

Constitucionalismo Democrático Em Transformação: A Fertilização Cruzada Como Instrumento De Expansão Dos Direitos LGBTQIA+ Nas Decisões Do STF.

Saulo Matheus Tavares De Oliveira

(Programa De Pós Graduação Em Direito – Mestrado - / Universidade Católica De Santos, Brasil)

Patrícia Da Costa Bello

(Programa De Pós Graduação Em Direito – Mestrado - / Centro Universitário FIEO, Brasil)

Resumo:

A partir da compreensão de que o movimento constitucional não é hermético, surge como seu aperfeiçoador a fertilização cruzada do constitucionalismo quando, diante de problemas constitucionais comuns, cujo recorte no presente texto foi a comunidade LGBTQIA+ e seus direitos, demanda-se da Corte a participação dialógica de outros atores com o fito de prestar uma tutela jurisdicional mais eficiente, democrática e próxima da realidade nacional. Os objetivos da pesquisa centraram-se em compreender o fenômeno da fertilização cruzada no constitucionalismo democrático brasileiro a partir da leitura dos direitos da comunidade LGBTQIA+. As hipóteses advieram em sendo o constitucionalismo democrático na malha de intérpretes, cujas demandas da comunidade LGBTQIA+ exortam do STF a utilização a fertilização cruzada, que altera a dinâmica tradicional do constitucionalismo brasileiro, aperfeiçoando-o. A pesquisa vale-se do método de abordagem hipotético-dedutivo com seus dados coligidos por inferência causal estruturando-se com base na análise crítica de decisões judiciais, lidas a partir do método auxiliar de referencial teórico sob perspectiva crítica fundada na análise sociológica/empírica, sob abordagem materialista dialética da relação social havida entre os direitos LGBTQIA+, o constitucionalismo e seu aperfeiçoador: a fertilização cruzada. Chega-se então a conclusão de que a partir de questões constitucionais comuns e de solução complexa, como no caso dos direitos da comunidade LGBTQIA+, a Corte Constitucional vale-se da fertilização cruzada da constituição, catalisada pelo momento globalizador, para que, utilizando de compreensões e atores exógenos, produza uma compreensão efetiva, democrática e adequada ao caso em discussão.

Palavras-chave: Constitucionalismo democrático; Fertilização Cruzada; Direitos LGBTQIA+; STF.

Date of Submission: 12-10-2024

Date of Acceptance: 22-10-2024

I. Introdução

O Supremo Tribunal Federal, cujo papel como Corte Constitucional contramajoritária tensiona o constitucionalismo tradicional à expansão dos direitos fundamentais, vê-se, no caso dos direitos da comunidade LGBTQIA+ em um ambiente global de erosão democrática e resistência conservadora, diante da utilização da fertilização cruzada como aperfeiçoador jurisdicional.

Ao buscar responder como a fertilização cruzada contribui ou limita a autonomia constitucional brasileira, sobretudo no campo dos direitos LGBTQIA+, a pesquisa antes reconhece que a sociedade contemporânea vivencia o Constitucionalismo Democrático cuja razão de existir, segundo a ótica de Robert Post e Reva Siegel, assenta-se na vontade do povo, enquanto hermenêutica nato da Constituição, mas que necessita de um grupo seletivo à interpretação técnico-jurídica do texto constitucional e, de outro, à interpretação e atuação política correspondente, esferas que dialogam entre si na busca do verdadeiro sentido constitucional a legitimar o próprio Estado Democrático de Direito.

A evolução das relações e núcleos sociais movimentam a engrenagem dialógica entre fato e direito, obtendo-se novos e desafiadores recortes merecedores da proteção constitucional, preponderando o *judicial review* dada a imperiosa necessidade de haver fortes debates jurídicos no exame profundo de temas sensíveis como a teoria da fertilização cruzada como nova via à reinterpretção da Constituição Brasileira pela Corte maior.

Aprofundar sua compreensão e, ao mesmo tempo, analisar o impacto dessa abordagem no avanço dos direitos LGBTQIA+ e no aperfeiçoamento do constitucionalismo democrático são os objetivos deste estudo.

De mais a mais, confirma-se a hipótese de que as decisões do STF, frutos da fertilização cruzada e em um ambiente de rede, promovem não apenas a proteção dos direitos LGBTQIA+, mas também, distendem as relações de poder imanentes ao constitucionalismo brasileiro ao dar nova moldura à fotografia constitucional em tempos de globalização jurídica.

II. Metodologia

A investigação que se propõe está esteada no método de abordagem hipotético-dedutivo, diante da qualidade que o referencial teórico assumirá quando confrontados a falseamento com os dados coligidos por inferência causal. A estrutura será construída a partir da hipótese de que o STF, ao utilizar a fertilização cruzada, altera a dinâmica tradicional do constitucionalismo democrático brasileiro. O teste dessa hipótese será feito com base na análise crítica de decisões judiciais.

