Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?”, *Revista Pensar* 27, n.º 1 (2022): 104.

⁸⁴ Renata de Marins Jaber Maneiro e Eliana Pulcinelli, “Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional”, *Revista de Investigações Constitucionais* 4, n.º 2 (2017): 194-195.

⁸⁵ Leticia Marques Osório, “Litígio estratégico em direitos humanos: desafios e oportunidades para organizações litigantes”, *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 573.

de litigar, dá-se um novo significado aos tradicionais espaços de litigância. Ou seja, acrescenta-se a esses o viés estratégico, no qual o processo é direcionado a provocar impactos que vão além do benefício exclusivo das partes envolvidas diretamente no litígio; os efeitos da ação expandem para além da esfera de proteção exclusiva das vítimas, fornecendo contribuições à árdua tarefa de concretização dos direitos humanos e da justiça social.⁸⁶

É nessa transcendência do caso individual para uma seara coletiva que, segundo Mattos e Peixoto,⁸⁷ reside a distinção entre o modelo tradicional de advocacia e o litígio estratégico. Nesse último, para além da pretensão de alcançar a “reparação da vítima (justiça individual), a escolha e a resolução do caso passam por lutas e pautas de interesse público e a busca por avanços jurídicos em determinado tema ou para determinado grupo”.

A fim de elucidar a operacionalização desses litígios estratégicos, é possível afirmar que o estopim desse processo ocorre quando a organização que demanda em prol do interesse público coletivo desenvolve a tarefa de analisar e selecionar o caso paradigmático que detenha o potencial de ocasionar um impacto social em relação a determinado problema social. A partir da seleção, são considerados fatores adicionais, como: o custo-benefício da ação, o envolvimento e empenho dos demandantes, os possíveis impactos decorrentes da propositura da ação e os precedentes, positivos e negativos, já obtidos em litígios anteriores, que podem influenciar na decisão do caso litigado.⁸⁸

Um exemplo clássico de litígio estratégico em direitos humanos é o Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Valendo-se da violação dos direitos individuais da vítima e do potencial de, a partir dessa demanda estratégica, obter resultados coletivos para melhorar as respostas ao problema da violência doméstica em uma dimensão coletiva, as organizações demandantes – Centro para a Justiça e o Direito Internacional (Cejiil) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) – denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essas organizações estavam empenhadas em utilizar o litígio estratégico como uma ferramenta eficaz para promover transformações legais e sociais. Seus objetivos foram alcançados com base no relatório de mérito da Comissão IDH, que recomendou ao Estado a implementação de avanços significativos em termos de proteção das mulheres contra a violência doméstica.⁸⁹

⁸⁶ Juliana Cesario Alvim Gomes, “Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social”, *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 393.

⁸⁷ Karina Denari Gones de Mattos e Fabio Vieira Pereira Cendão Peixoto, “Legal design aplicado à litigância estratégica em direitos humanos”, em *Novos métodos disruptivos no direito*, ed. por Fábio da Silva Veiga, Luiz Gustavo Levate e Marcelo Kokke Gomes (Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020), 46-55, 49.

⁸⁸ Osório, “Litígio estratégico em direitos humanos”, 582.

⁸⁹ Amanda Caroline Claudia de Souza Machado, Lucas Henrique Brandão Teixeira e Pricilla Lechinewski Gouveia Zardo, “Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria

Da ação, para além da indenização da vítima pelo Estado, resultou na criação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). A lei é considerada como um marco normativo na luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres, oferecendo meios para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, alcançando o objetivo inicialmente vislumbrado ao levar o litígio estratégico à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, fica evidenciada a importância do litígio estratégico em direitos humanos no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, culminando na promulgação dessa lei e em campanhas contra a violência doméstica.⁹⁰

Face ao elevado grau de impacto social, a ação que exsurge de um litígio estratégico é extremamente complexa e requer a articulação e participação de diversos atores para o desenvolvimento do processo. Portanto, esse tipo de ação exige não só a participação das partes envolvidas diretamente no caso concreto, mas, igualmente, a integração de terceiros interessados (usualmente *amici curiae* e atores da sociedade civil), universidades, ONG's, movimentos sociais mobilizados pela causa, entre outros.⁹¹

Além da pluralidade de agentes que integram esses litígios, importa destacar que os destinatários que se busca impactar ou chamar atenção com a decisão em litígios estratégicos também são diversos. De acordo com Cardoso,⁹² não obstante o fato de que o litígio estratégico se desenvolve no âmbito das Cortes, esse tipo de ação não se restringe ao seu trâmite judicial, o caso é igualmente direcionado a influenciar tanto os responsáveis pela tomada de decisões (*decisions makers*), formuladores de políticas públicas (*policy makers*), assim como, igualmente, impactar a sociedade civil como um todo.

