

A ESTRUTURA LINGUÍSTICA DO DISCURSO INERENTE AO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 26: UMA REFLEXÃO À LUZ DE FRASER, POST E SIEGEL¹

THE LINGUISTIC STRUCTURE OF THE DISCOURSE INHERENT TO THE VOTE OF JUSTICE CELSO MELLO IN THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY OF OMISSION NO.26: AN INSIGHT IN THE LIGHT OF FRASER, POST AND SIEGEL

LA ESTRUCTURA LINGUÍSTICA DEL DISCURSO INHERENTE AL VOTO DEL MINISTRO CELSO DE MELLO EN LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD N. 26: UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DE FRASER, POST Y SIEGEL

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Maria Eugenia Bunchaft²

Resumo: A pesquisa pretende analisar a estrutura linguística do discurso inerente ao voto do Ministro Celso Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*. Conclui-se que a estrutura discursiva do voto do Ministro Celso de Mello revela que não houve uma porosidade jurídico-institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais LGBTQI+. A pesquisa será operacionalizada pelo método monográfico e por meio do método histórico-analítico delineado por Nancy Fraser. Por fim, a pesquisa documental e a documentação indireta serão utilizadas.

Palavras-chave: Constitucionalismo democrático; Gênero; Minorias sexuais; Contra-hegemonia.

Abstract: The research analyzes the linguistic structure of the discourse inherent to the vote of Justice Celso Mello in the Direct Action of Unconstitutionality of Omission no. 26 in the light of Egalitarian-Democratic Constitutionalism. It concludes that the discursive structure of Justice Celso Mello's vote reveals that there was no institutional porosity to the counter-hegemonic language of the LGBTQI+ social movements. The research is conducted using the monographic method and the historical-analytical method outlined by Nancy Fraser. It also uses document research and indirect documentation.

1 Esse artigo contém resultados parciais resultantes da coordenação de um primeiro projeto de pesquisa, intitulado "Análise Crítica do Discurso e Direitos de Minorias no STF e STJ: uma reflexão à luz de Fraser, Post e Siegel", financiado pelo sistema de bolsas de pesquisa da FUNADESP-Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular e executado na Universidade Veiga de Almeida. Esse artigo contempla também resultados parciais resultantes da coordenação de um segundo projeto de pesquisa: "Constitucionalismo Democrático, Deliberação e **backlash**: uma reflexão sobre os direitos de minorias LGBT nos contextos brasileiro e americano", financiado pelo CNPq, relativo à Chamada Universal/MCTI/CNPq n. 1/2016.

2 Maria Eugenia Bunchaft. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida-Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-Doutora em Filosofia Política pela UFSC. Pesquisadora da FUNADESP. E-mail: bunchaftmaria1@gmail.com

Keywords: Democratic constitutionalism; Gender; Sexual minorities; Counter-hegemony.

Resumen: La investigación pretende analizar la estructura lingüística del discurso inherente al voto del Ministro Celso Mello en la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión n.26 a la luz del *Constitucionalismo Democrático-Paritário*. Se concluye que la estructura discursiva del voto del Ministro Celso de Mello revela que no hubo una porosidad jurídico-institucional al idioma contra-hegemónico de los movimientos sociales LGBTQI+. La investigación será operacionalizada por el método monográfico y por medio del método histórico-analítico delineado por Nancy Fraser. Por fin, la investigación documental y la documentación indirecta serán utilizadas.

Palabras clave: Constitucionalismo democrático; Género; Minorías sexuales; Contra-hegemonía.

INTRODUÇÃO

Nas democracias latino-americanas, os processos político-institucionais enfrentam grave crise de legitimidade. É patente uma crise de representatividade política por parte dos cidadãos tanto na mobilização democrática como nos mecanismos políticos decisórios da esfera pública formal. À vista disso, na cultura política brasileira, a deliberação político-parlamentar frequentemente se depara com a aprovação de espécies normativas que se vinculam aos interesses políticos sectários das bancadas religiosas, do agronegócio e das forças econômicas que desconfiguram o valor epistêmico do processo deliberativo. Outrossim, tais atos frequentemente violam direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes. Nesse sentido, assume especial relevância, em circunstâncias específicas, a retomada de processos dialógicos de judicialização direcionados à efetivação de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.

Em 13 de junho de 2019, foi concluído o julgamento conjunto da ADO 26/DF3, proposta pelo Partido Popular Socialista, e do Mandado de Injunção 4733/DF4, apresentado pela ABGLT-Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, os quais foram propostos contra o Congresso. No MI 4733/DF5, o STF, por maioria, julgou procedente o mandado de injunção, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso e aplicando com efeitos prospectivos a Lei n.º 7.716/89. Essa lei irá vigorar até o Congresso Nacional editar lei específica a respeito do tema. O objetivo é estender a tipificação prevista para os crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, consoante o voto do relator.

- 3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>>. Acesso em: 21/02/2019.
- 4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**.
- 5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**.
- 6 BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 01/01/2019.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar a estratégia linguístico-discursiva que perpassa pelo voto do ministro-relator na ADO 26/DF7, Celso de Mello, com o intuito de verificar se as ferramentas discursivas empregadas refletem o idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais ou se, ao contrário, revelam categorias binárias, silenciamento de opressões interseccionais e outros estereótipos de gênero à luz do Constitucionalismo Democrático-Paritário, que pressupõe uma aproximação conceitual entre os pressupostos do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel e a Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser.

Sustentam-se os seguintes objetivos específicos (item 6):

- 1- contextualizar a teoria do *Constitucionalismo Democrático* de Reva Siegel e Robert Post;
- 2- analisar aspectos centrais da Teoria da Justiça de Nancy Fraser e sua releitura da ideia gramsciana de hegemonia;
- 3- explorar e refinar as contribuições atuais da teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* a partir da releitura de Fraser sobre o conceito gramsciano de hegemonia;
- 4- estabelecer uma síntese dos votos dos ministros do STF no julgamento conjunto da ADO 26⁸ e do MI 4733⁹;
- 5- promover análise da estratégia argumentativa contida no voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26¹⁰ à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, identificando ou não a possível presença de estereótipos de gênero.

Tendo em vista que a palavra *justificar* pressupõe o termo latino *justificare* - que corresponde a declarar justo -, defende-se que o presente trabalho reivindica razões suficientes e relevantes que o justifiquem. Enfatizam-se alguns motivos teóricos fundamentais que justificam a concretização da pesquisa, no que concerne à importância do tema e à eleição do marco teórico.

No que concerne à eleição do tema específico da pesquisa, relativo à análise da estrutura discursiva do voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26¹¹, que efetiva direitos de minorias LGBTQI+, a pesquisa se justifica pelo fato de que, muito embora o STF historicamente tenha cumprido seu papel direcionado à efetivação de um amplo espectro de direitos fundamentais desses grupos, uma leitura preliminar indica pistas textuais no sentido de que possivelmente essa Corte empregue ferramentas discursivas que estabelecem estereótipos de gênero (discursos heteronormativos, categorias binárias e silenciamento de opressões interseccionais).

7 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1-48.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>>. Acesso em: 21/02/2019.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>>. Acesso em: 21/02/2019.

10 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1-48.

11 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1-48.

O problema central, motivador dessa pesquisa, está atrelado ao seguinte questionamento: em que medida a estrutura linguístico-discursiva empregada no voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26¹² descortina a efetiva sensibilidade jurídico-institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais (desconstruindo categorias binárias e efetivando reivindicações interseccionais) invocada pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário*?

Com efeito, sustenta-se a seguinte hipótese: as ferramentas discursivas mobilizadas pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADO 26¹³ não desvelam uma porosidade institucional dessa Corte à linguagem contra-hegemônica de minorias sexuais dissidentes.

A pesquisa adotará o método monográfico. Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que “um caso investigado em profundidade, se representativo de muitos outros, pode ter suas conclusões estendidas para casos semelhantes.”¹⁴

A pesquisa será operacionalizada pelo método histórico-analítico (método de abordagem) de Nancy Fraser¹⁵, uma vez que a historicização contempla uma abordagem pertinente da teoria social, ao oportunizar a investigação do caráter socioestrutural singular e historicamente específico da sociedade capitalista contemporânea.

A técnica de pesquisa envolverá a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que contemplem o marco teórico de Nancy Fraser, Antonio Gramsci e dos doutrinadores que compõem o movimento acadêmico denominado *Constitucionalismo Democrático* (Post e Siegel). Outrossim, será igualmente relevante uma pesquisa bibliográfica complementar incidente sobre a produção acadêmica de autores que comentam os referenciais de Nancy Fraser e Antonio Gramsci (com ênfase na ideia de hegemonia), assim como incidente sobre a contribuição de teóricos que dialogam com o marco teórico de Post e Siegel.

Outrossim, a pesquisa documental servirá ainda para a investigação sobre os votos dos ministros do STF na ADO 26 e no MI 4733. Tais documentos jurídicos - cabe citar - encontram-se disponíveis de forma *on-line* no *site* do STF.

12 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1-48.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**.

14 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 46.

15 FRASER, Nancy. Feminismo, Capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**. Londrina, vol. 14, n. 2, p. 11-33, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2010.

1. CONTEXTUALIZANDO A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE POST E SIEGEL

Nas ponderações de Bunchaft, o Constitucionalismo contemporâneo assume como desafio o estabelecimento de procedimentos direcionados a inviabilizar que sistemas eleitorais e elites dominantes descaracterizem a vontade majoritária ou ainda que plebiscitos tenham como resultados ilegítimos violações a direitos de minorias vulneráveis, distorcendo o uso público da razão.¹⁶

Os teóricos do *Constitucionalismo Democrático* se contrapõem e negam de forma contundente a tirania majoritária. Os tribunais devem captar as reivindicações dos movimentos sociais, dos partidos políticos e das associações que influenciam os ramos do Poder Público com valores constitucionais. O *Constitucionalismo Democrático* objetiva compatibilizar uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática. Post e Siegel sustentam que o *backlash* reflete o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei.¹⁷

De fato, a estratégia de compatibilizar democracia e constitucionalismo representa um dos maiores desafios impostos às sociedades contemporâneas. Se a democracia sintetiza soberania popular e autogoverno democrático na resolução de questões políticas fundamentais, o Constitucionalismo representa limites à primeira. Portanto, determinados conteúdos abarcados pela Constituição - condições procedimentais da democracia e dos princípios substantivos - devem se situar fora do alcance da deliberação democrática e das vicissitudes da controvérsia política.

Percebendo as injustiças que recaem sobre minorias sexuais dissidentes em países periféricos do sul global – especialmente o Brasil –, as quais sofrem o impacto de formas de estratificação econômica, mecanismos de subordinação de *status* e falta de empoderamento político decorrentes da integração do evangelicalismo à sua cultura política, é que se propõe uma releitura da teoria do *Constitucionalismo Democrático* à luz da estrutura conceitual de Nancy Fraser, com o objetivo de situá-la nessa realidade constitucional específica.

Em razão disso, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* teoriza que, por meio do embate interpretativo suscitado por discursos contra-hegemônicos pautados por princípios e articulados em uma rede de contrapúblicos interpretativos, operacionaliza-se também a ideia reflexiva baseada na assunção recíproca de perspectivas, inspirando os cidadãos a assumirem a perspectiva dos afetados e,

16 BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 8, n. 14, p. 143-174, jan./jun. 2016b. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

17 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**. Harvard, 2007, p. 373-433. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em: 3 de junho de 2013.

com base nisso, reavaliar discursivamente seu posicionamento inicial – refutando tanto a polarização, descrita por Sunstein¹⁸, como a “tentativa de se lançar a Constituição contra a própria Constituição.”¹⁹

No que se refere à centralidade do caráter dialógico da teoria do *Constitucionalismo Democrático*, Gargarella interpreta que, para Post e Siegel, as Cortes estabelecem interações dialógicas com o Legislativo, com a Administração Pública e com os movimentos sociais, definindo o alcance do texto constitucional. Por sua vez, ao Judiciário não incumbe estabelecer nem a primeira nem última palavra, mas parte do trabalho conjunto com atores políticos na definição do significado da Constituição, invocando valores progressistas.²⁰

Na observação de Post e Siegel, movimentos sociais, partidos políticos e associações têm o papel de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando o desenvolvimento dinâmico da cultura constitucional. Assim, incrementa-se a sua legitimidade democrática.²¹

De início, é premente estabelecer uma distinção entre os conceitos de judicialização e de ativismo judicial. Na obra *Verdade e Consenso*, Streck afirma que “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.²² Streck defende que a judicialização da política sintetiza um fenômeno contingencial, inerente ao contexto sociopolítico brasileiro. Streck conclui que “o ativismo judicial sempre será ruim para a democracia”, uma vez que decorre da manifestação da vontade pessoal dos magistrados e das Cortes.²³

Assim, nas decisões ativistas, a vontade do magistrado se sobrepõe ao debate político, “seja para efetuar um pretense ‘avanço’, seja para manter o *status quo*”. Os pressupostos de Streck ainda determinam que, em um Estado Democrático, não se pode permitir que o Judiciário desempenhe o papel do Legislativo (elaborando leis e, por conseguinte, criando direitos), pois tal postura proativa afronta os princípios da separação dos poderes, e o Judiciário estaria a usurpar o papel do Poder Legislativo. De acordo com as considerações do autor mencionado, o ativismo judicial configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário que, ao empregá-lo, extrapola os limites das suas funções.²⁴

18 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

19 CATTONI, Marcelo. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

20 GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 9.

21 POST, Robert; SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático**. Por una reconciliación entre constitución y pueblo. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 31-42.

22 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 589.

23 STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, 10 jan. 2016, p. 1. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

24 STRECK, Lenio. O que é isto, Ativismo judicial em números? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

A teoria do *Constitucionalismo Democrático* tenciona desvendar como os direitos constitucionais foram instituídos e são interpretados em uma sociedade plural e divergente. A divergência interpretativa “sintetiza um pressuposto normal para a evolução do Direito Constitucional, não devendo ser refutada, visto que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.”²⁵ Uma das estratégias capazes de resolver a tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia é a solução teórica adotada pelo *Constitucionalismo Democrático*, que presume que “a Constituição e o Direito Constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos”²⁶.

Por outro lado, considera-se relevante adotar a proposta do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel, que preconiza tanto a atuação contramajoritária do Poder Judiciário – por meio da interação dialógica com os movimentos sociais, o Congresso e os cidadãos – quanto a avaliação positiva do *backlash*.

Com efeito, como se pretende demonstrar à luz da teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, partindo-se do pressuposto de que o Judiciário não profere a última palavra, sustenta-se ser possível potencializar o debate constitucional com os movimentos sociais por meio de diálogos institucionais robustos e de um controle social contínuo, dialético e progressivo sobre a estrutura linguístico-discursiva das decisões proferidas pelo STF, que efetivam direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes.

Esta teoria foi adotada no presente trabalho com o intuito de verificar se as ferramentas discursivas empregadas pelo ministro-relator apontam uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais ou se, ao contrário, revelam estereótipos de gênero.

Em relação à estrutura conceitual de Fraser, defende-se que somente uma teoria democraticamente estruturada que contemple uma perspectiva tridimensional e interseccional tem potencial para superar a naturalização ideológica das formas de estratificação econômica e de mecanismos sutis de subordinação de *status*. Assim, passa-se à análise da Teoria da Justiça de Fraser.

25 BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser, p. 156.

26 BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**. Brasília, vol 10, n. 1, p. 231, jan-jun, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645/4442>>. Acesso em 3 de janeiro de 2017.

2. A TEORIA DA JUSTIÇA DE NANCY FRASER

Em 2003, Fraser defende o não reconhecimento como uma questão de *status* social e exemplifica a categoria do gênero, pois as mulheres na sociedade patriarcal são interpretadas como inferiores frente aos homens. As injustiças que decorrem da subordinação de *status* somente afetam a esfera do reconhecimento e deveriam ser corrigidas por meio de uma política de reconhecimento que não pressupõe a essencialização da identidade, mas parte da sua desconstrução. De outro lado, as injustiças redistributivas pressupõem políticas econômicas de redistribuição de renda e geração de emprego.

Logo, reconhecimento, redistribuição e representação são formas de injustiça primárias e cooriginárias. A terceira dimensão da justiça tem por escopo delimitar as injustiças no plano metapolítico/global, que pressupõe injusta divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. A dimensão da representação foi incluída em sua teoria em razão da necessidade de democratização do procedimento direcionado ao estabelecimento do *quem* da justiça.²⁷ O problema é: quem são os atores sociais que possuem legitimidade para estabelecer modificações estruturais na sociedade nas esferas do reconhecimento e da redistribuição?

Fraser sustenta uma análise de reflexão sobre o problema do enquadramento, sintetizando que a teoria da justiça deve se tornar tridimensional. Elenca como exemplo de injustiça de enquadramento, em nível transnacional, a globalização da pobreza que transcende as fronteiras territoriais. A filósofa enumera três núcleos de anormalidade relativos à justiça social, com impacto em divergências em torno desses núcleos principais, a saber, as questões de *quem* tem o direito de realizar reclamações de justiça em relação ao *o quê*. Por fim, existem disputas em relação ao *como*. Em contextos anormais, esse *o quê* da justiça converte-se em objeto de disputa. Há aqueles que se contrapõem à injustiça distributiva, enquanto outros se opõem à subordinação de *status*. A seu turno, há atores sociais que problematizam o domínio do político.²⁸

Propugna que o modelo de *status* é deontológico e não sectário, bem como “[...] não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para a concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem.”²⁹ Nesse aspecto, o núcleo teórico da estrutura conceitual de Fraser pressupõe que a concepção de paridade participativa pretende desconstruir injustiças sociais decorrentes da subordinação de *status*, classe ou falta de representação política.

27 FRASER, Nancy. **Scales of Justice**-Reimagining Political Space in Globalizing World. New York: Columbia University Press, 2009, p. 25-29

28 FRASER, Nancy. **Scales of Justice**-Reimagining Political Space in in Globalizing World, p. 32-47.

29 FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER; HONNETH. **Redistribution or Recognition: a Political Philosophical Exchange**. London: Verso, 2003, p. 31.

Em suma, a paridade na esfera do reconhecimento significa superar a subordinação, “tornar o sujeito subordinado um parceiro integral na vida social, capaz de interagir com os outros como um par.”³⁰ Desde 1990, a autora teoriza sobre os contrapúblicos subalternos, que são “[...] arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades.”³¹

Tal pluralidade de públicos transversais teria maior potencialidade para promover o princípio da paridade de participação, diferentemente de um público único, compreensivo. Por meio da noção de contrapúblico, “Fraser desenvolve uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescenta uma dimensão mais política à noção de esfera pública.”³²

No Brasil, a luta de grupos neopentecostais e a tentativa de desconstruir os direitos da comunidade LGBTQI+ e a igualdade de gênero demonstram um período marcado por um conjunto de retrocessos vinculados ao redimensionamento do papel do Estado, que se pauta pelas diretrizes impostas pelo capitalismo *financeirizado*. A vertente progressista do neoliberalismo pressupõe um conjunto de práticas normalizadoras da sexualidade, de modo que o “véu carismático” da efetivação dos direitos de minorias legitima simbolicamente o capitalismo neoliberal, que termina cooptando as pautas emancipatórias e mais radicais dos movimentos sociais. Trata-se da “afinidade eletiva perversa” entre neoliberalismo e política da identidade.³³ Já a estratégia populista, que segue uma agenda plutocrática, seria pautada pela “voz das ruas”, por argumentos misóginos e racistas, pressupondo um neoliberalismo regressista que se contrapõe às reivindicações emancipatórias dos movimentos sociais.

Nesse sentido, é clara a afirmação de Fraser, Arruzza e Bhattacharya: “enquanto parece valorizar a liberdade individual, o liberalismo sexual mantém intactas as condições estruturais que são responsáveis pela homofobia e transfobia, incluindo o papel da família na reprodução social”.³⁴ Em suma, a normalização *gay* é reflexo da normalização capitalista. Como ponderam as autoras, é central “realizar o sonho de uma nova forma capitalista de sociedade que assegure base material de liberação sexual por meio de um apoio público generoso de reprodução social, redesenhada para uma gama muito mais ampla de famílias e associações pessoais.”³⁵ Feitas essas considerações, aprofunda-se a reflexão sobre o Constitucionalismo Democrático-Paritário.

30 FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**, São Paulo, 70, p. 109, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em 3 de janeiro de 2010.

31 FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. **Social Text**. Durham, n. 25/26, p. 57, 1990. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Rethinking-the-Public-Sphere%3A-A-Contribution-to-the-Fraser/b3d083906255e6dbaa4c401027cfce6f24af393e>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2010.

32 LARA, Maria Pia; FINE, Robert. Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory. In: LOVELL, Terry. **(Mis) recognition, Social Inequality and Social Justice: Nancy Fraser and Bourdieu**. New York: Routledge, 2007, p. 38.

33 FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história, p. 23

34 ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%**-Um Manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 40.

35 ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%**-Um Manifesto, p. 40.

3. CONTRIBUIÇÕES ATUAIS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO-PARITÁRIO

A proposta específica de *Constitucionalismo* para a cultura política de países periféricos em processos de desdemocratização - como o Brasil - incorpora a forma de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que articula as contribuições teóricas do *Constitucionalismo Democrático* às concepções de contrapúblicos subalternos e de contra-hegemonia propostas por Fraser. Assim, é fundamental não neutralizar as assimetrias da esfera pública maior, expandindo as arenas discursivas por meio de múltiplos públicos alternativos.³⁶

De fato, o papel contramajoritário do STF configura uma resposta ao vazio legislativo decorrente do processo político deliberativo e alcança legitimidade institucional no âmbito de um modelo constitucional de freios e contrapesos - ou de concretização de direitos e garantias processuais no Estado Democrático. Todavia, para a estratégia teórica do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, não se desvela suficiente uma perspectiva contramajoritária do STF, pois se torna crucial a centralidade de uma atuação institucional capaz de captar juridicamente a linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

Em sua primeira formulação teórica, estabelecida no ano de 2016, a teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* revelou alcance teórico para captar as reivindicações de minorias sociais dissidentes, pois pressupunha a tese segundo a qual, quando o processo político majoritário não satisfazia de forma efetiva as reivindicações de grupos vulneráveis, deveria o STF atuar de forma contramajoritária, de modo a resgatar os princípios do Estado de Direito - suprindo um *deficit* de representatividade política de minorias no processo político democrático.

Em 2016, o *insight* teórico da teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* sintetizava uma aproximação conceitual entre os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* - teorizado por Post e por Siegel - e as ideias de paridade participativa e de contrapúblicos subalternos, preconizadas por Fraser. A partir de 2020, diante de um novo contexto político-institucional, esclarecem-se aspectos controversos de minha teoria, agregando ao caráter contramajoritário e dialógico da jurisdição constitucional a releitura estabelecida por Fraser sobre o conceito gramsciano de hegemonia - que será mobilizado como base para a sensibilidade jurídico-institucional das Cortes Constitucionais ao idioma político e contestatório dos movimentos sociais. Nesse sentido, passa-se a uma sucinta análise sobre o conceito de hegemonia e sua releitura estabelecida por Fraser.

36 FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy, p. 56-80.

3.1 A RELEITURA DE FRASER SOBRE A IDEIA GRAMSCIANA DE HEGEMONIA

A ideia gramsciana de hegemonia revela recursos teóricos que interessam à temática da linguagem dos movimentos sociais. A partir de Gramsci, surge uma evolução conceitual, pois o conceito de ideologia passa a ser concebido como “prática social viva e habitual”³⁷. A seu turno, nas ponderações de Gramsci, a ideia de hegemonia do proletariado não parte da cooptação das massas de forma passiva no aparelho do Estado, mas representa um processo democrático-pedagógico que eleva o engajamento político desses grupos. A hegemonia “não é o instrumento de governo de grupos dominantes para obter o consentimento e exercer a hegemonia sobre as classes subalternas”³⁸; é “a expressão destas classes subalternas que querem educar a si mesmas na arte de governo e que têm interesse em conhecer todas as verdades, inclusive as desagradáveis.”³⁹ Com efeito, sustenta-se que a hegemonia das classes subalternas e das massas proletárias pressupõe uma democracia robusta capaz de ensinar uma modificação substancial na superestrutura estabelecida a partir da socialização do poder, incrementando a capacidade e o potencial intelectual das massas. Assim, as classes subalternas transformam-se em protagonistas do processo histórico por meio da construção de uma hegemonia renovada.⁴⁰

A hegemonia não configura um conceito metafísico, mas uma “prática permanente, uma visão de mundo disputada em lutas por reconhecimento, por meio da qual a liderança moral, política e intelectual é estabelecida.”⁴¹ Gramsci atribui ao conceito de hegemonia uma interpretação democrática e socializadora, constatando que as classes subalternas, ao serem conduzidas a tornarem-se Estado, não revelarão uma tendência em manter processos de dominação, instituindo uma forma inovadora de realização da política a partir da gestão democrática do poder.⁴² Na esfera da sociedade civil, emerge a política, operacionalizando uma “compreensão crítica de si mesmos por meio de uma luta de hegemonias políticas, de direções contrastantes, primeiro no campo da ética, depois no da política, atingindo, finalmente, uma elaboração superior da própria concepção do real.”⁴³

37 EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 1997, p. 115.

38 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**, vol. 1. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 388.

39 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**, vol. 1, p. 388.

40 Gramsci assinala a centralidade da direção cultural, sendo este o principal elemento de distinção entre os autores, já que Lenin pressupõe uma dimensão política da hegemonia. Gramsci afirma que, frequentemente, um grupo subordinado pelo grupo dominante se identifica com a “concepção de mundo” deste por meio de um processo de naturalização das relações de subordinação. Para Gramsci, a consciência crítica pressupõe o embate de hegemonias contrapostas no campo da ética e da política. A evolução da concepção de hegemonia pressupõe “um grande progresso filosófico, já que implica necessariamente uma unidade intelectual e uma ética adequadas a uma concepção do real que superou o senso comum e tornou-se crítica, mesmo que dentro de limites ainda restritos.” GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**, vol. 1. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 103. Portanto, essa classe operária não incorpora uma consciência crítica espontaneamente, assumindo relevância o papel dos intelectuais que serão responsáveis por desmontar o intelectual orgânico da classe dominante. O papel dos intelectuais consiste em se engajar na vida prática das classes subalternas representadas, forjando um bloco intelectual-moral que sintetiza a figura do “intelectual orgânico”.

41 BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 5, n. 2, p. 475, dezembro de 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24321>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2010.

42 SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a Sociedade Civil** – Cultura e Educação para a Democracia. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 91.

43 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**, vol. 1. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 103.

Em razão de abertura conceitual, diversos conceitos gramscianos, delineados nos *Cadernos*, submeteram-se a uma releitura por diversas correntes teóricas que tornaram seus sentidos muito diferentes daqueles originários teorizados pelo marxista italiano. A Antropologia, por exemplo, realizou a releitura do conceito de grupos subalternos por meio de uma estrutura conceitual inovadora dos estudos da cultura popular. Dentre os autores mais proeminentes, destaca-se De Martino, que realizou um conjunto de investigações sobre as classes subalternas e sobre o folclore do Sul da Itália, estudos que incrementaram o debate teórico até a década de 1970.⁴⁴ A vertente culturalista expressa nas lentes analíticas dos *Cultural Studies*, que consideram a cultura como elemento central, também ampliou o campo de investigação teórica dos grupos subalternos. Nesse sentido, foram igualmente relevantes as contribuições de Willians⁴⁵ e Thompson⁴⁶.

A fragmentação que perpassava a existência política das classes subalternas espoliadas e o aspecto de subalternidade somente poderia ser objeto de superação quando esses grupos se mobilizassem na disputa pela hegemonia. Investigando a história específica do capitalismo italiano, Gramsci defende um projeto revolucionário anticapitalista e antifascista que pressupunha a coalizão emancipatória operário-camponesa.

Entrementes, a releitura de Fraser a respeito da ideia gramsciana de hegemonia apresenta recursos conceituais que concernem à linguagem dos movimentos sociais. De fato, a releitura sobre o conceito gramsciano de hegemonia descortina-se relevante para a jovem Fraser, pois, como se pretende examinar posteriormente, aponta que a esfera pública pode se transformar no *locus* da circulação de discursos contra-hegemônicos que surgem em múltiplas esferas públicas alternativas capazes de se contrapor aos discursos das instituições oficiais e dos grupos de interesse.⁴⁷

O conceito de hegemonia é crucial para a jovem Fraser, pois Gramsci insiste que a transformação social emancipatória seria insuscetível de ser realizada apenas pela tomada do poder político estatal, pressupondo um ponto de vista político mais abrangente que supõe a incorporação de novas “concepções de mundo” na cultura política da sociedade. Em seu ensaio “Struggle over Needs”, Fraser postula que determinados grupos subalternos com recursos discursivos desiguais desafiam a hegemonia cultural de grupos dominantes por meio de discursos contestatórios contra-hegemônicos com potencial de alterar as “concepções de mundo”⁴⁸

44 DE MARTINO, Ernesto. Postille a Gramsci e Gramsci e il Folklore. *Ricerca Folklorica*, n. 25, p. 73-79, aprile, 1992.

45 WILLIANS, Raymond. *Marxismo e literatura*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

46 THOMPSON, E.P. *A formação de classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

47 FRASER, Nancy. Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture. In: **Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, p. 161-187.

48 FRASER, Nancy. Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture, p. 161-187.

Fraser investiga os processos por meio dos quais determinados sentidos estabelecidos segundo recortes de gênero, de raça e de sexualidade são construídos e confrontados, incrementando o estabelecimento de uma contra-hegemonia dos grupos subalternos.

Como se propõe demonstrar, a teoria ora proposta do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, estabelecida por meio de uma articulação conceitual entre Post, Siegel e Fraser, sustenta que as Cortes Constitucionais, por meio de diálogos institucionais robustos, devem resgatar em suas decisões ferramentas discursivas que reflitam uma sensibilidade jurídico-institucional ao idioma político dos movimentos sociais.

Passa-se a analisar a temática da porosidade institucional das Cortes ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais.

3.2 Os pressupostos da teoria do Constitucionalismo Democrático-Paritário e a porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais

A estratégia do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, como versão específica (em sentido estrito) da teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* adaptada à cultura jurídica de países periféricos do sul global, consiste em uma forma original de operacionalizar a profunda tensão entre constitucionalismo e democracia, precisamente por conceber o caráter democrático do *backlash* e por pressupor o elemento teórico da permeabilidade institucional ao idioma político contra-hegemônico dos movimentos sociais, cujo objetivo central consiste na análise e na desconstrução das estruturas de poder e dos estereótipos de raça, gênero e sexualidade que permeiam os mecanismos de interpretação constitucional.

Sustenta-se ser fundamental para o incremento das lutas interpretativas sobre o significado da Constituição um diálogo robusto estabelecido entre as Cortes Constitucionais e os movimentos sociais. O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* se contrapõe ao ativismo judicial, criticado por Streck, e à ideia de minimalismo judicial, apontada por Sunstein⁴⁹. Outrossim, opõe-se à ideia de “papel iluminista” das Cortes superiores, preconizada por Barroso.⁵⁰

49 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

50 Nas considerações do ministro Luís Roberto Barroso, as cortes constitucionais assumem três papéis fundamentais em uma democracia: o papel contramajoritário, o papel representativo e o papel iluminista. A função representativa das Cortes surge quando estas satisfazem as demandas sociais que não foram implementadas pelo Legislativo ou para sanar vazios normativos na hipótese de omissão inconstitucional. Barroso elenca algumas decisões da Suprema Corte que revelaram uma dimensão representativa, como o julgado *Griswold v. Connecticut*, que julgou inconstitucional uma lei desse estado que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Embora a decisão fosse claramente antilegislativa, ela não era contramajoritária, pois refletia o sentimento majoritário da época, sendo, portanto, uma decisão representativa. Ao ensejo, o “papel iluminista” pressupõe situações excepcionais nas quais é papel das cortes constitucionais se pautarem por “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens.” Esses avanços civilizatórios pressupõem uma razão humanista que precisa impor-se sobre o senso comum majoritário. A concretização dos direitos de negros, mulheres, homossexuais, nas ponderações de Barroso, por exemplo, não foi operacionalizada pelo processo político majoritário. BARROSO, Luis Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

Em 2020, teorizam-se os pressupostos da teoria ampla do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, que contempla três elementos:

a) a defesa de uma fusão dialógica⁵¹ contra-hegemônica que contempla a teoria da democracia de Fraser e os elementos gerais das teorias do equilíbrio e da parceria, que compõem o universo de teorias dos diálogos institucionais sistematizadas a partir de uma abordagem estrutural.

b) o caráter interpretativo e contra-hegemônico da ideia de contrapúblicos interpretativos – por meio dos quais as minorias dissidentes e movimentos sociais controlam a estrutura linguístico-discursiva das decisões judiciais;

c) a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia.

Diferentemente, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* parte da articulação conceitual entre os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel (cuja proposta dialógica se contrapõe a processos antidemocráticos de ativismo judicial) e os aspectos fundamentais das teorias da parceria à luz da teoria da democracia de Fraser.

Com efeito, sem minimizar tais reflexões críticas e pressupondo determinadas considerações teóricas recentes, procura-se refinar os pressupostos da teoria. Sustenta-se que o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe não apenas uma postura incisiva do STF na compensação do *deficit* de representação de minorias vulneráveis no processo político formal, efetivando seus direitos fundamentais ou ainda zelando pelas condições procedimentais da democracia por meio de diálogos interinstitucionais com os outros poderes e com os movimentos sociais, mas também que tal Corte Constitucional deve assumir um posicionamento institucional que transcenda essa perspectiva inicial.

É fundamental para os embates políticos dos movimentos sociais que o STF não invoque estratégias linguístico-discursivas de subalternização textual de minorias sexuais dissidentes que refletem, por exemplo, regimes estatais normalizadores da sexualidade. A Constituição representa uma construção social aberta aos influxos interpretativos e contra-hegemônicos inscritos na linguagem

51 Bateup pontua que as teorias da parceria tencionam conectar a *expertise* do Poder Legislativo na criação de leis e políticas públicas com a *expertise* do Poder Judiciário na aplicação de princípios. Portanto, “Atores judiciais e não judiciais atuam como iguais participantes na construção da decisão constitucional, os quais contribuem dialogicamente para a busca das melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas.” BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 41, p. 70, 2006. Disponível em: file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf. Acesso em: 2 de janeiro de 2020. Juízes e legisladores estabelecem “perspectivas institucionais únicas para a consideração do sentido constitucional devido às suas posições separadas mas interconectadas na ordem constitucional.” BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 77-78. Assim, cada um dos poderes deve estar disposto a ouvir e a estabelecer processos de aprendizagem com os outros como resultado da articulação e da combinação de perspectivas institucionais diferentes. Por sua vez, as teorias do equilíbrio compreendem a interpretação constitucional como resultado de uma atividade compartilhada entre os poderes, sem que se considere qualquer um destes como superior e sem desconsiderar a relevância do potencial racionalizador do debate público por meio da inclusão de atores não judiciais (movimentos sociais e outros atores sociais, instituições e povo). BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 57. Ao estimular um debate público amplo, a Corte não se torna “simplesmente uma voz adicional no diálogo constitucional, mas se engaja ativamente em uma troca produtiva que, em última análise, leva a estabelecer um equilíbrio sobre o sentido constitucional.” BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 57-64.

que foi construída pelos militantes dos movimentos sociais nos embates político-discursivos. Não é democrático desconsiderar a necessária estrutura linguístico-discursiva sensível à paridade participativa dos movimentos sociais na dimensão da representação.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* se contrapõe tanto à concepção de “papel iluminista” do STF (reflexo de processos sutis de cooptação das pautas emancipatórias dos movimentos sociais pelo neoliberalismo progressista) quanto ao objetivo que tencionaria compreender nossa Corte Constitucional como uma instância política que revela uma abertura institucional ao clamor popular (reflexo da homofobia inerente ao neoliberalismo reacionário inerente ao governo Bolsonaro). Nesse sentido, sustenta-se que os movimentos sociais se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para reivindicarem seus direitos, moldando o desenvolvimento da cultura constitucional por meio de discursos interpretativos contra-hegemônicos.

Em síntese, a estratégia do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* consiste em estabelecer uma articulação conceitual entre os pressupostos do Constitucionalismo Democrático e a Teoria da Justiça de Fraser por meio de diálogos institucionais entre o STF e os Poderes Executivo, Legislativo, estabelecendo uma porosidade-institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais, tendo como referência a releitura de Fraser a respeito do conceito gramsciano de hegemonia.

4. SÍNTESE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NO JULGAMENTO CONJUNTO DO MI 4733 E DA ADO 26:

A partir de uma verificação da jurisprudência do STF, é possível extrair diversos exemplos atuais de uma efetiva ditadura linguística dessa Corte. Frequentemente, esta revela-se desconectada do idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais, ainda que efetivando seus direitos fundamentais. Dentre os exemplos atuais, elencam-se os julgamentos históricos do MI 4733/DF⁵² e da ADO 26/DF.⁵³

No julgamento do MI 4733/DF, o Ministro Edson Fachin, relator da ação, julgou procedente o Mandado de Injunção, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e até o surgimento de lei específica sobre a matéria, e ampliou o âmbito de incidência da Lei n.º 7.716/1989⁵⁴ não apenas para crimes decorrentes de discriminação ou preconceito por raça, mas também abarcando a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.⁵⁵ O Ministro Celso de Mello acompanhou integralmente o voto de Fachin, aduzindo que não se estaria criando um tipo penal

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733.**

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.**

54 BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, de 5 de janeiro de 1989.**

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733.** Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019h, p. 26. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

novo, mas invocando a legislação penal existente.⁵⁶ Já na ADO 26/DF, o voto do Ministro Fachin⁵⁷ acompanhou integralmente as considerações do Decano.

Na ADO 26/DF, o Ministro Celso de Mello enfatizou a constatação objetiva de uma efetiva mora inconstitucional capaz de ensejar a injusta omissão responsável por uma manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional, o que justifica a intervenção do STF em face da inércia deliberandi.⁵⁸ Na ADO 26/DF, o Ministro Fux sustentou que a inércia congressual é inequívoca, pois, apesar da existência da tramitação de diversos projetos de lei no Congresso, que pretendiam a tipificação da homofobia, a tramitação não tem continuidade e não produziu efetivas respostas. Não se trata de criação de norma legal, mas de interpretação de norma infraconstitucional para tratar a homofobia de forma similar ao racismo.⁵⁹

Alexandre de Moraes postulou que os fundamentos essenciais responsáveis pela legitimidade da atuação do STF consistem na consagração de princípios constitucionais e na efetivação de direitos fundamentais que limitam e controlam o poder do Estado.⁶⁰ A seu turno, na ADO 26/DF, a Ministra Rosa Weber postulou que “o direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁶¹ Uma leitura inicial sugere que a ministra pretendeu resguardar direitos individuais relativos à autodeterminação sexual de gays, lésbicas, pessoas trans sem a devida vinculação com outros mecanismos de estratificação ligados ao gênero e que somente poderiam ser verificados com atenção à exploração econômica, subordinação racial, ausência de reconhecimento, sexualidade, etnicidade, idade e falta de representação política.

Na ADO 26/DF, o Ministro Barroso ponderou ser papel do STF estabelecer um diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade: “se o Congresso atuou, a sua vontade deve prevalecer. Se não atuou e havia um mandamento constitucional nesse sentido, que o Supremo atue para fazer valer o que está previsto na Constituição”⁶². Nas ponderações de Barroso, tanto a hipótese da ADI 4275/DF quanto o caso da ADO 26/DF são situações jurídicas que exigem que o STF assuma um papel iluminista.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019, p. 1. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, 21 de fevereiro 2019, p. 1. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21/02/2019.

58 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 42-45.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Luiz Fux. Brasília, 2019. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de fevereiro de 2019, p. 32. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto da Ministra Rosa Weber. Brasília, 2019. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 de fevereiro 2019. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>>. Acesso em: 21/02/2019.

Os votos vencidos foram dos Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que consideraram conveniente suspender o julgamento para aguardar a atuação do Congresso Nacional.

5. CRÍTICA À ESTRATÉGIA LINGUÍSTICO-DISCURSIVA DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADO 26 A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO-PARITÁRIO

Desde a ADI 4275/DF, o Ministro Celso de Mello enfatizava o papel contramajoritário do STF na efetivação de direitos de minorias vulneráveis em face de ações e omissões das maiorias, sendo tal proteção o “fundamento imprescindível à plena legitimação do Estado Democrático de Direito.”⁶³ Em sua compreensão, os Princípios Yogyakarta contestam a exigência de procedimento cirúrgico como pressuposto da retificação do registro. Já na ADO 26/DF, o decano, invocando os Princípios Yogyakarta, reitera que todos os “indivíduos nascem livres iguais em dignidade e direitos”.⁶⁴ E conclui que a orientação sexual e a identidade de gênero são elementos essenciais constitutivos da dignidade e da humanidade de cada pessoa, “não devendo constituir causa de discriminação ou abuso”.⁶⁵

Ainda no tocante ao julgamento da ADO 26/DF⁶⁶, o decano do STF, ao enquadrar a homofobia e a transfobia na Lei 7.716/89⁶⁷, aduz que desenvolveu uma interpretação sobre o conceito de racismo e de raça, desconectado do sentido léxico, antropológico ou biológico, perpassado por uma conotação político-social com a estratégia de não violação do princípio da igualdade. No entanto, essa estratégia jurídica brilhante e original – que pressupõe o racismo como uma ideologia segregacionista sob a qual se enquadram as práticas de transfobia e de homofobia como espécies do gênero racismo social – ainda permanece relacionada a categorizações binárias. Não obstante o voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26/DF⁶⁸ sustentar a centralidade do papel da Corte no âmbito de uma efetiva democracia constitucional e de propugnar uma perspectiva humanista assentada na universalidade dos direitos humanos e na ideia de pessoas morais livres e iguais, ferramentas discursivas indicam que o ministro parte de uma desconexão com a linguagem própria das pautas interseccionais e, portanto, contra-hegemônicas dos movimentos sociais.

No que se refere à temática interseccional, Fraser tematiza: como uma teoria do discurso desvela poder teórico para revelar a construção discursiva das identidades sociais e elucidar o modo por meio do qual a hegemonia cultural de grupos dominantes pode ser contestada?

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 de março de 2018, p. 11. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 01/01/2019.

64 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

65 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 102.

66 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 95-100.

67 BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**.

68 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1-48.

A proposta da autora parte do estudos das “práticas sociais historicamente específicas através das quais as descrições de gênero são produzidas e vêm a circular.”⁶⁹ A autora aposta nas vantagens do modelo pragmático para a teorização feminista, que afirma a centralidade do contexto social, da prática social da comunicação e da pluralidade de zonas discursivas, oportunizando vislumbrar as identidades como complexas, variáveis e construídas discursivamente.⁷⁰ Por fim, o voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26/DF⁷¹ mobilizou uma construção teórica eminentemente binária, a qual é criticada pela estrutura deontológica de Fraser.⁷² O binarismo pressupõe que a definição do sexo é retratada como uma realidade verdadeira preexistente sobre a qual se constroem os gêneros. A concepção binária concebe a identidade sexual como algo natural, que estabelece certa consistência objetiva e científica à teoria da existência de apenas dois sexos, definidos cientificamente pela Medicina e pela Biologia. Segundo essa interpretação, parte-se de uma “[...] fundamentação naturalizada da crença de que há dois sexos e somente dois, inexistindo outras possibilidades.”⁷³

Há um segundo atributo do binarismo relativo ao caráter dicotômico da concepção de sexo. Há uma contraposição entre o sexo masculino e o sexo feminino, que representam dois polos diferenciados entre si. Se o indivíduo não se enquadra ao sexo masculino (homem), inevitavelmente se enquadra ao sexo feminino (mulher). Essa interpretação cria categorias que são operacionalizadas por meio de “[...] estereótipos contraditórios que qualificam e classificam a identidade masculina e feminina”.⁷⁴ Sob esse prisma, o decano pressupõe o determinismo imutável do sexo biológico e a vinculação da ideia de gênero a fatores psicossociais:

A designação da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas). Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulheres em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão de sua conformação biológica.⁷⁵

69 FRASER, Nancy. Against Symbolicism. The uses and abuses of Lacanianism for Feminist Politics. In: FRASER, Nancy. **Fortunes of Feminism**. From State Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. London: Verso, 2014, p. 139.

70 FRASER, Nancy. Against Symbolicism. The uses and abuses of Lacanianism for Feminist Politics. In: FRASER, Nancy. **Fortunes of Feminism**. From State Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. London: Verso, 2014, p. 139-158.

71 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

72 O estabelecimento desses estereótipos de gênero torna a relação homem-mulher extremamente assimétrica, tendo como efeito a relação desigual de poder. Foucault, em *História da Sexualidade*, pondera que a sexualidade é construída culturalmente, tencionando satisfazer às estratégias políticas da classe dominante. Os comportamentos sexuais relacionam-se a dispositivos de saber e de poder, relacionando-se aos discursos da Medicina, da Psicologia e da Religião. FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: a vontade do saber. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

73 FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero. **Desafios**. Bogotá, vol. 27, n. 2, p. 119, 2015.

74 FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero, p. 119.

75 BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

Todavia, como salienta Butler, o próprio sexo biológico também é produto de uma construção discursiva. “O gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual ‘a natureza sexuada’ ou ‘um sexo natural’ é produzido e estabelecido como ‘pré-discursivo’, anterior à cultura”.⁷⁶ Portanto, o sexo biológico também é decorrente de uma produção discursiva e resultado de relações de poder.

Nesse sentido, o interesse feminista em teorizar a construção social das categorias sexo/corpo se potencializa na década de 1980 como efeito do objetivo político da emancipação feminina. Portanto, o corpo feminino e a sexualidade são interpretados agora como construções linguísticas e sociais passíveis de transformação. Nesse sentido, Nancy Fraser analisa a questão do binarismo por meio da distinção entre remédios afirmativos e transformativos. Sublinha que, embora os remédios afirmativos tentem reparar a subordinação de *gays* e *lésbicas* por meio da valorização da valorização da cultura e padrões LGBTQI+, mantêm intacto o código homem/mulher, hétero/homossexual.⁷⁷

Os remédios afirmativos, em princípio, tendem a reificar as identidades e pressupõem uma autocompreensão simplificada das pessoas que nega a multiplicidade de identificações. Apenas corrigem os “resultados injustos dos arranjos sociais sem modificarem a estrutura social subjacente que os produzem”.⁷⁸ Por sua vez, os remédios transformativos, quando aplicados à esfera do reconhecimento, evitam a reificação e desestabilizam as distinções de *status*. Elencam-se as denominadas políticas *queer*, que propugnam a desconstrução entre heterossexualidade e homossexualidade, desestabilizando a polarização dos dois *status* sexuais exclusivos. Em vez de suscitar o comunitarismo repressivo, eles promovem a interação entre as diferenças. Pressupondo a complexidade de identificações, eles superam as categorizações binárias, tais como branco/negro, homem/mulher, por meio de uma perspectiva descentrada.

No entanto, o ministro defende na fundamentação da ADO 26/DF uma estratégia incapaz de desconstruir categorias binárias e de se contrapor ao sistema sexo-gênero, contrapondo-se à estratégia desconstrutiva inerente à Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua formulação inicial estabelecida em 2016, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* representava a defesa de um judiciário efetivo capaz de minimizar a descaracterização do uso público da razão estabelecida no processo político majoritário em países periféricos de modernidade tardia. No entanto, a partir de 2020, sustenta-se que, em que pese o STF historicamente tenha

76 BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão de identidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 25.

77 FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*, p. 74.

78 FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*, p. 74.

desempenhado seu papel direcionado à concretização de um amplo espectro de direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes, em diversos julgados, entre os quais se elenca a ADO 26, a Corte utiliza uma estrutura linguístico-discursiva que consolida estereótipos de gênero (categorias binárias e invisibilidade das opressões interseccionais).

Nessa perspectiva, no julgamento do MI 4733/DF⁷⁹, julgado conjuntamente com a ADO 26⁸⁰, o STF reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional na edição de legislação que criminalizasse a homofobia e, até o surgimento de lei específica sobre a matéria, determinou a aplicação da Lei n.º 7.716/1989⁸¹ não somente para crimes provenientes de discriminação ou preconceito por raça, mas também conglobando a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.⁸²

No entanto, sem uma efetiva sensibilidade jurídico-interpretativa do STF à linguagem inscrita nos embates discursivos contra-hegemônicos dos movimentos sociais, as Cortes - ao romperem com assimetrias - podem recriar novas formas de estratificação social.

O *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, pressupondo a ideia de uma fusão dialógica contra-hegemônica, específica de países periféricos de modernidade tardia, potencializa a conduta dialógica de cada um dos poderes no processo interpretativo constitucional à luz de suas competências específicas, razão pela qual tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário devem manter uma abertura ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais. As Cortes devem manter uma porosidade ao vocabulário político contestatório dos movimentos sociais, assim como o Poder Legislativo, quando cria políticas públicas e leis, também deve ser sensível aos discursos contra-hegemônicos pautados por princípios.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe o STF não como vanguarda iluminista, mas como uma instância crítico-reflexiva que desafia discursivamente concepções assimétricas de mundo decorrentes de uma moral majoritária ou de regimes estatais normalizadores por meio de uma sensibilidade interpretativa ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**.

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**.

81 BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**.

82 O Grupo Gay da Bahia (GGB), admitido como *amicus curiae* na ADO 26 (BRASIL, 2019a), tem apresentado anualmente um conjunto de informações sistematizadas que demonstram ser o Brasil o campeão mundial na prática de crimes de homotransfobia. O Relatório "Mortes LGBT do Brasil - Relatório GGB Parcial 2019", sistematizado pelo Grupo Gay da Bahia, que organizou dados de 1º de janeiro de 2019 a 15 de maio de 2019, constatou um total de 141 mortes de pessoas LGBTQI+ (77 gays, 52 travestis/ transexuais, 10 lésbicas e 02 heterossexuais). Esses dados alarmantes conglobam 126 homicídios e 15 suicídios. Com efeito, consoante o Relatório "População LGBT Morta no Brasil - Relatório GGB 2018", foram registradas 420 mortes de pessoas LGBTQI+ em 2018, vítimas da homolebotransfobia. Os dados sistematizaram 320 homicídios e 100 suicídios. De acordo com o Relatório, "a cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, o que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra minorias sexuais." O relatório também conclui que o país lidera os índices de transfobia, de modo que "o risco de uma trans ser assassinada é 17 vezes maior que um gay". GRUPO GAY DA BAHIA. **População LGBT Morta no Brasil** - Relatório GGB 2018-GGB: Salvador, 2018, p. 1-2. Disponível em: < <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>>. Acesso em: 1 de julho de 2019.

Corroborar-se a hipótese segundo a qual, especificamente na ADO 26, nenhum dos ministros do STF, assim como o Ministro Celso de Mello, realizou efetivamente uma abordagem sensível às reivindicações interseccionais, não binárias e contra-hegemônicas que são tematizadas pelo movimento LGBTQI+ e Movimentos Feministas.

Assim, não obstante a atuação contramajoritária do STF, a estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Celso de Mello revela que não houve uma porosidade jurídico-institucional ao idioma contestatório e contra-hegemônico dos movimentos sociais LGBTQI+, razão pela qual o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe não apenas uma atuação contramajoritária do STF, mas uma perspectiva que reflete uma efetiva sensibilidade interpretativa aos discursos contra-hegemônicos pautados por princípios inerentes ao idioma político e contestatório dos movimentos sociais e de sexualidades dissidentes.

A sensibilidade das Cortes à linguagem contestatória dos movimentos sociais potencializa a representatividade destes, os quais perceberão a relevância do seu engajamento político em embates discursivos cada vez mais democráticos delineados com base em seu próprio idioma contra-hegemônico, sem o qual seus ideais emancipatórios seriam cooptados por vertentes ou correntes políticas do neoliberalismo progressista.

Indubitavelmente, não se pretende refutar a tese segundo a qual o STF assumiu um papel substancial no enfrentamento da violência estrutural transfóbica e homofóbica no julgamento do MI 4733/DF⁸³ e ADO 26⁸⁴, estabelecendo a aplicação da Lei n.º 7.716/1989⁸⁵ à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, culminando na criminalização da homotransfobia. Essa decisão foi comemorada pela comunidade LGBTQI+ como uma conquista histórica fundamental, especialmente no que concerne ao voto do Ministro Celso de Mello, que pressupôs o conceito político-social de raça, enquadrando a homotransfobia como uma prática segregacionista.⁸⁶

No entanto, é imprescindível refletir sobre a possibilidade de se avançar para além dessa vitória inicial, pois existem indícios textuais discursivos que apontam uma possível “cegueira” do STF em relação às temáticas da abordagem interseccional e da desconstrução de categorias binárias, que são reivindicações constitutivas da linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

Nesse sentido, Fraser contrapõe-se a concepções essencialistas e estáticas de identidade, sublinhando que estas são construídas discursivamente e de acordo com diversos contextos históricos e singulares. Fraser postula que a questão fundamental não seria “dissolver toda identidade sexual

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**.

85 BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**.

em uma identidade humana universal, e sim defender um campo de diferenças sexuais múltiplas, fluidas e não binárias que pressuponham o igual valor moral dos seres humanos.”⁸⁷

A apropriação do conceito gramsciano de hegemonia deslinda-se fundamental para Fraser, ao demonstrar que a esfera pública também pode se caracterizar como o *locus* da circulação de discursos contra-hegemônicos estabelecidos nos contrapúblicos subalternos e que revelam potencial para se opor aos discursos hegemônicos das instituições oficiais. Tais discursos hegemônicos motivam a despolitização das necessidades ou o estabelecimento de discursos institucionais de interpretação e de satisfação das necessidades.⁸⁸

A estratégia do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, teorizada como marco teórico desta pesquisa, é uma forma original de operacionalizar a profunda tensão entre constitucionalismo e democracia, precisamente por conceber o caráter democrático do *backlash* e por pressupor o elemento teórico da permeabilidade institucional ao idioma político contra-hegemônico dos movimentos sociais, cujo objetivo central consiste na análise e na desconstrução das estruturas de poder que permeiam os mecanismos de interpretação constitucional.

Por meio de uma releitura da estrutura conceitual de Fraser, que confronta diretamente estruturas de poder e mecanismos sutis de estratificação social à categoria dos contrapúblicos interpretativos, será possível identificar e confrontar de forma efetiva concepções assimétricas decorrentes das distorções hermenêutico-linguísticas do STF no plano da interpretação da Constituição.

A investigação das ferramentas discursivas empregadas em julgados do STF pode estabelecer estratégias para que os direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes sejam concretizados na esfera judicial a partir de uma teoria inovadora que articula conceitualmente os referenciais de Fraser, Post e Siegel, incorporando o debate sobre a contra-hegemonia.

Nesse sentido, o estudo teórico sobre o processo dialógico de judicialização promovido pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e sobre a porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais pode trazer contribuições relevantes capazes de renovar o Direito Constitucional e o debate sobre diálogos institucionais, sendo fundamental para resolver de forma original a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, inspirando: legitimidade democrática, engajamento político de minorias dissidentes e articulação contra-hegemônica dos movimentos sociais em lutas por reconhecimento na esfera pública.

87 BUNCHRAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4277: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. *Direito e Liberdade*. Natal, vol. 18, p. 72, 2016.

88 FRASER, Nancy. *Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture*, p. 161-187.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%**-Um Manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf. Acesso em: 2 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989a**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 01/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 20/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, 21 de fevereiro 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Luiz Fux. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto do Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 de fevereiro 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>>. Acesso em: 21/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Voto da Ministra Rosa Weber. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 5, n. 2, p. 471-490, dezembro, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 8, n. 14, p. 143-174, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4277: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. **Direito e Liberdade**. Natal, vol. 18, p. 72, 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**. Brasília, vol 10, n. 1, p. 227-257, jan-jun, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

CATTONI, Marcelo. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. **Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 10, p. 171-188, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2003.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 1997.

FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero. **Desafios**. Bogotá, vol. 27, n. 2, p. 99-143, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/desa/v27n2/v27n2a04.pdf>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: a vontade do saber. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

FRASER, Nancy. Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture. *In*: **Unruly Practices**: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, p. 161-187.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. **Social Text**. Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990.

FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Redistribution, Recognition, and Participation”. *In*: FRASER; HONNETH. **Redistribution or recognition**: a political philosophical exchange. London: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**. São Paulo, 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2010.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice**: Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York: Columbia University Press, 2009.

FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**. Lodrina, vol. 14, n. 2, p. 11-33, jul-dez, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>>. Acesso em: 3 de janeiro de 2010.

FRASER, Nancy. Against Symbolicism. The uses and abuses of Lacanianism for Feminist Politics. *In*: FRASER, Nancy. **Fortunes of Feminism**. From State Managed Capitalism to Neoliberal Crisis. London: Verso, 2014, p. 139-158.

GARGARELLA, Roberto. Presentación. *In*: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2013, p. 9-10.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**, vol. 1. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

GRUPO GAY Da BAHIA. **População LGBT Morta no Brasil** - Relatório GGB 2018-GGB: Salvador, 2018. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>>. Acesso em: 1 de julho de 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LARA, Maria Pia; FINE, Robert. Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory *In*: LOVELL, Terry. **(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice**: Nancy Fraser and Bourdieu. New York: Routledge, 2007, p. 36-48.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y reacción violenta. *In*: **Constitucionalismo Democrático**. Por una reconciliación entre constitución y pueblo. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 43-118.

SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a Sociedade Civil** – Cultura e Educação para a Democracia. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. O que é O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016a. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

THOMPSON, E.P. **A formação de classe operária inglesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

WILLIAMS, Raymond. **Marxismo e literatura**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