Na mesma senda, a pesquisa em comento vale-se do método auxiliar de referencial teórico sob perspectiva crítica fundada na análise sociológica/empírica, lido a partir de uma abordagem materialista dialética da relação social havida entre os direitos LGBTQIA+, o constitucionalismo e seu aperfeiçoador: a fertilização cruzada.

A pesquisa ainda se vale da metodologia qualitativa de análise documental, uma vez que serão observados nos casos em que o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou acerca de direitos LGBTQIA+, a utilização de compreensões de outros ordenamentos seja em nível constitucional seja em nível internacional.

No que tange a escolha dos casos em destaque julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca dos direitos das Pessoas LGBTQIA+, notadamente os que apresentam diálogo cruzado e advindo de uma compreensão globalizante, operacionalizou-se dois recortes epistemológicos, a saber: o relativo ao órgão julgador e relativo ao tempo do julgado.

Quanto ao primeiro, filtrou-se apenas os provimentos jurisdicionais frutos do colegiado da Corte, dado sua compatibilização com o papel de Tribunal Constitucional, por sua vez o recorte temporal compreendeu desde o julgamento do RE 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, onde passou a reconhecer status supralegal aos tratados internacionais até o ano de 2024, assim, decisões monocráticas, julgamentos ainda não concluídos e julgados das Turmas não foram objeto de análise.

A partir da utilização da ferramenta de busca no site do STF <http://portal.stf.jus.br/>, foram inseridos os marcadores “LGBT”, “gênero”, “homo\$”, “trans\$”, “união homoafetiva”, “nome social”, individualmente ou cruzados com o verbete “interamerican\$”, cujos acórdãos tiveram, notadamente o voto relator e em alguns casos dos demais ministros, analisados qualitativamente na busca de menções à outros ordenamentos constitucionais e ainda a sistemas de proteção multinível dos direitos humanos.

III. Discussão

Constitucionalismo Democrático em perspectiva

Desenvolvida por Robert Post e Reva Siegel, professores de Direito da Universidade de Yale, a Teoria do Constitucionalismo Democrático aterra a malha dialógica entre os distintos intérpretes da Constituição, detentores de posições distintas no cenário ora tratado.

O movimento estrutural dessa engrenagem inicia com o povo, enquanto intérprete nato da Constituição, que necessita de representantes nas esferas pontuais do Estado Democrático de Direito para judicializar e politizar sua vontade, daí a associação a grupos específicos e independentes hermeneuticamente à interpretação técnico-jurídica e político-executiva correspondente.

A busca do verdadeiro sentido constitucional a legitimar o próprio Estado Democrático de Direito e a efetividade do Constitucionalismo no recorte tratado assenta o exame profundo dos direitos maiores, que ocorre mediante profundos debates jurídicos sobre temas oriundos do suporte fático correlato ao lapso temporal vivido, cujos enfoques dessemelhantes agem para aprimorar o crescimento constitucional.

Nas falas dos professores da Universidade de Yale, o Constitucionalismo Democrático é um modelo servível “para analisar os entendimentos e práticas pelos quais os direitos constitucionais foram historicamente estabelecidos no contexto da controvérsia cultural. O constitucionalismo democrático vê a discordância interpretativa como condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional.”¹

Em outras definições. Luís Roberto Barroso realça os valores do Constitucionalismo Democrático o qual “ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.”²

Cleber Vasconcelos destaca que essa espécie de Constitucionalismo “reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana, logo, aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *judicial review*. Por tal razão, o Judiciário tem papel importante na interpretação da Constituição, mas deve fazê-lo atentando para valores definidos pela sociedade.”³

Flávio Martins compreende a relevância do Constitucionalismo Democrático por defendê-lo como “a meta a ser buscada pelo constitucionalismo brasileiro” que, para ser alcançada em seu pleno sentido, o “povo deve encarnar seu protagonismo na interpretação constitucional, deixando de ser um mero coadjuvante, à espera de uma decisão judicial.”⁴

Ingrid Cunha Dantas e Bernardo Gonçalves Fernandes entendem que o Constitucionalismo Democrático “surge como uma tentativa de superar visões maniqueístas da academia norte-americana centradas em polarizações entre direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo”. E, citando Robert Post e Reva Siegel, “entendem Post e Siegel que tais fragmentações vão na contramão de um estudo comprometido do constitucionalismo, que tem em seu cerne a tensão construtiva entre estado de direito e democracia.”⁵

Dessarte, a materialização aplicada e talhada dos direitos fundamentais à sociedade contemporânea predicada como diversa, plural com destacados núcleos setorizados exige a perquirição existencial e identificação de qual direito incide no caso sob estudo, que comumente trabalhado em primazia pelo Poder Judiciário ante a força do *judicial review* dada a obtenção do melhor sumo obtido do *backlash* que, no campo LGBTQIA+ tem seu maior representante nas denominadas *paradas gays*.