Já em relação aos seus objetivos, a litigância estratégica pode ser utilizada como o intuito de: a) criar ou questionar os alcances e interpretações de uma legislação (assim como fez a ADO 29, ao dar efetividade ao mandado de criminalização da homofobia e da transfobia e a ADPF 5617, ao questionar o percentual de recursos financeiros destinados às cotas de gênero na política); b) implementar ou revisar uma política pública (como é o caso da ADPF 787, que promoveu a readequação das políticas públicas de saúde em relação as pessoas transsexuais); c) alterar a lógica de operacionalização de instrumentos jurídicos (como foi o caso da ADPF 291, que concedeu uma leitura não discriminatória ao Código Penal Militar a respeito das pessoas homossexuais); d) criar pressão sobre determinadas pautas

da Penha”, em *Direitos humanos na contemporaneidade: problemas e experiências de pesquisa*, ed. por Daniel Luciano Gevehr e Aleteia Hummes Thaines (Guarujá, SP: Científica Digital, 2021), 193-208, 203.

⁹⁰ De Souza Machado, Brandão Teixeira e Lechinewski Gouveia Zardo, “Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria da Penha”, 205.

⁹¹ De Mattos e Peixoto, “Legal Design aplicado à Litigância Estratégica em Direitos Humanos”, 49.

⁹² Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 56.

invisibilizadas e documentar injustiças (como foi o caso da ADO 30, que pretendia a correção da omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo); e) promover a conscientização popular sobre determinado tema, assim como incentivar a educação em direitos humanos (sem deixar de reconhecer o seu papel estratégico em outras esferas, a ADPF 186, que ao reafirmar a constitucionalidade das cotas étnicas e raciais nas universidades públicas cumpriu um primoroso papel social educativo e conscientizador em relação ao tema da discriminação estrutural étnica e racial).⁹³

Diante desse rol exemplificativo de objetivos que podem ser atingidos pela litigância estratégica, percebe-se o potencial que esse instrumento jurídico oferece ao processo de standardização de um direito da antidiscriminação no Brasil. Esse potencial é especialmente relevante no que diz respeito à sua capacidade de atuar como indutor da elaboração de uma legislação que trate especificamente sobre o assunto. Uma vez que esse tipo de ação, proposta no âmbito do Poder Judiciário, lança luz sobre temas invisibilizados ou ignorados, poderá influenciar o agendamento do assunto na pauta de atuação dos demais Poderes Públicos.

Compactuando com Cardoso,⁹⁴ mesmo diante de uma decisão judicial malsucedida ou de teor diverso do inicialmente pretendido com a propositura da ação, isso não representa, necessariamente, que a litigância foi infrutífera, pois uma “resposta judicial negativa pode gerar debate suficiente a ponto de provocar ações futuras do próprio judiciário, mudando a sua interpretação em outros casos, ou de outras instituições, como criação de uma lei e mudança de uma política pública”.

No entanto, para que tais avanços sejam passíveis, é necessário que o Poder Judiciário, além de ser acessível, independente e criativo, profira decisões que tenham um potencial transformador e, ao mesmo tempo, dialoguem “com políticas públicas existentes ou que provoque a sua gestão pelo Executivo, que dialogue com o processo legislativo, por vezes sobrepondo-se a ele ou provocando a promulgação de normas”.⁹⁵

Vale ainda asseverar que o instituto da litigância estratégica complementa, pela via da articulação da sociedade civil e do interesse compartilhado em advogar o interesse público e coletivo, outras formas pelas quais se desenvolve a promoção da proteção dos direitos fundamentais de grupos vulnerabilizados, tais como a prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados, o papel desempenhado por instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como a atuação contramajoritária desempenhada pela jurisdição constitucional nesse cenário.

Em vista do exposto, conclui-se que, ao litigar estrategicamente situações de discriminação estrutural envolvendo grupos vulneráveis, a atuação jurisdicional do STF apresenta um considerável potencial construtivo. Os precedentes jurisprudenciais podem estabelecer padrões protetivos que servem não apenas como uma

⁹³ Cesario Alvim Gomes, “Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social”, 398-399.

⁹⁴ Cardoso, *Litígio estratégico...*, 60.

⁹⁵ Cardoso, *Litígio estratégico...*, 57.

referência para a interpretação normativa em casos futuros, mas também para o próprio Poder Legislativo. Este, ao cumprir seu dever de criar normas que tutelam o direito antidiscriminatório, pode basear-se nos precedentes jurisprudenciais para elaborar legislações protetivas. Além disso, a litigância estratégica proporciona um aumento na visibilidade do problema da discriminação estrutural, mobilizando tanto a sociedade quanto o legislador para a necessidade de proteção legal do direito à antidiscriminação.

Considerações finais

A análise da litigância estratégica em casos de proteção ao direito à igualdade e à não-discriminação de grupos vulneráveis revela que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) são instrumentos de crucial importância para a construção de padrões protetivos em matéria de direito à antidiscriminação no Brasil. Por meio da investigação das origens e desdobramentos do direito da antidiscriminação, foi possível compreender a intrínseca ligação entre este direito e o princípio da igualdade, bem como o papel protetivo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do constitucionalismo transformador, além da importância da consideração dos padrões regionais para a construção local de um direito à antidiscriminação.

Ao analisar o teor das decisões exaradas pelo STF, nota-se que, embora as demandas frequentemente derivem de problemas complexos que exigem um tratamento estrutural, o STF, ao tratar essas questões, não tem lançado mão de medidas estruturais de correção. Em vez disso, na maioria das vezes, tem concedido apenas medidas paliativas, sem atacar a causa raiz do problema e sem promover uma transformação efetiva da situação de discriminação estrutural que esses grupos enfrentam. Ademais, há uma baixa utilização e reconhecimento dos padrões de proteção já estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em relação à matéria, os quais poderiam ser utilizados para expandir a proteção antidiscriminatória a partir da atuação protetiva do STF, e que, concomitantemente, contribuiria para o fortalecimento do constitucionalismo transformador e a consolidação da *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

No entanto, apesar da ausência de remédios estruturais e da falta de diálogo das decisões do STF com os padrões interamericanos, isso não invalida as contribuições que os julgados ainda podem fornecer para a construção de parâmetros ao direito à antidiscriminação no Brasil. As decisões têm avançado no reconhecimento de direitos e desempenhado um papel simbólico educativo, dando maior visibilidade a situações de discriminação frequentemente ignoradas pela sociedade civil e por órgãos do Poder Público. Além disso, trazem para as arenas de debate temas e problemas que permaneciam à margem de serem reconhecidos como questões públicas e sociais relevantes.

Portanto, a propositura de demandas estratégicas, de maneira a induzir a construção de uma jurisprudência protetiva por parte do STF, se mostra essencial para o fortalecimento e construção do direito da antidiscriminação no Brasil, promovendo o reconhecimento de novas esferas desse direito, as quais podem servir como ponto de partida para a construção normativa de uma futura legislação antidiscriminatória pelo Poder Legislativo.

Bibliografia

DOCTRINA

- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASSET, Úrsula C. “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)”. *Revista Código Civil e Comercial VIII*, n.º 6 (2022).
- BASSET, Úrsula C. “Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy”. En *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, editado por Eugenio Luis PALAZZO, 14-18. Buenos Aires: El Derecho, 2022.
- BORRILLO, Daniel. “Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo”. *Derecho PUCP*, n.º 71 (2013): 543-556.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988).
- BRASIL. *Lei nº 14.287*, de 31 de dezembro de 2021.
- BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-v. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren”. Em Theo RITTERSPRACH/Willi GIGER. *Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag*. Tübingen, 1970.
- CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CASIMIRO, Matheus e George MARMELSTEIN. “O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais?”. *Revista Direito Público* 19, n.º 102 (2022): 412-440.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos. Direito das pessoas LGBTQIAP+*. Brasília: STF; CNJ, 2022.
- CRENSHAW, Kimberlé. “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”. *Revista Estudos Feministas* 7, n.º 12 (2002): 171-188.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