Nesse viés, percebe-se que o Constitucionalismo Democrático ressignifica o Estado Democrático de Direito mediante duas vertentes que precisam estar necessariamente equilibradas, mas que em dado lapso temporal segundo o desenho político-jurídico vivenciado, prepondera um movimento sob o outro para dele extrair a melhor e fundamentada proteção constitucional a direitos emergentes.

E, em função do destaque adotado, o *judicial review* é visto como “um instituto desviante da democracia, especialmente diante do grau de imunização dos atos judiciais frente à interferência normativa legiferante, o que não ocorre com os atos de caráter administrativo.”⁶ E também qualificado como uma ferramenta de “enfraquecimento do processo democrático a partir do aumento da intensidade da atuação contramajoritária do Judiciário”, segundo entendimento de Alexander M. Bickel, “na medida em que, embutido em um controle judicial de constitucionalidade forte encontra-se a diminuição da responsabilidade política dos titulares dos demais poderes estatais, que deixam de ter voz relevante na fixação dos significados da Constituição.”⁷

Segundo Júlio Grostein, no artigo *The Supreme Court: 1947* que Arthur Schlesinger Jr publicou na Revista *Fortune* de janeiro de 1947, a expressão *judicial activism* fora tornada pública mediante apresentação de “um perfil dos nove juizes da Suprema Corte, apontando as alianças e divisões entre eles”, surgindo então dois grupos distintos entre si: *Judicial Activists* e *Champions of Self Restraint*.⁸

Essa divisão feita por Schlesinger entre ativismo e autorrestrrição judicial revela um antigo embate quanto aos limites da Suprema Corte Norte Americana daquela época, cujas decisões ultrapassavam o espaço do Poder Judiciário e atingiam o comportamento da própria Sociedade, referindo-se aos exemplos clássicos e complexos do *judicial review* no que tange à *Marbury v. Madison*, *Dred Scott* e *Sandford e Lochner v. New York*.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “A primeira representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu para sempre em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense. A segunda procurou resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, mas apenas exacerbou a divisão entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, acelerando a eclosão da Guerra Civil que transformaria definitivamente o país. A terceira é o marco de uma era em que a Corte, em nome de uma filosofia de liberalismo econômico, impediu que políticas governamentais buscassem melhores condições de vida para os cidadãos menos privilegiados.”⁹

Em movimento contrário ao *judicial review*, surge o Constitucionalismo Popular tendo como principais autores Larry Kramer e Mark Tushnet convergindo no fim juriscêntrico das Cortes e no maior protagonismo dos verdadeiros intérpretes da Constituição: O povo.

Para Larry Kramer, segundo José Ribas Vieira, “o Constitucionalismo Popular não se opõe à revisão judicial, mas defende, todavia, que a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário não está acima daquela realizada por outros Poderes, e que todas estas formas de interpretação, inclusive a judicial, estariam subordinadas ao entendimento do povo. Desta maneira, a oposição do Constitucionalismo Popular, segundo Kramer, não está em relação à revisão judicial, mas à supremacia judicial.”¹⁰

As vertentes convergem à admissão do *backlash*, enquanto força de mobilização organizada seja na esfera social, seja no campo político, a alterar decisão judicial que promova a insatisfação popular, em uma perspectiva maior, ou o inconformismo setorizado, independentemente dos riscos que o movimento possa causar ao Estado Democrático de Direito.

O Brasil está sob a égide do Constitucionalismo Democrático desde a Constituição de 1988. Isso é inegável. Todavia, em dados espaços temporais, o *judicial review* e *backlash* agem em inteira dissonância com as bases estruturantes do Estado Democrático de Direito, cujos infortúnios podem sim representar um enfraquecimento prático da Democracia.¹¹ Todavia, em outro momento, os movimentos se coordenam entre si cuja preponderância mínima do *judicial review* reconhece a existência de direitos fundamentais basilares a grupos sociais específicos.

Exemplificando. Um movimento de resistência ao conservadorismo social que fez emergir o suporte fático necessário a inúmeros debates jurídicos na senda homossexual, aponta-se o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar mediante interpretação conforme do artigo 1.723 do CC/2002, judicializando um direito há muito exigido e afagando a luta antiga de seus membros à admissão jurídica da existência de famílias plurais e contemporânea a partir do julgamento da ADI n. 4.277/DF e ADPF n. 132/RJ.

Inobstante, para que demandas correlatas alcancem um resultado louvável segundo exame profundo dos direitos fundamentais, a malha dialógica entre diversos Tribunais domésticos e estrangeiros se faz necessária mediante aplicação da teoria da fertilização cruzada em casos envolvendo o direito da comunidade LGBTQIA+, que aprimora o Estado Democrático de Direito através do constitucionalismo democrático.

A Teoria da Fertilização Cruzada da Constituição no STF: Inovações e Limites

O modelo constitucional, cuja qualidade de participação e confluência o lhe adjetiva como democrático, não é refratário a (*re*)leituras a partir de outros ordenamentos constitucionais e até mesmo em sede internacional. Isso porque, com a globalização inclusive do direito, o que permitiu maior comunicação entre culturas e compreensão das tendências constitucionais, houve maior convergência entre as ordens constitucionais e também destas, com a internacional, cujo produto passa a ser um constitucionalismo não apenas centrado na figura do Estado.¹²

Isso porque, dado o estágio de relações havidas sob o manto globalizador, a compreensão tradicional de constituição, restrita às confrontações do território gerido, não mais dão conta da crise de demandas de ordem internacional e daquelas advindas, tanto das cenas supranacionais quanto transnacionais, sem que se deixe de lado, é claro, as demandas percebidas no próprio contexto doméstico da constituição, eis que confrontadas de maneira cada vez mais próxima.¹³

O elemento tecnológico, em seu tempo e modo, possibilitou, e hoje catalisa, o maior cruzamento de institutos para além das fronteiras físicas dos Estados, inclusive carregando suas práticas e instrumentos inerentes, o que, por sua vez, promove tanto um avizinhamento entre as instituições e seus atores locais, quanto o aprimoramento da fala constitucional pelas Cortes respectivas. Passa-se a ter mais conhecimento do que os demais Estados estão produzindo em suas Cortes Constitucionais.¹⁴

De modo ainda que oblíquo, Canotilho inicia a compreensão de possibilidade de releitura constitucional a partir de uma ordem outra, quando, no contexto europeu, introduz a ideia de diálogo interconstitucional partindo de um modelo cujas falas constitucionais passam a concorrer, convergir e se até se justapor em conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes dentro de uma mesma arena política.¹⁵

Diz-se que há um anúncio do que hoje se vê como transconstitucionalismo, pois o mesmo autor destaca que, ainda que se perceba o diálogo interconstitucional, onde um contexto constitucional pode olhar e retirar conteúdos de outro, não há a desconfiguração, a descaracterização da ordem constitucional, quando individualmente vista.¹⁶

A nova moldura constitucional democrática passa a exigir a comunicação entre as culturas constitucionais,¹⁷ “a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (...), constituem demandas prioritárias”¹⁸ diante das novas demandas constitucionais que surgem de forma exponencial.

Essas demandas constitucionais, a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, passam a ser material percebido em diversas ordens constitucionais, razão pela qual, adjetivadas como problemas comuns e compreendendo que o seu sistema primevo não consegue responder satisfatória e imediatamente as relações entre seus caracteres formadores, exsurge a necessidade de acoplamentos estruturais entre dois ou mais sistemas.¹⁹

Desta forma, infere-se que, a partir da prévia compreensão de que um sistema hermético não comporta solução às demandas de seus elementos formadores, há a viabilidade de acoplamentos, intercâmbios, diálogos entre outros sistemas, cuja via globalizatória, permite maior comunicabilidade.

Porém, antes de sua aplicação prática, por rigor o constitucionalismo democrático aperfeiçoado, ou melhor, o transconstitucionalismo, demanda em um método, um procedimento epistemológico hermenêutico que dê arrimo ao diálogo entre o sistema local e o *outro*. Daí exorta-se a intelecção da hermenêutica heterorreflexiva.

Partindo então do pressuposto de que, neste modelo hermenêutico o intérprete para além de não se ver imediatamente trazendo uma solução com base no seu próprio sistema, mas sim, devendo promover uma análise do problema de maneira contra sistemática, de modo a perceber o feixe de sentidos que emanam do fato, para só então, passar a confrontar os sentidos obtidos com o sistema de referência²⁰ é que antes de a jurisdição constitucional apontar a solução, deve se analisar o fato, suas projeções, para só a partir disto confrontá-los com o seu sistema e o *alter*.

François Ost, neste sentido de um modelo hermenêutico constitucional, empreende a ideia de rede constitucional, a partir de uma compreensão de que o modelo piramidal deve ser remodelado, porém não extinguido, na qual o Estado não detém apenas para si a qualidade soberana e hermética da jurisdição ao permitir

que demais entes público ou até mesmo o setor privado, participem do que cunhou de “balanceamento de interesses”.²¹ Há não somente um câmbio do produto constitucional, mas também da forma como sua interpretação passa a ser operacionalizada e perquirida.

Na esteira de se aperfeiçoar a jurisdição constitucional pela rede de informações das constituições ordenadamente cruzadas, “*despir-se de ordens jurídicas hierárquicas tradicionais e substituí-las por ordens hierárquicas compatíveis com as redes globais*”²² permite uma maior penetrabilidade de compreensões exógenas ao sistema, o que, na prática, revela uma maior participação – democrática – dos demais atores da cena constitucional, que saem da passividade do recebimento e acatamento do modelo impositivo, passando para a confluência de um modelo colaborativo e mais próximo da realidade.

Essa ruptura de um modelo estaque e cartesiano, para um modelo vetorial de jurisdição constitucional, leva como referencial que não se refrata, que a

“(...) emergência de novos atores, sistemas, regimes ou redes globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial [...] Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”²³

A despeito de se compreender, nesta permeabilidade do constitucionalismo, que há a influência negativa da atuação do modelo neoliberal para o estabelecimento e concretização de direitos fundamentais de estado social, eis que se prima nesta doutrina econômica que “*o Estado deve enxugar cada vez mais*” seus gastos com tais direitos,²⁴ para Marcelo Neves, em se tratando de direitos fundamentais e direitos humanos, o diálogo transconstitucional é a forma mais técnica e efetiva de promoção de soluções ainda que se perceba a influência do ator neoliberal.

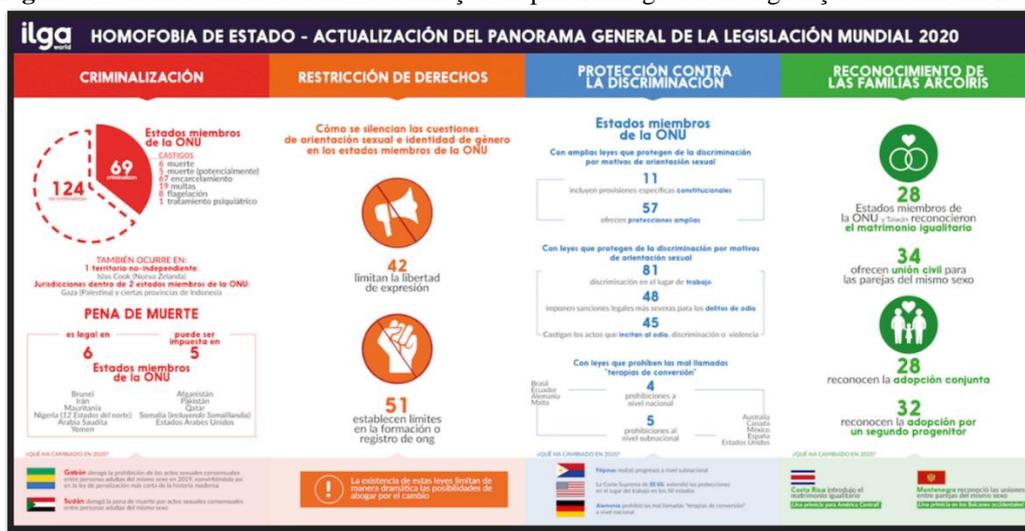
Desta forma é exortado de o constitucionalismo democrático contemporâneo ser refratário a disputas narcísicas de espaço dialógico, pelo contrário, deve-se possibilitar a confluência de interesses dos diversos níveis e atores de proteção, em um espaço de entendimento, para assim, visar o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, notadamente em sede de direitos fundamentais e humanos, ainda que sob a reação do modelo neoliberal.

As Decisões do STF sobre os Direitos LGBTQIA+

Sem deixar de lado a função inclusive catalítica da corte constitucional²⁵ os direitos da comunidade LGBTQIA+ assumem a qualidade de um problema constitucional comum e multifacetado, que impõe ao Órgão derradeiro, mais do que apenas o exercício comum da jurisdição constitucional, mas aquela aperfeiçoada para a tratativa efetiva e que, de fato, promova a proteção dos direitos dessa comunidade.

No relatório anual sobre Homofobia de Estado de 2020, a ILGA World revelou, quanto à situação dos Direitos Humanos LGBTQIA+ no mundo, um cenário em que, dos 196 países submetidos ao estudo, 69 países, 1 território não independente e 2 jurisdições de Estados membros criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo e expressões de identidade afetiva e de gênero de pessoas LGBTQIA+, 11 deles com pena de morte. Além disso, 42 países limitam a liberdade de expressão das pessoas LGBTQIA+.²⁶

Figura 1 - Homofobia de estado - atualização do panorama global da legislação mundial em 2020



Fonte: Mendos et al. (2020).

Não há, logo, como desconhecer que os direitos humanos LGBTQIA+, bem como os levantes reacionários e de marginalização destas vivências seja um problema global, comum a, pelo menos, todos os 196 países submetidos ao estudo.

No que tange ao contexto doméstico, a partir de dados do dossiê de 2024 da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA)²⁷, o Brasil até 2023 mantém-se na liderança dos casos de mortes contra pessoas travestis e transexuais no mundo, inclusive, também se mostrando como um país, cuja base reacionária LGBTfóbica, mantém-se constante na manutenção de um estamento de dominação e poder vulnerabilizador e de aniquilação de direitos.

É então que a partir da compreensão das decisões, - ADPF 132, ADI 4.277, RE 646.721, ADI 4.275, RE 670.422, MI 4.733, ADO 26, ADI 5.543, ADPF 457 e ADPF 461 - o Superior Tribunal de Justiça valeu-se de outros ordenamentos constitucionais como *obiter dictum* dos julgados, de modo que, sua presença neles, revela e materializa a concretização do transconstitucionalismo como elemento aperfeiçoador da jurisdição constitucional.

Na ADPF nº 132 e ADI nº 4.277 em que se debruçou, a Corte, a respeito da união estável homoafetiva, houve menção a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha) que trata do direito ao autodesenvolvimento, é mencionada como uma matriz moderna para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – páginas 170 e 172 por exemplo -, à Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) referida no contexto de direitos individuais, destacando o 'direito à busca da felicidade' como um postulado fundamental que influenciou constituições ao redor do mundo – página 250 -, à normativas da União Europeia mencionadas por incentivar que os Estados-membros editem normas de proteção a uniões homoafetivas– página 26 -, instrumentos normativos de Países da Escandinávia (Dinamarca, Suécia, Noruega) – página 169 – e regulações ocorridas em países como Holanda, Bélgica, África do Sul e Argentina – página 169 – como países que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por seu turno, no julgamento do RE nº 646.721 que promoveu a equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva, por exemplo, no voto do Ministro Marco Aurélio foi acoplada a compreensão erigida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru, onde se reconhecia como direito humano a proteção efetiva aos projetos de vida.

Aquando da ADI nº 4.275 e do RE nº 670.422 que abordaram a alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil e alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica, respectivamente, o Pacto de São José da Costa Rica foi objeto de lastro argumentativo no que tange a vedação à discriminação e respeito à individualidade, bem como mencionada também a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o respeito à pessoa e sua identidade.

No julgamento do MI nº 4.733 e ADO nº 26 que versaram sobre a criminalização da homotransfobia, a Corte Constitucional materializou a permeabilidade do sistema brasileiro ao incorporar as compreensões advindas do Tribunal Constitucional Alemão, onde mencionou-se pelo uso do princípio da proporcionalidade para a proibição de proteção deficiente, especialmente na segunda decisão sobre o aborto na Alemanha (BverfGE 88, 203, 1993) - páginas 44 e 63 -, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), citada como divisor de águas entre o Estado absolutista e o Estado de direito moderno, estabelecendo princípios fundamentais como a anterioridade da lei penal – página 149 -, Corte Interamericana de Direitos Humanos, referida como órgão internacional que reconhece a orientação sexual e identidade de gênero como questões fundamentais de autodeterminação - página 5 -, e a constituições de outros países como a espanhola (art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, 'c'; art. 55), a italiana (art. 13), a francesa (art. 68), e a Lei Fundamental da Alemanha (art. 26, I), para ilustrar mandados constitucionais de criminalização – página 63 – sem que se perca de vista a citação também ao *Hate Crimes Prevention Act*, legislação norte-americana que criminaliza a homofobia e transfobia - página 14 – e a constituições de Japão, França e Butão mencionados por terem positivado o direito à busca da felicidade em suas constituições - página 149 -.

Para mais, na análise da ADI nº 5.543 sobre a doação de sangue por homossexuais, além de se reforçar a compreensão de que a Constituição detém outras sustentações que para além do Estado ao reconhecer a atuação do Movimento LGBT como um intérprete da Constituição, se destacaram as utilizações do plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e pelos Princípios de Yogyakarta.

E ainda, na oportunidade de análise da ADPF nº 457 e ADPF nº 461 em que a divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual e ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas, respectivamente, foram objeto de análise, houve a utilização da do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que concerne à não-discriminação e busca pela igualdade.

Em sendo assim se percebe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁸ no que concerne aos direitos humanos e fundamentais, mormente aqueles da comunidade LGBTQIA+, que a fala constitucional é adjetivada

com a utilização seja de outros instrumentos normativos constitucionais de países com problemas semelhantes já enfrentados, seja com a compreensão alcançada em sede internacional pelas Cortes de Direitos Humanos, o que denota a utilização do modelo transconstitucionalista como aperfeiçoador da jurisdição constitucional em um âmbito do constitucionalismo democrático.

IV. Conclusão

A sociedade contemporânea vivencia o recorte democrático do constitucionalismo que busca decodificar o suporte fático de temas destacados para, no fragmento a ser examinado, identificar qual direito fundamental prepondera à luz do debate jurídico concreto.

A diversidade e pluralidade das relações sociais em núcleos eminentemente setorializados movimentam a engrenagem do constitucionalismo democrático que detém na malha dialógica entre os hermenutas o ponto inicial a seu aprimoramento, ante a profundidade jurídica dos debates entorno do direito que é defendido pela comunidade LGBTQIA+.

A essência do Constitucionalismo Democrático está na malha dialogada entre os intérpretes da Constituição, respeitando-se o povo como hermenuta nato, mas que necessita de representantes com nítido saber jurídico e outros eleitos para empreender os ditames técnico-jurídico e político da redação constitucional cujas decisões ou deliberações devem estar sempre conjugadas com os valores republicanos e democráticos.

Para mais, em sede de transconstitucionalismo, viu-se que sua ação se apresenta, pela via da globalização, como modelo de melhoramento do constitucionalismo democrático, ao passo que permite, através da interpenetração e diálogo de institutos e sistemas, uma resposta mais próxima daquela ideal nos casos de problemas comuns a mais de uma ordem constitucional.

Não obstante, sua aplicabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, se mostra materializada, ao menos no que tange aos direitos fundamentais e humanos da comunidade LGBTQIA+, eis que dos julgamentos destacados no estudo, todos se valeram ora de instrumentos e respostas já dadas em outras ordens constitucionais, ora se valendo de respostas já empreendidas no cenário internacional, para promover a solução de demandas da comunidade no contexto brasileiro.

Referências

- [1]. Post, Robert And Siegel, Reva B., *Roe Rage: Democratic Constitutionalism And Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, Available At Ssrn: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso Em: 17 Out.2024
- [2]. Barroso, Luís R. *Curso De Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais E A Construção Do Novo Modelo*. São Paulo: Srv Editora Ltda, 2023. E-Book. Isbn 9786553624788. Disponível Em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso Em: 17 Out. 2024.
- [3]. Vasconcelos, Clever. *Curso De Direito Constitucional*. São Paulo: Srv Editora Ltda, 2022. E-Book. Isbn 9786555599978. Disponível Em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599978/>. Acesso Em: 17 Out. 2024.
- [4]. Martins, Flávio. *Curso De Direito Constitucional*. São Paulo: Srv Editora Ltda, 2024. E-Book. Isbn 9788553621187. Disponível Em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso Em: 17 Out. 2024
- [5]. Dantas, Ingrid Cunha; Fernandes, Bernardo Gonçalves. *Constitucionalismo Democrático: Entre As Teorias Populares Do Constitucionalismo E Um Novo Aporte Do Papel Das Cortes Na Democracia*. Revista Da Faculdade De Direito Ufpr, Curitiba, Pr, Brasil, V. 64, N. 2, P. 61-88, Maio/Ago. 2019. Issn 2236-7284. Disponível Em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso Em: 31 Ago. 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.5380/Rfdufpr.V64i2.62962>. Acesso Em 17 Out.2024.
- [6]. Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court At The Bar Of Politics*. 2 Nd Ed. New Haven: Ale University Press, 1986. Acesso: 17 Out.2024.
- [7]. Vieira, José Ribas. "Judicial Review E Democracia: Caminhos Para Um Controle Dialógico De Constitucionalidade." *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 2016.
- [8]. Grostein, Julio. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Grupo Almedina, 2019. E-Book. Isbn 9788584935420. Disponível Em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935420/>. Acesso Em: 17out. 2024.
- [9]. Campos, Carlos Alexandre De Azevedo. *A Evolução Do Ativismo Judicial Na Suprema Corte Norte-Americana (Mprj.Mp.Br)*. Revista Do Ministério Público Do Rio De Janeiro Nº 60, Abr./Jun. 2016. Acesso Em: 17 Out.2024
- [10]. Vieira, José Ribas; Emerique, Lilian Márcia Balmant; Barreira, Jônatas Henriques. *Constitucionalismo Popular: Modelos E Críticas*. Revista De Investigações Constitucionais, Curitiba, Vol. 5, N. 3. P. 277-302, Set./ Dez. 2018. Doi: 10.5380/Rinc.V5i3.55478. P.285. Acesso Em: 17 Out.2024
- [11]. *O Atual Cenário Do Brasil É Um Bom Exemplo Desses Recorte*. De Um Lado, Tem-Se Um Quadro Político Verdaderamente Polarizado Que Usa A Massa Como Instrumento De Agressões Aos Símbolos E Instituições Democráticas Como A Que Ocorreu Em 08 De Janeiro De 2023, Em Brasília-Df. De Outro, Há O Foco Juriscêntrico Do Supremo Tribunal Federal Em Dar A Última Palavra Em Temas Sensíveis Como O Reconhecimento Da União Homoafetiva Como Família. (Adpf 132 E Adi 4.277).
- [12]. Miranda, Jorge. *A Constituição No Limiar Do Século Xxi*. Lisboa: Aafdl, 2016. P.20.
- [13]. Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Vmf Martins Fontes Ltda., 2009. Passim.
- [14]. Tavares, André Ramos. *O Juiz Digital: Da Atuação Em Rede À Justiça Algorítmica*. São Paulo: Expressa, 2022 Passim.
- [15]. Canotilho, José Joaquim Gomes. "Brançosos" E Interconstitucionalidade. *Itinerários Dos Discursos Sobre A Historicidade Constitucional*. 2.Ed. Almedina, 2008, P. 265-266.
- [16]. Idem. *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*. 7.Ed. Almedina, 2011, P. 1426.
- [17]. Idem. "Brançosos" E Interconstitucionalidade. *Itinerários Dos Discursos Sobre A Historicidade Constitucional*. 2.Ed. Almedina, 2008, P. 271.

- [18]. Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais E Tratados Internacionais Em Matéria De Direitos Humanos: Revisitando A Discussão Em Torno Dos Parágrafos 2º E 3º Do Art. 5º Da Constituição Federal De 1988. In Neves, Marcelo (Org.). Transnacionalidade Do Direito. Novas Perspectivas Dos Conflitos Entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2011, P. 73.
- [19]. Luhmann, N. (2007a) La Sociedad De La Sociedad. Ciudad De México: Herder, P. 66 -67.
- [20]. Carneiro, Wálber Araújo. Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva. Uma Teoria Dialógica Do Direito. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2011, P. 252-253.
- [21]. Ost, François E Kerchove, Michel Van De. De La Pyramide Au Réseau? Pour Une Théorie Dialectique Du Droit. In Publications Dês Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, N°. 94, 2002. P. 14.
- [22]. Simioni, Rafael Lazzarotto. A Constitucionalidade Da Constituição Em Niklas Luhmann: Paradoxo E Contingência Do Direito Constitucional Na Sociedade Globalizada, In Revista De Direito Constitucional E Internacional, Rdc/ 68, Minas Gerais: Ed. Malheiros, 2009, Pp. 329 E Ss.
- [23]. Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Vmf Martins Fontes Ltda., 2009. P. 34.
- [24]. Streck, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica E(M) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito. Porto Alegre: Livraria Do Advogado. 1999. Passim.
- [25]. Young, Katharine G.. A Typology Of Economic And Social Rights Adjudication: Exploring The Catalytic Function Of Judicial Review. 2010. Disponível Em: https://Constitutionnet.Org/Sites/Default/Files/Young_Typology_Of_Economic_And_Social_Rights_Adjudication.Pdf Acesso Em: 14 Set. 2024.
- [26]. Mendos, Lucas Ramón; Botha, Kellyn; Lelis, Rafael Carrano; Peña, Enrique López; Savelev, Iliia; Tan, Daron (2020), Homofobia De Estado 2020: Actualización Del Panorama Global De La Legislación. Ginebra, Ilga. Disponível Em: https://Ilga.Org/Downloads/Ilga_Mundo_Homofobia_De_Estado_Actualizacion_Panorama_Global_Legislacion_Diciembre_2020.Pdf Acesso Em 12 De Out. 2024.
- [27]. Associação Nacional De Travestis E Transexuais (Antra) (Ed.). Dossiê Assassinatos E Violências Contra Travestis E Transexuais Brasileiras Em 2023. 2024. Disponível Em <https://Antrabrasil.Org/Wp-Content/Uploads/2024/01/Dossieantra2024-Web.Pdf>. Acesso Em: 20 Jul. 2024. E Mapa Dos Assassinatos De Travestis E Transexuais No Brasil Em 2017. 2017. Disponível Em: <https://Antrabrasil.Org/Wp-Content/Uploads/2018/02/Relatc3b3rio-Mapa-Dos-Assassinatos-2017-Antra.Pdf>. Acesso Em: 20 Jul. 2024.
- [28]. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Stf). Direito Das Pessoas Lgbtqi+ [Recurso Eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Stf : Cnj, 2022. Ebook (138 P.) – (Cadernos De Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos). Disponível Em: <https://Www.Cnj.Jus.Br/Wp-Content/Uploads/2022/12/Cadernos-Stf-Lgbtqi-3.Pdf>. Acesso Em 05 De Out. 2024.
-