- FACHIN, Melina Girardi e Caio Cesar BUENO SCHINEMANN. “Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais”. *REI - Revista Estudos Institucionais* 4, n.º 1 (2018): 211-246.
- FIGUEIREDO, Maria Vitória Silva e Emily SOLON MARQUINHO NOBRE. “Cotas legislativas de gênero: impactos nas eleições de 2022 e desafios remanescentes à democracia Paritária”. *Revista Jurídica Direito & Realidade* 12, (2024): 85-114.
- FRASER, Nancy. “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça”. Em *Igualdade, diferença e direitos humanos*, editado por Daniel SARMENTO, Daniela IKAWA e Flávia PIOVESAN, 167-189. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- FRASER, Nancy e Axel HONNETH. *Redistribution or Recognition? A Political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. “Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social”. *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 389-423.
- HEEMANN, Thimotie Aragon. “Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis”. *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12 (2018): 63-87.
- IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden: Nomos, 1980.
- KOZICKI, Katya e Bianca M. SCHNEIDER VAN DER BROOKE. “A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 53 (2018): 147-181.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Rosana Helena MAAS. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane FARDIN DE VARGAS. “A doutrina das ‘categorias suspeitas’ e a noção de ‘escrutínio estrito’ na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF (doação de sangue por homossexuais)”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 27, n.º 1 (2022): 216-239.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane FARDIN DE VARGAS. “O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 22, n.º 2 (2021): 85-114.
- MACHADO, Amanda Caroline Claudia de Souza, Lucas Henrique BRANDÃO TEIXEIRA e Pricilla LECHINEWSKI GOUVEIA ZARDO. “Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria da Penha”. Em *Direitos humanos na contemporaneidade: problemas e experiências de pesquisa*, editado por Daniel Luciano GEVEHR e Aletheia HUMMES THAINES, 193-208. Guarujá, SP: Científica Digital, 2021.

- MANEIRO, Renata de Marins Jaber e Eliana PULCINELLI. “Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional”. *Revista de Investigações Constitucionais* 4, n.º 2 (2017): 193-219.
- MARMELSTEIN, George. *Discriminação por preconceito implícito*. Salvador: Editora JusPodvm, 2021.
- MATTOS, Karina Denari Gones de e Fabio VIEIRA PEREIRA CENDÃO PEIXOTO. “Legal design aplicado à litigância estratégica em direitos humanos”. Em *Novos métodos disruptivos no direito*, editado por Fábio DA SILVA VEIGA, Luiz Gustavo LEVATE e Marcelo KOKKE GOMES, 46-55. Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt e Eduarda PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA. “Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?”. *Revista Pensar* 27, n.º 1 (2022): 01-12.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes e Melina GIRARDI FACHIN. “Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano”. Em *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, editado por Itamar Luís GELAIN e André Phillippe PEREIRA, 166-187. Pelotas: NEPFIL Online, 2022.
- OSÓRIO, Leticia Marques. “Litígio estratégico em direitos humanos: desafios e oportunidades para organizações litigantes”. *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 571-592.
- PIOVESAN, Flávia. “Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios”. *Revista Direito e Práxis* 8, n.º 2 (2017): 1356-1388.
- RAMOS NETO, Newton Pereira. “A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas”. *Observatório da Jurisdição Constitucional* 1, n.º 3 (2009): 01-31.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- RIOS, Roger Raupp. “Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade”. *Revista Direito e Práxis* 11, n.º 2 (2020): 1332-1357.
- RIOS, Roger Raupp, Paulo Gilberto COGO LEIVAS e Gilberto SCHÄFER. “Direito da antidiscriminação e direitos de minoriais: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 22, n.º 1 (2017): 126-148.

- ROA ROA, Jorge Ernesto. “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 35-58.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César e Diana RODRÍGUEZ FRANCO. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- SABA, Roberto. *Pobreza, derechos y desigualdad*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012.
- SAGÜES, María Sofía. “Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos”. En *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección *Constitución y Derechos*, editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Rogelio FLORES PANTOJA, 129-178. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SOUSA, Paloma Kauany dos Santos. “À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira”. Monografia de graduação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2024. <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/79498>
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e Marina DE ALMEIDA ROSA. “Together and equal? Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso Brown v. Board of Education”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 15, n.º 3 (2020): 01-28.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo* 284, (2018): 333-369.
- YANG, Tzu-Hui. *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

NORMATIVA E JURISPRUDÊNCIA

- SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Griggs vs. Duke Power Co.*, 401 U.S 424, 1971.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2020. Acesso em: 19 set. 2024. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732377>
- STF. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de março de 2018. Acesso em: 02 set. 2024. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>
- STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Acesso em: 02 set. 2024. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>

- STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Acesso em: 02 set. 2024. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>
- STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Acesso em: 19 set. 2024. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>
- STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Acesso em: 19 set. 2024. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545>. Acesso em: 19 set. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San Jose da Costa Rica, 2020. Acesso em: 13 set. 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf
- CORTE IDH. Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Sentença de 22 de junho de 2022. Fundo, reparações e custas. San Jose da Costa Rica, 2022. Acesso em: 05 set. 2024. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf
- CORTE IDH. Caso Artavia Murillo e outros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San Jose da Costa Rica, 2012b. Acesso em: 05 set. 2024. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- CORTE IDH. Caso Atala Riffo e niñas vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Fondo, Reparaciones e Costas. San Jose da Costa Rica, 2012a. Acesso em: 05 set. 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf