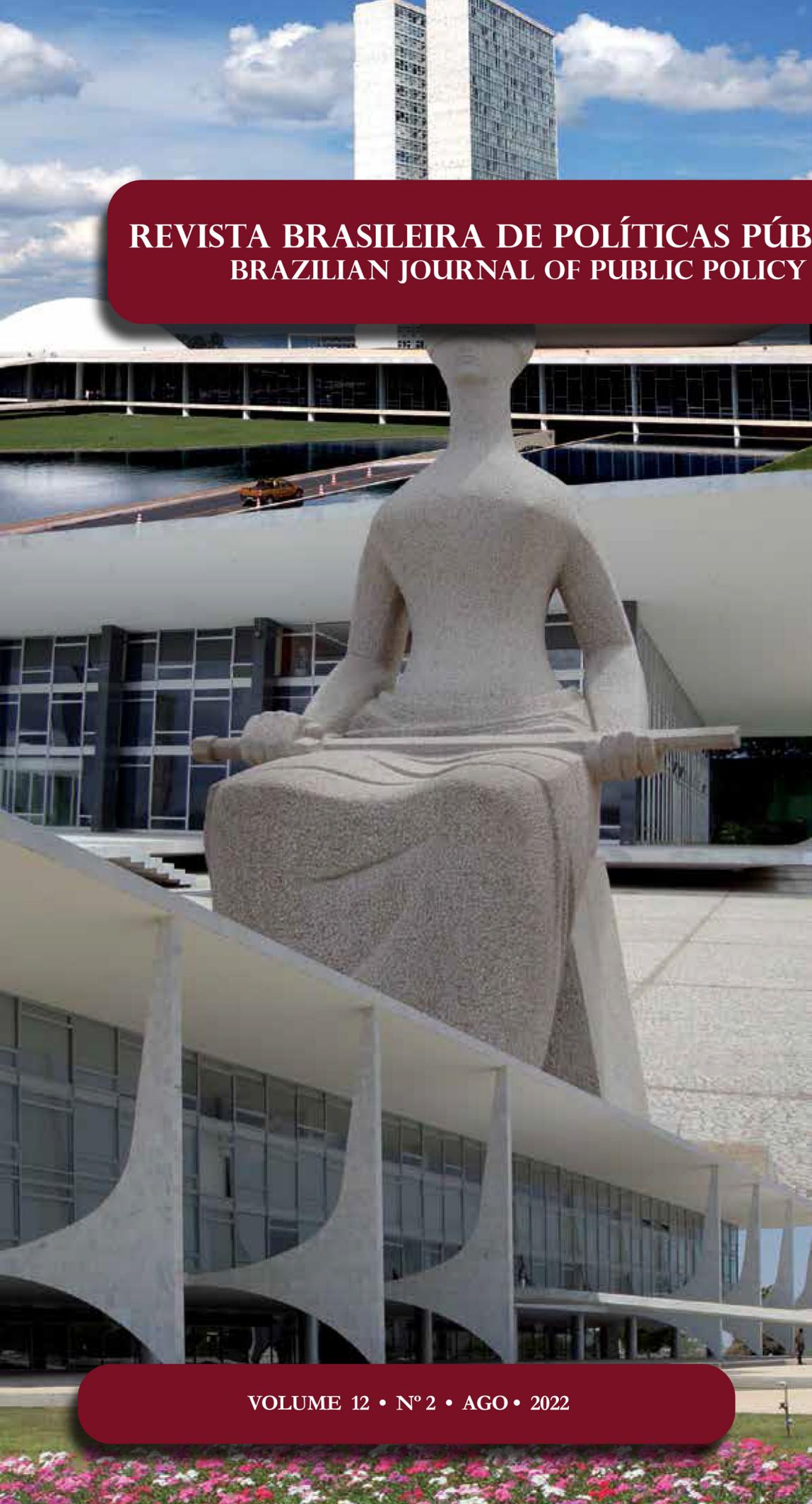


The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' being particularly prominent.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image features a large, white, abstract sculpture of a seated female figure, possibly representing a deity or a personification of justice, set against a modern architectural background. The sculpture is positioned in the foreground, with a large, multi-story building with a grid-like facade in the background. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico**

**The linguistic-discursive structure of Minister Barroso's vote in ADO 26 and MI 4733: a reflection in the light of Counter-Hegemonic Dialogical Constitutionalism**

Maria Eugenia Bunchaft

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Sumário

<b>POLÍTICAS DE PROTEÇÃO A GRUPOS VULNERÁVEIS .....</b>	<b>13</b>
<b>O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA REGIÃO AMAZÔNICA BRASILEIRA.....</b>	<b>15</b>
Beatriz Souza Costa e Camilla de Freitas Pereira	
<b>“PROGRAMA HOSPEDAGEM PARA IDOSOS” E ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DE POLÍTICA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA AGENDA.....</b>	<b>34</b>
Fabiana Rodrigues Barletta e Carolina Silvino de Sá Palmeira	
<b>MULHERES, COTA DE GÊNERO E PODER LEGISLATIVO: UMA ABORDAGEM DAS JUSTIFICATIVAS DO PROJETO DE LEI N.º 1.256/2019 À LUZ DO LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE JOHN RAWLS .....</b>	<b>58</b>
Victória Taglialegra Salles, Rainer Bomfim e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia	
<b>PROTECTION OF PEOPLE LIVING WITH HIV/AIDS IN IRAN: CHALLENGES AND RESPONSIBILITIES .....</b>	<b>74</b>
Arian Petoft e Mahmoud Abbasi	
<b>FACILITADOR INTERCULTURAL SORDO EN SALUD PARA CHILE: ANÁLISIS DE LA AGENDA POLÍTICA A PROPÓSITO DE LA POLÍTICA DE SALUD DE MIGRANTES INTERNACIONALES.....</b>	<b>97</b>
Valeria Campos e Ricardo Cartes-Velásquez	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E AMBIENTE DIGITAL .....</b>	<b>124</b>
<b>¿UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD? PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA .....</b>	<b>126</b>
Pablo Contreras	
<b>BRECHA DIGITAL Y EXCLUSIÓN SOCIAL: ¿PUEDEN LAS TIC CAMBIAR EL STATUS QUO? .....</b>	<b>151</b>
Andrés Cernadas Ramos, Bran Barral Buceta e Ángela Fernández Da Silva	
<b>CONSTITUCIONALISMO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAIS: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL.....</b>	<b>177</b>
José Sérgio da Silva Cristóvam, Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Thanderson Pereira de Sousa	
<b>TEMAS DIVERSOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>195</b>
<b>QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO: A PERCEPÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS .....</b>	<b>197</b>
Michelle Araújo Luz Cilli, Waldecy Rodrigues e Alex Pizzio	

<b>PROPOSTA DE UM ÍNDICE SÍNTESE PARA O MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO</b> .....	<b>214</b>
Andrea Pereira de Freitas e Gustavo Inácio de Moraes	
<b>A FUNÇÃO DO JURISTA NA DEFESA DA SEGURIDADE SOCIAL E O ARGUMENTO DO COST OF RIGHTS</b> .....	<b>234</b>
João Paulo Mansur	
<b>O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL FINLANDÊS E SEU MODELO EDUCACIONAL</b> .....	<b>251</b>
André Augusto P. Brandão e Andrea Bello	
<b>LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL EN RELACIÓN A LA POLÍTICA PÚBLICA EDUCATIVA DE LAS ORGANIZACIONES ASOCIATIVAS AGROPECUARIAS</b> .....	<b>270</b>
Jhon Jairo Mosquera Rodas	
<b>DIRETRIZES PARA A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS COMPRAS PÚBLICAS</b> .....	<b>288</b>
Ednaldo Silva Ferreira Júnior	
<b>A QUEM SE DESTINAM AS CHAMADAS PÚBLICAS?: OS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO DOS AGRICULTORES FAMILIARES NO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO</b> .....	<b>308</b>
Raquel Hunger, Flávia Milagres Campos e Susana Moreira Padrão	
<b>BIENES COMUNES URBANOS, DOMINIO PÚBLICO Y AUTONOMÍAS TERRITORIALES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA CHILE, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA DE LOS BENI COMUNI</b> .....	<b>327</b>
Benoît Delooz Brochet	
<b>REPENSAR A DEMOCRACIA: A HIPÓTESE DA DEMOCRACIA ALEATÓRIA REVISITADA</b> .....	<b>344</b>
Deo Campos Dutra e Eduardo F. de Oliveira Jr.	
<b>ANÁLISE DO RESP. N.º 975.834/RS: O STJ NA ENCRUZILHADA ENTRE OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, SOCIETÁRIO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	<b>364</b>
João Manoel de Lima Junior e Thaíse Zacchi Pimentel	
<b>RELAÇÕES JURÍDICAS DAS FUNDAÇÕES DE APOIO COM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR, CENTROS DE PESQUISA PÚBLICOS E TERCEIROS: PARCERIAS ESTRATÉGICAS NO MARCO LEGAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO</b> .....	<b>385</b>
Ricardo Silveira Ribeiro	
<b>A SUSTENTABILIDADE À LUZ DA PERSPECTIVA JURISDICCIONAL “À BRASILEIRA”: UM ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</b> .....	<b>408</b>
Francieli lung Izolani, Frederico Thaddeu Pedroso, Jerônimo Siqueira Tybusch e Francielle Benini Agne Tybusch	

<b>APORTES DA ANÁLISE ECONÔMICA NO ESTUDO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O RISCO DA PROMOÇÃO DESIGUAL DE DIREITOS.....</b>	<b>426</b>
Daniel Castanha de Freitas, Vivian Lopez Valle e Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto	
<b>AVANÇOS NO DEBATE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: UM OLHAR PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA .....</b>	<b>449</b>
Jorge Leal Hanai, Suely de Fátima Ramos Silveira e Nina Rosa da Silveira Cunha	
<b>OUTROS TEMAS .....</b>	<b>476</b>
<b>ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) E PELA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) .....</b>	<b>478</b>
Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Miguel Souza Dantas Neto	
<b>A ESTRUTURA LINGUÍSTICO-DISCURSIVA DO VOTO DO MINISTRO BARROSO NA ADO 26 E NO MI 4733: UMA REFLEXÃO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO CONTRA-HEGEMÔNICO...</b>	<b>496</b>
Maria Eugenia Bunchaft	

# A estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico\*

## The linguistic-discursive structure of Minister Barroso's vote in ADO 26 and MI 4733: a reflection in the light of Counter-Hegemonic Dialogical Constitutionalism

Maria Eugenia Bunchaft\*\*

### Resumo

Este artigo pretende analisar a estrutura linguística do discurso inerente ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e ao Mandado de Injunção 4733, incluindo a tese do papel iluminista do STF, com objetivo de verificar se as ferramentas discursivas utilizadas refletem o idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário e Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* ou se, ao contrário, refletem categorias binárias e outros estereótipos de gênero.

A temática é relevante, pois, à medida que desafiamos processos de opressão vivenciados pelos membros da comunidade LGBTQI+, se torna fundamental diagnosticar que tais formas de subordinação decorrentes da homofobia não podem ser combatidas sem a superação de autocompreensões binárias — que também se manifestam nas decisões judiciais. O trabalho é original, propondo marco teórico inovador, porquanto o *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* é uma teoria ampla, que sustenta a ideia de uma fusão dialógica contra-hegemônica — específica de países periféricos que passam por processos de desdemocratização —, a qual articula os *insights* conceituais das teorias da parceria, do equilíbrio e da teoria da democracia de Fraser, com ênfase na releitura desta sobre o conceito gramsciano de hegemonia.

Conclui-se que a estrutura discursiva do voto do Ministro Luís Roberto Barroso revela que não houve uma porosidade jurídico-institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais LGBTQI+ e que a defesa do papel iluminista do STF poderia reforçar as práticas normalizadoras da sexualidade vinculadas a uma normatização capitalista decorrentes de correntes políticas do neoliberalismo progressista.

Como resultado, não se nega a tese de acordo com qual o STF desempenhou um papel fundamental no enfrentamento da violência homotransfóbica no que concerne ao debate envolvendo o julgamento do MI 4733/DF e da ADO 26, mas o trabalho teoriza a possibilidade de avançarmos para além dessa vitória inicial, pois há elementos textuais conclusivos que revelam uma “cegueira” do ministro Luís Roberto Barroso em relação à temática da

\* Recebido em 17/02/2020  
Aprovado em 21/05/2022

\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Orientadora de Doutorado e de Mestrado. Pós-Doutora em Filosofia Política pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-Doutoranda em Direito pela PUC-Rio. Autora do livro: *Patriotismo Constitucional: a Reconstrução da Ideia de Nação na Filosofia Política Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2015.

E-mail bunchaftmaria1@gmail.com

desconstrução de categorias binárias, que é uma reivindicação constitutiva da linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais. 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 Dialógico Contra-Hegemônico. Diálogos constitucionais. Binarismo. Minorias LGBTQI+. Contra-hegemonia.

## Abstract

The article intends to analyze the linguistic structure of discourse inherent in the vote of Justice Luís Roberto Barroso at Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26 and at Writ of Injunction 4733, including the thesis of “enlightenment role” of Brazilian Supreme Court, in order to verify whether the employed discursive tools reflect the counter-hegemonic language of social movements, in the light of Egalitarian-Democratic Constitutionalism and Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism, or quite the opposite, if reveal binary categories, and other gender stereotypes. Regarding the justification, the theme is relevant, because as oppression processes experienced by LGBTQI+ community are challenged, it becomes essential to diagnose that such forms of subordination resulting from homophobia can not be combated without overcoming binary self-understandings which also manifest in Cort decisions. The work is original, proposing an innovative theoretical framework, because Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism is a broad theory that supports the idea of a specific counter-hegemonic dialogical fusion of peripheral countries that go through processes of dedemocratization, combining both the conceptual insights of partnership and equilibrium theories and Fraser’s theory of democracy, with emphasis on her rereading on the gramscian concept of hegemony.

As a result, the work doesn’t refuse the thesis according to which the Brazilian Supreme Court played a fundamental role in combat the homophobic violence with regard to the debate involving the judgment of Writ of Injunction 4733 and of Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26, but the research theorizes about the possibility of moving beyond this initial victory, because there are conclusive textual elements that reveal a “blindness” of the Justice Luís Roberto Barroso in relation to the theme of the deconstruction of binary categories, which is a claim constitutive of the counter-hegemonic language of social movements. It is concluded that the discursive structure of Justice Luís Roberto Barroso’s vote reveals that there was no institutional porosity to the counter-hegemonic language of the LGBTQI+ social movements, and that the defense of Enlightenment role of the Brazilian Supreme Court could reinforce the normalizing practices of sexuality linked to a capitalist normatization resulting from political currents of progressive neoliberalism.

The research will be operationalized by the monographic method and through the historical-analytical method outlined by Nancy Fraser. Finally, documentary research and indirect documentation will be used.

**Keywords-**Counter-Hegemonic Constitutionalism. Constitutional dialogues. Binarim. LGBTQI+ minorities. Counter-hegemony.

## 1 Introdução

Um dos aspectos centrais da democracia deliberativa consiste em que o cidadão não se reduz ao papel de destinatário passivo das decisões estatais, pois as decisões públicas devem ser o resultado de um intercâmbio reflexivo de argumentos, garantindo-se o respeito mútuo. Segundo Amy Gutmann, a democracia delibera-

tiva tem como atributos a exigência de que as decisões políticas sejam o resultado da justificação através do exercício público da razão à luz de princípios que sejam aceitos por cidadãos que buscam os termos equitativos da cooperação social.<sup>1</sup>

Todavia, nas sociedades latino-americanas, os sistemas político-institucionais enfrentam grave crise de legitimidade. Essas democracias representativas — ao serem influenciadas por elites ligadas ao grande capital financeiro, que controlam a imprensa — se deparam com fechamento do horizonte de debate crítico-reflexivo na esfera pública informal. À vista disso, há uma crise de representatividade política por parte dos cidadãos em face do déficit de participação democrática efetivo de parte da população tanto na esfera pública informal como nos processos políticos decisórios.

Em síntese, na deliberação político-parlamentar de países como o Brasil, se incrementa a aprovação de atos normativos vinculados aos interesses da bancada das armas, de grupos neopentecostais e do agronegócio. Alguns desses atos frequentemente limitam direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes. Nesse aspecto, revela-se essencial, em circunstâncias específicas, a retomada de processos dialógicos de judicialização voltados à concretização de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.

A estratégia de compatibilização entre democracia e constitucionalismo representa um dos maiores desafios das sociedades democráticas. Nessa perspectiva, a proposta teórica de Post e Siegel consiste em negar a tirania majoritária. O *Constitucionalismo Democrático* pretende tornar compatível uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática.

Constatando as injustiças que impactam minorias sexuais dissidentes em países periféricos de modernidade tardia — especialmente o Brasil — que sofrem o impacto de processos de desigualdade econômica, mecanismos de subordinação de *status* e falta de empoderamento político que decorrem da integração do evangelicalismo à sua cultura política, propugna-se uma releitura da teoria do *Constitucionalismo Democrático* à luz do marco teórico de Nancy Fraser e da ideia de fusão dialógica, proposta por Christine Bateup, com o escopo de contextualizá-la nessa cultura política específica. Para tal empreendimento, a Teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* revela-se fundamental.

Em 13 de junho de 2019, o STF concluiu o julgamento conjunto da ADO 26/DF<sup>2</sup>, que foi proposta pelo Partido Popular Socialista, e do Mandado de Injunção 4733/DF<sup>3</sup>, apresentado pela ABGLT-Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, que também foi proposta em face do Congresso.

Portanto, o objetivo geral do presente artigo consiste em analisar a estratégia linguístico-discursiva que perpassa pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26<sup>4</sup> e no MI 4733/DF à luz das teorias propostas do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, com o intuito de verificar se as ferramentas discursivas empregadas refletem o idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais ou se, ao contrário, revelam estereótipos de gênero inerentes a um feminismo corporativo de elite.

Sustentam-se os seguintes OBJETIVOS ESPECÍFICOS (ITEM 5):

1. investigar os aspectos fundamentais da teoria do *Constitucionalismo Democrático* de Reva Siegel e

<sup>1</sup> GUTMAN, Amy. The challenge of multiculturalism in political pthics. *Philosophy and Public Affairs*, Malden, v. 22, n. 3, p. 171-206, 1993. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PRIMEDU143/Amy%20Gutmann.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

Robert Post;

2. analisar os elementos centrais da Teoria da Justiça de Nancy Fraser e sua releitura a respeito da concepção gramsciana de hegemonia;
3. explorar e refinar as reflexões atuais da teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*;
4. promover a análise da estratégia linguístico-discursiva contida no voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733 à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

Com efeito, o principal problema, enfrentado por este trabalho, está vinculado ao seguinte questionamento: em que medida a estratégia linguístico-discursiva, empregada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26 e no MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforçam categorias binárias típicas de um feminismo corporativo de elite ou descortinam a efetiva sensibilidade jurídico-institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais (desconstruindo categorias binárias) invocada pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*?

Em suma, sustenta-se a seguinte hipótese: as ferramentas discursivas, empregadas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforçam categorias binárias típicas de um liberalismo sexual decorrente de um neoliberalismo progressista e não desvelam efetiva porosidade institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais, invocada pelas teorias do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*.

Em síntese, tanto o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* como o *Constitucionalismo Subalterno*<sup>5</sup> representam duas correntes teóricas específicas que integram uma teoria mais ampla denominada *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

A palavra *justificar* pressupõe o termo latino *justificare* — que sintetiza a ideia de declarar justo. Sustenta-se que o presente trabalho necessita explicitar motivos relevantes que o legitimem. Reitera-se alguns motivos teóricos fundamentais que legitimam a concretização da pesquisa, no que concerne à importância do tema e à eleição do marco teórico.

A temática é relevante, pois, ao desafiarmos processos de opressão vivenciados pelos membros da comunidade LGBTQI+, torna-se fundamental diagnosticar que tais formas de subordinação decorrentes da homofobia não podem ser combatidas sem a superação de autocompreensões binárias — que também se manifestam nas decisões judiciais. A eleição do marco teórico relativo à proposta do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* é fundamental, pois transcende e vai além da necessária (mas não suficiente) discussão sobre a atuação contramajoritária do STF na efetivação dos direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes, trazendo à tona um debate inovador e também fundamental: a necessidade de problematizar se o STF é pautado por uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais com o objetivo de evitar estratégias linguísticas de subalternização textual de minorias vulneráveis.

É de se mencionar que a pesquisa usa o método monográfico. Sob esse prisma, parte-se da ideia de que “um caso investigado com profundidade, se representativo de muitos outros, pode ter suas conclusões estendidas para casos semelhantes.”<sup>6</sup> É utilizado o método histórico-analítico (método de abordagem) de Nancy Fraser<sup>7</sup>, pois a historicização congloba uma abordagem adequada da teoria social, ao possibilitar a investigação do caráter socioestrutural singular e historicamente específico da sociedade capitalista contemporânea.

<sup>5</sup> MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. *Os direitos dos quilombolas no STF: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Subalterno*. Notas de aula. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2019.

<sup>6</sup> HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46.

<sup>7</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, Capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>. Acesso em: 3 jan. 2010.

A técnica de pesquisa contempla a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que tratam do marco teórico de Nancy Fraser, Antonio Gramsci e dos teóricos que integram o movimento acadêmico denominado *Constitucionalismo Democrático* (Post e Siegel), assim como das teorias da parceria e do equilíbrio. Utiliza-se, também, pesquisa bibliográfica complementar que incide sobre a produção teórica de autores que dialogam com os marcos teóricos de Nancy Fraser e Antonio Gramsci (com ênfase na ideia de hegemonia), assim como incidente sobre a contribuição de teóricos que comentam o referencial teórico de Post e Siegel.

A pesquisa documental propiciará a análise do voto do Ministro Barroso na ADO 26<sup>8</sup> e no MI 4733.<sup>9</sup> Tais documentos jurídicos — cabe citar — estão disponíveis de forma on-line no site do STF. Feitas essas considerações, é fundamental analisar os aspectos centrais da teoria do *Constitucionalismo Democrático*.

## 2 Contextualizando a teoria do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel

Uma das estratégias capazes de resolver a tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia é a solução teórica adotada pelo *Constitucionalismo Democrático*, o qual 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.”<sup>10</sup> De início, é fundamental delimitar brevemente as principais teorias que explicam a expansão do poder judiciário no mundo.

Nesse sentido, as teorias conceitualistas propugnam teorizar e explicar a expansão global do Poder Judiciário a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, que emergiu no contexto do Pós-Segunda Guerra e foi responsável pela conversão de um sistema originalmente vinculado à vontade majoritária em um novo arcabouço normativo baseado na ideia de democracia constitucional.

Em sentido diverso, há um conjunto de teorias funcionalistas que pressupõem “a judicialização como um fenômeno decorrente de uma questão estrutural do sistema jurídico, como, por exemplo, a existência de múltiplos pontos de veto em um sistema político fortemente descentralizado.”<sup>11</sup>

Por sua vez, inserindo-se nas teorias estratégicas, Ginsburg leciona que determinados grupos promovem a constitucionalização e o ativismo judicial, que funcionam como uma garantia aos que perdem o processo político, zelando por princípios democráticos e viabilizando a não alteração de seu plano político pelo grupo político vencedor.<sup>12</sup>

A seu turno, Hirschl assinala a utilização política das Cortes como mecanismo de manutenção do *status quo*.<sup>13</sup> Durante a vigência do regime de *apartheid*, a minoria branca podia apostar no processo político como instrumento de manutenção do *status quo*, justificando a supremacia do Parlamento, razão pela qual uma emenda constitucional de 1958 estabelecia uma proibição expressa ao controle de constitucionalidade.<sup>14</sup> Quando o regime de *apartheid* terminou, a minoria branca passou a confiar no Poder Judiciário e na tutela

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Roberto Barroso.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>10</sup> 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, v. 10, n. 1, p. 231, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645/4442>. Acesso em: 3 jan. 2017.

<sup>11</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 69.

<sup>12</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p. 23.

<sup>13</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 12.

<sup>14</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. p. 12.

de direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade com o intuito de manter privilégios. Portanto, a supremacia parlamentar é substituída pela supremacia judicial, refletindo o uso político do Poder Judiciário como mecanismo de preservação do status quo.<sup>15</sup>

De outro lado, é premente distinguir os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a judicialização, “[...] no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.<sup>16</sup> Em contraposição, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”<sup>17</sup>

Em *Verdade e Consenso*, Streck pondera 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)”.<sup>18</sup> Já “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à jurisdição constitucional).”<sup>19</sup>

Diante dessa estrutura conceitual, o *Constitucionalismo Democrático* tenciona desvelar como os direitos constitucionais foram estabelecidos em uma sociedade marcada pelo pluralismo. A divergência interpretativa sintetiza uma condição natural para a evolução do Direito Constitucional, não devendo ser negada, visto que a autoridade da Constituição pressupõe sua legitimidade democrática.<sup>20</sup>

Nesse ponto, na compreensão de Post e Siegel, “não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais.”<sup>21</sup> Ambos desempenham papéis relevantes na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte somente pode concretizar normas constitucionais, pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular. Em determinadas circunstâncias, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade popular, mesmo em uma sociedade plural e divergente.<sup>22</sup>

Nessa perspectiva, Post e Siegel postulam um modelo focado na compreensão dos esforços dos funcionários do governo para o cumprimento da Constituição em condições de controvérsia pública. Destarte, a construção dos sentidos constitucionais pressupõe um processo histórico marcado por disputas de narrativas estabelecidas por sujeitos engajados politicamente, com o intuito de tornar hegemônica a sua interpretação do *nomos* constitucional. Tais embates interpretativos situam-se à margem da institucionalidade, sendo o judiciário invocado para resguardar valores sociais e restringir eventual violação a dispositivos constitucionais.<sup>23</sup>

Na proposta de Post e Siegel, embora seja negado um foco *juricêntrico*, é função do Judiciário a interpretação da Constituição e dos valores constitucionais, mantendo-se, todavia, o “[...] o papel fundamental que

<sup>15</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. p. 12.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Synthesis*), Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 6. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. p. 6.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 589

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. p. 589.

<sup>20</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>. Acesso em: 03 fev. 2009.

<sup>21</sup> 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. p. 246.

<sup>22</sup> 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. 31-118.

<sup>23</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and the Backlash. p. 373-343.

o envolvimento do público, dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da sociedade desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.”<sup>24</sup>

A versão específica de *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* proposta 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 paridade de participação, propostas por Fraser. Assim, é fundamental não neutralizar as assimetrias da esfera pública informal de interpretação constitucional, expandindo as arenas discursivas por meio de contrapúblicos interpretativos.<sup>25</sup>

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 as estratégias teóricas do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*, não se revela suficiente uma perspectiva contramajoritária do STF, voltada para a efetivação dos direitos fundamentais cidadãos ou direcionada à garantia das regras do jogo democrático e das condições procedimentais que viabilizam a democracia deliberativa.

Portanto, na hipótese de efetivação contramajoritária dos direitos de minorias vulneráveis contra violações do processo político majoritário, se torna, também, crucial a centralidade de uma atuação judicial que não apenas estabeleça diálogos constitucionais robustos entre poderes, atores sociais, povo e movimentos sociais, mas que, partindo das diferenciadas contribuições que cada poder pode estabelecer a partir de suas competências específicas, seja capaz de captar juridicamente a linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* propugna se opor tanto à ideia de “papel iluminista” do STF (reflexo de processos sutis de cooptação das pautas emancipatórias dos movimentos sociais pelo neoliberalismo progressista) quanto à estratégia que pretende interpretar nossa Corte Constitucional como uma instância que possui uma abertura jurídico-institucional ao clamor popular (reflexo dos discursos homofóbicos e racistas inerentes ao neoliberalismo reacionário).

Passa-se a analisar a Teoria da Justiça e da Democracia de Fraser.

### 3 A Teoria da Democracia de Nancy Fraser

Na linha da teórica Nancy Fraser, gênero é uma categoria tridimensional que contempla: reconhecimento, redistribuição e representação. O não reconhecimento não pressupõe uma subjetividade deformada, mas uma subordinação de *status* e uma violação efetiva à justiça.

Diante dessa estrutura conceitual, Fraser sustenta que o não reconhecimento deve ser interpretado como uma questão de *status* social, pois as injustiças que advêm da subordinação de *status* apenas podem ser reparadas por meio de uma política do reconhecimento desconstrutiva. Logo, reconhecimento, redistribuição e representação são três esferas de injustiça primárias e cooriginárias. A terceira dimensão da justiça tem por escopo delimitar as injustiças na dimensão global, partindo da divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. A dimensão da representação foi contemplada em seu marco teórico, pretendendo democratizar o procedimento voltado ao estabelecimento do *quem* da justiça. A questão é: quem

<sup>24</sup> 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. 157, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

<sup>25</sup> FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990b. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/466240?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

são os atores sociais que têm legitimidade para instituir alterações substanciais na sociedade nas esferas do reconhecimento e da redistribuição?

Fraser reflete sobre a temática do enquadramento, mencionando que a Teoria da Justiça deve se tornar tridimensional. A teórica elenca três núcleos de anormalidade atinentes à justiça social, com reflexos em disputas em torno desses núcleos. Surgem questões em torno de *quem* tem o direito de mobilizar reivindicações de justiça em relação ao *o quê* (reconhecimento, redistribuição, representação). Por fim, surgem embates em relação ao *como*. Em contextos anormais, esse *o quê* da justiça converte-se em objeto de disputa. Surgem embates em torno da injustiça distributiva, enquanto outros se contrapõem à subordinação de *status*. Por fim, há atores sociais que questionam o domínio do político.<sup>26</sup>

Outrossim, Fraser diagnostica que o modelo de *status* oportuniza a cada indivíduo mobilizar reivindicações por reconhecimento em uma perspectiva universalista e moralmente vinculante sob condições de pluralismo. Destaca 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.”<sup>27</sup>

Ao ensejo, o cerne da Teoria de Fraser consiste na concepção de paridade participativa, que propugna desconstruir injustiças sociais inerentes à subordinação de *status*, classe ou falta de representação política. Em suma, a “[...] ‘paridade’ significa a condição de um par, de se estar em igual condição de ser um par, de se estar em igual condição com os outros, de estar partindo do mesmo lugar.”<sup>28</sup> No que concerne aos contrapúblicos subalternos, Fraser sustenta que estes são arenas discursivas transversais e contra-hegemônicas nas quais os membros dos grupos subalternos inventam e circulam contradiscursos para estabelecer interpretações opostas de suas identidades e necessidades.<sup>29</sup>

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”.<sup>30</sup> Maria Pia Lara e Robert Fine, investigando as contribuições de Fraser, reiteram que, na sua concepção, “a exclusão das mulheres e de outros grupos de pessoas foi fundamental para todo o processo de constituição de uma esfera pública burguesa.”<sup>31</sup>

Para Fraser, os *públicos fracos*, por meio do engajamento político-democrático, tendem a se tornar *públicos fortes* — o que pressupõe a deliberação em públicos concorrentes — embora seja patente que tais movimentos discursivos reivindiquem certo tempo para concretizar a efetivação de algumas demandas dos movimentos sociais.<sup>32</sup> Nesse aspecto, destaca-se a luta política inserida em públicos concorrentes como uma luta pela hegemonia e pela inclusão social, com vistas a dar voz aos excluídos. Logo, reconhecer que os processos de inclusão e de exclusão são constitutivos da esfera pública, muda sua conceituação inicial. Finalmente, a ideia de contrapublicidade pode promover as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com reflexo no surgimento de contrapúblicos de mulheres negras, de transexuais e de lésbicas.

Com efeito, como salienta Fraser, a partir da década de 1980, as pautas emancipatórias da primeira fase do feminismo de segunda onda e suas críticas ao economicismo, androcentrismo e ao estatismo foram redimensionadas pelo feminismo de segunda onda na sua segunda fase a partir do surgimento do neoliberalismo

<sup>26</sup> FRASER, Nancy. *Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009. p. 45-78.

<sup>27</sup> FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: redistribution, recognition, and participation*, p. 31.

<sup>28</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 118, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<sup>29</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 56-80.

<sup>30</sup> 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

<sup>31</sup> LARA, Maria Pia; FINE, Robert. *Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory*, p. 27.

<sup>32</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 56-80.

progressista. Como se sabe, as feministas da primeira fase de segunda onda contrapuseram-se ao imaginário político economicista, que pressupunha a identificação da fonte exclusiva das injustiças como sendo as desigualdades distributivas.<sup>33</sup>

Nesse sentido, as críticas dessas feministas, que, na década de 1960 e 1970, eram direcionadas ao economicismo ou primazia da categoria classe, foram ressignificadas pelo feminismo de segunda onda na sua segunda fase por meio de uma “aliança eletiva perversa” entre políticas da identidade e neoliberalismo progressista, justamente em um contexto no qual cresciam as desigualdades socioeconômicas. Os principais representantes políticos do neoliberalismo progressista nos Estados Unidos foram os ex-presidentes Obama e Clinton.<sup>34</sup>

Analisando o contexto norte-americano atual, que se caracteriza por uma versão hiper-reacionária de neoliberalismo representada pela ascensão de Donald Trump, a autora sustenta uma versão progressista de populismo como ator contra-hegemônico. Fraser não defende que um bloco populista progressista contra-hegemônico deva minimizar as reivindicações por reconhecimento das minorias e movimentos sociais, pois estas também devem permanecer centrais. No entanto, Fraser postula ser contraproducente analisá-las de modo superficial e desconectado das questões econômicas, como se igualdade significasse empoderamento meritocrático, anti-homofobia meritocrática e capitalismo verde.

A vertente progressista do neoliberalismo procura se legitimar simbolicamente por meio da cooptação das pautas emancipatórias e mais radicais dos movimentos sociais. Refiro-me à “afinidade eletiva perversa entre neoliberalismo e política da identidade.”<sup>35</sup> Outrossim, o liberalismo sexual defendido pelo neoliberalismo progressista pressupõe um conjunto de práticas normalizadoras da sexualidade. Já a estratégia do neoliberalismo hiper-reacionário, que caracteriza os governos de Trump e Bolsonaro, parte de uma agenda plutocrática mais cruel, que segue a “voz das ruas” e mobiliza argumentos misóginos, homofóbicos e racistas, opondo-se às reivindicações dos movimentos sociais.

Em face dessa leitura, é clara a assertiva de Fraser: “embora pareça valorizar a liberdade individual, o liberalismo sexual não desafia as condições estruturais que incitam a homofobia e transfobia, incluindo o papel da família na reprodução social.”<sup>36</sup> A normalização gay é resultado da normalização capitalista. Consoante salienta Fraser, é central realizar o sonho de uma nova forma de sociedade que assegure “as bases materiais da liberação sexual, entre elas o amplo suporte público à reprodução social, redesenhada para uma gama muito mais ampla de famílias e uniões afetivas.”<sup>37</sup> Passa-se a analisar as contribuições atuais do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

## 4 Contribuições atuais do Constitucionalismo Democrático-Paritário e do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico

Na primeira elaboração conceitual estabelecida no ano de 2016, a Teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* revelou pertinência para contemplar as reivindicações de minorias dissidentes, pois pressupunha a tese de acordo com a qual, quando o processo político-democrático não efetivava as demandas de grupos

<sup>33</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história, p. 11-33.

<sup>34</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 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 jan. 2010.

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. p. 11-33.

<sup>36</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 72.

<sup>37</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. p. 74.

vulneráveis, caberia ao STF atuar de modo contramajoritário de maneira a concretizar direitos fundamentais — suprimindo um déficit de representatividade política destes no processo político majoritário.<sup>38</sup>

Inicialmente, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* representava a defesa de um judiciário atuante na defesa de direitos fundamentais, capaz de minimizar a descaracterização do valor epistêmico da política institucional em países periféricos de modernidade tardia. Nessa estrutura conceitual, “[...] tal práxis comunicativa de interpretação constitucional vinculada a um enquadramento Pós-Westfaliano potencializa a paridade de participação de minorias vulneráveis.”<sup>39</sup> De fato, em 2016, o *insight* da Teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupunha uma aproximação conceitual entre os fundamentos do *Constitucionalismo Democrático* — proposto por Post e por Siegel — e o princípio da paridade participativa, teorizado por Fraser.<sup>40</sup>

A partir de 2020, em face de um novo contexto político-institucional, elucido pontos controversos de minha teoria e passo a teorizar sobre um marco teórico mais amplo que congloba a teoria mencionada: a teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, que articula a postura dialógica da jurisdição constitucional (e a ideia de fusão dialógica de Bateup) à releitura proposta por Fraser a respeito do conceito gramsciano de hegemonia — que será invocado como fundamento para a sensibilidade jurídico-institucional das Cortes Constitucionais ao vocabulário político dos movimentos sociais.

Em 2020, a Teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* abarca três elementos:

a) a defesa de uma fusão dialógica 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. 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.

b) o caráter interpretativo e contra-hegemônico da ideia de contrapúblicos interpretativos;

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

#### 4.1 A fusão dialógica contra-hegemônica

A abordagem estrutural sobre a Teoria dos Diálogos Institucionais congloba as teorias da construção coordenada, a Teoria dos Princípios, a Teoria da Parceria e a Teoria do Equilíbrio. Miguel Godoy sublinha que a Teoria da Construção Coordenada concebe a interpretação como uma tarefa compartilhada, de modo que cada poder exerce sua competência, e o resultado final pressupõe uma interpretação compartilhada sobre o sentido da Constituição. As teorias da construção coordenada foram teorizadas, pela primeira vez, por James Madison.<sup>41</sup> Essas teorias partem do modelo de freios e contrapesos, de modo que, se há uma atuação equivocada dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário declara os atos e leis inconstitucionais. Se o Poder Judiciário age de modo equivocado, há a possibilidade de superação legislativa da decisão. No entanto, ao invés de estimular o diálogo entre os poderes, promove uma disputa entre estes sobre quem possui a mais pertinente interpretação da Constituição.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> 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. 143-174.

<sup>39</sup> 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. 143-174.

<sup>40</sup> 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. 143-174.

<sup>41</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *O federalista*. Rio de Janeiro: Typimp e Const de Villeneuve e Comp, 1840.

<sup>42</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p. 153.

De um lado, as Teorias do Princípio pressupõem que “O judiciário desempenha uma função dialógica única baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio.”<sup>43</sup> O principal representante que compõe o universo de Teorias do Princípio é Alexander Bickel.<sup>44</sup> De outro lado, para Bateup, as Teorias da Parceria pretendem articular a *expertise* do Poder Legislativo para criação de leis e políticas públicas com a expertise do Poder Judiciário na aplicação de princípios. Assim, “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.”<sup>45</sup> Juizes e legisladores estabelecem “perspectivas institucionais únicas para a consideração do sentido constitucional devido às suas posições separadas mas interconectadas na ordem constitucional.”<sup>46</sup> Desse modo, cada um dos poderes deve escutar e aprender uns com os outros como efeito da articulação e combinação de perspectivas institucionais diversas.

Já as Teorias do Equilíbrio pressupõem a interpretação constitucional como produto de uma atividade compartilhada entre os poderes, sem que se atribua superioridade a algum deles e sem minimizar a necessidade de um amplo debate público por meio da inclusão de atores não judiciais (movimentos sociais e outros atores sociais, instituições e povo).<sup>47</sup> Ao promover uma discussão social ampla, 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.”<sup>48</sup>

Destacam-se Friedman, Post e Siegel entre os mais proeminentes autores defensores dos diálogos constitucionais inseridos no âmbito das Teorias do Equilíbrio. Friedman sugere que a questão central não é verificar como os diferentes atores institucionais se engajam para promover suas visões sobre sentidos constitucionais, mas como “atores judiciais e não judiciais passam a “aprender, debater, adaptar ou modificar visões devido à participação interdependente no diálogo constitucional.”<sup>49</sup> Como resultado desse processo dialógico dinâmico, as Cortes podem reconsiderar suas decisões a partir das perspectivas dos atores não judiciais. Friedman considera que as Cortes “moldam o debate sobre significado constitucional e também dão voz e corpo ao diálogo. Cortes também assumem uma posição não usual e desacreditada e a move para o centro.”<sup>50</sup> As Cortes também podem interromper certos padrões sociais que forem inadequados. Por fim, Cortes moderam o debate ao “proteger as instituições que participam no diálogo.”<sup>51</sup>

A seu turno, Robert Post e Reva Siegel salientam que, se a Corte deve revelar uma porosidade para facilitar o diálogo constitucional, também pode endurecer e limitar esta abertura se ela vislumbrar a presença de atitudes populares que ameacem valores constitucionais relevantes. Os autores identificam “formas institucionais diferenciadas” nas quais o poder Legislativo e Judiciário se engajam em um diálogo com a cultura constitucional da nação. A Corte possui um papel institucionalmente específico direcionado à efetivação dos direitos em casos concretos, enquanto o Legislativo possui a competência institucional específica direcionada à responsividade democrática. Os autores teorizam sobre um diálogo amplo com a cultura constitucional da nação, ao invés de focarem, exclusivamente, nos aspectos institucionais.<sup>52</sup> O modelo de interpretação

<sup>43</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 41, p. 70, 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>44</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

<sup>45</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 70.

<sup>46</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 77-78

<sup>47</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 57.

<sup>48</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 64-65

<sup>49</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, Lansing, v. 91, n. 4, p. 670, feb. 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289700?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>50</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, p. 670.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, p. 670.

<sup>52</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, v. 112, p. 1950, Oct. 2003. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/>

policêntrica, proposto pelos autores, permite ao Congresso “articular compreensões populares da Constituição” sem prejudicar ou minimizar “a habilidade das Cortes na efetivação de direitos.”<sup>53</sup>

Nessa perspectiva, Bateup sustenta uma fusão dialógica entre as Teorias do Equilíbrio e da Parceria. A autora reconhece as diferentes habilidades de cada um dos intérpretes da Constituição sem renunciar a um debate público robusto que conglome povo, atores sociais, órgãos e instituições. A autora desenvolve um modo original de solucionar a dificuldade contramajoritária ao pretender que tanto as Cortes como o poder Legislativo assumam perspectivas institucionais singulares, de modo que ambos devam revelar uma abertura para processos de aprendizagem estabelecidos com base em suas diversas perspectivas.<sup>54</sup>

Diante do exposto, sustenta-se uma fusão dialógica contra-hegemônica específica de países periféricos que passam por processos de desdemocratização a qual articula tanto os *insights* conceituais das Teorias da Parceria, do Equilíbrio e da Teoria da Democracia de Fraser. Como assevera Bateup, a vantagem de incorporar uma Teoria do Equilíbrio, tal como o *Constitucionalismo Democrático*, consiste no fato de pressupor um Poder Judiciário como promotor de um debate amplo na sociedade sobre sentidos constitucionais.<sup>55</sup>

O *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* estimula a atuação dialógica de cada um dos poderes na interpretação constitucional, estabelecendo processos de aprendizagem à luz de suas *expertises* específicas e incentiva o engajamento de instituições, movimentos sociais e povo na interpretação da Constituição, de modo que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário devem manter uma abertura institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais.

O resultado é que as Cortes podem redimensionar suas decisões, modificando as ferramentas discursivas empregadas em seus julgados a partir das contribuições e perspectivas contra-hegemônicas dos movimentos sociais. Para compreender tal desafio, a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia consiste no substrato teórico fundamental.

## 4.2 A releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia

A concepção gramsciana de hegemonia possui recursos teóricos relevantes para o tema da linguagem dos movimentos sociais. A partir do pensamento de Gramsci, há uma evolução teórico-conceitual, precisamente porque o conceito de ideologia passa a ser interpretado como “prática social viva e habitual.”<sup>56</sup> Nas considerações de Gramsci, a ideia de hegemonia do proletariado não pressupõe a cooptação das massas no aparelho do Estado, mas sintetiza um processo democrático e pedagógico que potencializa o engajamento 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; 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.”<sup>57</sup>

Em face de uma abertura conceitual, inúmeros conceitos gramscianos, estabelecidos nos *Cadernos*, foram submetidos a uma releitura por diversas correntes teóricas que incorporaram seus sentidos diferentemente daqueles originários concebidos por Gramsci. A Antropologia estabeleceu uma releitura inovadora do conceito de grupos subalternos por meio de uma estratégia teórica de análise dos estudos da cultura popular.

---

legislative-constitutionalism-and-section-five-power-policentric-interpretation-of-the-family-and-medical-leave-act. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>53</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, p. 2059.

<sup>54</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 76-84.

<sup>55</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 77.

<sup>56</sup> EAGLETON, Terry. Ideologia: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 1997, p. 115.

<sup>57</sup> GRAMSCI, Antonio. Cadernos do Cárcere. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. v.1. p. 388.

Dentre os autores que se destacam, elenca-se De Martino<sup>58</sup>, que estabeleceu estudos sobre as classes subalternas e sobre o folclore do Sul da Itália, investigações que potencializaram o debate teórico até a década de 1970. A vertente culturalista, estabelecida com base nas contribuições dos *Cultural Studies*, tornou mais ampla o âmbito de análise teórica dos grupos subalternos. Nesse sentido, são fundamentais as contribuições de Willians<sup>59</sup> e Thompson.<sup>60</sup> Sob esse prisma, essas classes subalternas somente poderiam superar a subalternidade quando se engajassem na disputa pela hegemonia.

Analisando historicamente o capitalismo italiano, Gramsci sustenta um projeto revolucionário anticapitalista e antifascista que parte de uma aliança emancipatória operário-camponesa. Portanto, a totalidade do espectro de classes subalternas seria articulada pela classe operária na desconstrução das bases hegemônicas do capitalismo. Era crucial a modificação de suas culturas fragmentadas, que impactavam o folclore e a religião por meio da elevação intelectual das massas, motivando uma cultura e uma hegemonia renovadas, constitutivas desse bloco histórico. Essa frente de articulação pressupunha a luta pela hegemonia no contexto das forças revolucionárias, destacando-se o papel dos intelectuais e da cultura.

Com efeito, Fraser realiza uma releitura das contribuições teóricas de Gramsci, Habermas e Foucault para esboçar uma *política de interpretação das necessidades* nas sociedades de capitalismo tardio com Estado de bem-estar social. O objetivo é delinear uma conexão teórica entre as categorias de discurso (Habermas), poder (Foucault) e hegemonia (Gramsci). A autora feminista não pretende analisar uma concepção essencialista de necessidade, mas diagnosticar os embates discursivos hegemônicos e contra-hegemônicos em torno da definição e interpretação das necessidades estabelecidas por atores sociais e instituições oficiais e da luta pela implementação das necessidades, o que remete à atuação da burocracia estatal. Verifica-se um embate político-discursivo em torno da definição, da interpretação e da satisfação das necessidades.<sup>61</sup>

Em síntese, Gramsci esboça um conceito multidimensional de sociedade civil que objetiva empurrar barreiras coercitivas do Estado com a pretensão de estabelecer uma contra-hegemonia em direção ao socialismo. Gramsci diagnostica que a conquista da hegemonia pelo proletariado pressupõe um caminho diverso dos mecanismos coercitivos de poder mobilizados pela hegemonia burguesa:<sup>62</sup>

Nesse sentido, a sociedade civil não é um momento transitório para se chegar ao Estado — a etapa maior da realização humana e social — nem o mundo exclusivo da burguesia. Mas representa também o espaço decisivo onde as classes trabalhadoras podem aprender a travar lutas em diversas frentes para neutralizar as raízes de poder da classe dominante e promover a emancipação sociopolítica das massas populares, universalizando concretamente os valores da liberdade, da responsabilidade e da participação, a tal ponto de tornar obsoleta a função do Estado.<sup>63</sup>

Ao ensejo, sustenta-se que, em Gramsci, a hegemonia das classes subalternas e das massas proletárias pressupõe uma democracia robusta capaz de ensejar uma modificação substancial na superestrutura estabelecida a partir da socialização do poder, incrementando a capacidade e potencial intelectual das massas. Assim, “as classes subalternas podem tornar-se protagonistas do processo histórico. Essa transformação moral das massas pressupõe uma hegemonia renovada estabelecida pela participação política e democrática das classes subalternas.”<sup>64</sup>

<sup>58</sup> DE MARTINO, Ernesto. Postille a Gramsci e Gramsci e il Folklore. *Ricerca Folklorica*, n. 25, aprile, 1992, p. 73-79.

<sup>59</sup> WILLIAMS, Raymond. *Culture and society-1780-1950*. Harmondsworth: Penguin Books, 1958; WILLIAMS, Raymond. *Marxismo e literatura*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

<sup>60</sup> THOMPSON, E.P. *A formação de classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>61</sup> FRASER, Nancy. *Struggle over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture*, p. 161-187.

<sup>62</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 388.

<sup>63</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 131.

<sup>64</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 103. 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”.

Outrossim, a hegemonia não representa 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.”<sup>65</sup> Gramsci teoriza um conceito de hegemonia por meio de uma interpretação democrática e socializadora, reiterando que as classes subalternas, ao serem conduzidas e tornarem-se efetivamente Estado, não manifestarão uma tendência direcionada a processos de dominação, instituindo uma forma inovadora de realização da política a partir da gestão democrática do poder.<sup>66</sup>

Na perspectiva de Gramsci, o “senso comum” sintetiza um processo de introjeção das relações sociais de subordinação pelas classes subalternas, que não se tornam passíveis de problematização. Nas ponderações de Luis Felipe Miguel, em Gramsci, “o bom senso abre uma brecha para que o aprendizado permitido pela própria experiência conteste o senso comum aprendido”.<sup>67</sup> No entanto, o problema fundamental consiste na indagação: qual o papel da cultura no processo de introjeção das relações de estratificação social e de dominação das classes subalternas?

Com base nessas considerações, Fraser estabelece uma contraposição entre o discurso hegemônico de interpretação das necessidades estabelecido pelas instituições oficiais, burocratas e grupos de interesse ao discurso contestatório e contra-hegemônico reivindicado pelos movimentos sociais no âmbito dos denominados contrapúblicos subalternos. Fraser reitera que o embate político-discursivo dos movimentos sociais contestatórios não objetiva somente a implementação de políticas públicas ou a aprovação de leis estabelecidas pelas instituições oficiais, mas uma profunda alteração cultural e efetiva modificação das “concepções de mundo”, assim como uma modificação dos discursos hegemônicos sobre “interpretação das necessidades.”<sup>68</sup>

A articulação conceitual entre Gramsci e Habermas perpassa pela análise da jovem Fraser quando ela se refere a um conjunto de assimetrias delineadas entre os agentes que estabelecem consensos discursivos. Essa articulação desvela-se evidente em nota de rodapé do artigo, “Rethinking the Public Sphere – A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, quando a autora tece uma aproximação inequívoca entre o conceito habermasiano de “esfera pública” e o conceito gramsciano de “senso comum:”

A esfera pública produz consenso pela circulação de discursos que constroem o senso comum do dia e representam a ordem existente como natural e/ou apenas, mas não simplesmente, uma armadilha imposta. Ainda, a esfera pública em sua forma madura inclui participação e representação suficientes de interesses múltiplos que permitem a muitas pessoas, na maioria das vezes, se reconhecerem a si próprias nesses discursos.<sup>69</sup>

A teoria 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 ferramentas discursivas em suas decisões que reflitam uma sensibilidade jurídico-institucional ao idioma político dos movimentos sociais inscrito nos discursos contra-hegemônicos de interpretação das necessidades.

#### 4.3 A categoria dos contrapúblicos interpretativos

É bastante conhecido o fato de a década de 1960 ter sido perpassada pela emergência de movimentos que reivindicavam transformações em diversos países do mundo. Essa onda de protestos, que surgiu a partir de eventos históricos como a Luta pelos Direitos Cívicos, a Guerra do Vietnã, o Maio de 68 em Paris, trazia um problema teórico para muitos autores na medida em que tais eventos não poderiam ser elucidados a partir

<sup>65</sup> BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 475, dez. 2009.

<sup>66</sup> SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 91.

<sup>67</sup> MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 77.

<sup>68</sup> FRASER, Nancy. *Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture*, p. 161-187.

<sup>69</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 78.

da Teoria da Revolução Marxista. Consoante Alonso, esses movimentos não reivindicavam a tomada do poder estatal e nem eram vinculados a uma classe, pois traziam como pautas as questões raciais, de gênero e ambientais. Eram movimentos solidários que não se enquadravam nos dois modelos teóricos vigentes: marxismo e funcionalismo.<sup>70</sup>

Diante da necessidade de renovação teórica, as teorias passaram a estabelecer novos âmbitos e marcos conceituais de investigação, criando-se um conceito teórico inovador — mas também vago — no intuito de delimitar o fenômeno: os movimentos sociais. Surgem, nos anos 1970 e 1980, três teorias que explicam a organização dos movimentos sociais. A primeira teoria seria a Teoria da Mobilização de Recursos (TMR), que afirma a centralidade do processo de mobilização (e não nas razões). A ação coletiva operacionalizada por meio recursos humanos. “A explicação privilegia a racionalidade e a organização e nega relevo a ideologias e valores na conformação das mobilizações coletivas.”<sup>71</sup>

Para Alonso, a Teoria do Processo Político (TPP) e a Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS) surgem a partir do esgotamento de paradigmas marxistas, dos diagnósticos baseados no determinismo econômico e da idealização do proletariado como sujeito histórico. O Maio de 1968, na França, produziu reflexos muito diversos no Brasil e na Argentina, em razão do contexto político específico desses países. No Brasil, o embate político era mais direcionado à ditadura militar, e o movimento sindical era forte. Nos anos 1970 e parte dos anos 1980, surgem, na América Latina, os denominados “novos movimentos sociais”. Como elucida Gohn, “foram movimentos organizados em periferias urbanas articulados com pastorais cristãs e intelectuais engajados na luta contra o regime militar.”<sup>72</sup> Esses movimentos se diferenciavam dos movimentos afrodescendentes, de mulheres e indígenas. Nessa fase, os principais teóricos dos movimentos sociais eram Melucci, Touraine, Castells.

Nas palavras de Alonso, as duas teorias “constroem explicações macro-históricas que repelem a economia como chave explicativa e combinam política e cultura na explicação dos movimentos sociais.”<sup>73</sup> A seu turno, Gohn esclarece que a Teoria do Processo Político (TPP), ou teoria da mobilização política institucional, foca nos “repertórios de grupos e de indivíduos e suas articulações com aspectos macro, devido a certas estruturas de oportunidades políticas existentes em dados contextos.”<sup>74</sup>

Em suma, a articulação de repertórios e estruturas de oportunidades políticas oportuniza que pautas ganhem visibilidade pública. Já a Teoria da Mobilização dos Recursos (TMR) reivindica como requisito a denominada “estrutura de mobilização.” Nas reflexões de Alonso, “a mobilização é então o processo pelo qual um grupo cria solidariedade e adquire controle coletivo sobre os recursos necessários para sua ação.”<sup>75</sup>

Na década de 1980, os estudos sobre movimentos sociais focam os movimentos emancipatórios (índios, indígenas, negros, mulheres), nas lutas populares urbanas e nas lutas pela terra.<sup>76</sup> Os autores das Teorias dos Novos Movimentos Sociais se contrapõem ao marxismo ortodoxo com a singularidade de estabelecer uma interpretação cultural dos movimentos sociais.<sup>77</sup> Essa abordagem afirma os aspectos culturais e identitários dos participantes cuja centralidade conduz ao aprendizado nas lutas e embates.<sup>78</sup>

Especificamente em relação à temática LGBTQI+, Fachini pontua que o surgimento do Movimento Homossexual Brasileiro marca a denominada “Primeira Onda” (1978-1983) com a criação do grupo *Somos*

<sup>70</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 50, 2009.

<sup>71</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 53.

<sup>72</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 84, set./dez, 2014. p. 84.

<sup>73</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 54, 2009.

<sup>74</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 69.

<sup>75</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 55.

<sup>76</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 85.

<sup>77</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 59.

<sup>78</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 70.

e do *Jornal Lâmpião na Esquina*. A questão fundamental era o embate político direcionado contra a ditadura e o regime militar, o que motivava certas divisões internas no movimento.<sup>79</sup>

No final da década de 1980, surge a fase de organização dos movimentos na América Latina, assumindo especial ênfase os movimentos identitários. A Constituição de 1988 reconheceu um rol de direitos para mulheres, povos indígenas, crianças e adolescentes e idosos.<sup>80</sup> Nesse cenário, a “Segunda Onda” (1984-1991) do Movimento LGBTQI+ é perpassada pela explosão da epidemia HIV e pela luta contra despatologização. É de se mencionar que o *Grupo Triângulo Rosa* e o *Grupo Gay da Bahia* propuseram a inclusão de um dispositivo que consagrava a não discriminação por orientação sexual no texto constitucional de 1988.<sup>81</sup>

Nos anos 1990, nos Estados Unidos e na Europa, tendo em vista que os movimentos sociais se burocratizam, estes são cooptados pela lógica sistêmica do Estado, levando atores importantes a atuar segundo a lógica institucional; novamente a teoria se adapta à realidade e entra em cena no debate acadêmico um conceito fundamental: a ideia de sociedade civil. O potencial de inovação deixa de se vincular aos atores sociais e se situa nesse *locus*. Destacam-se autores como Melucci<sup>82</sup> e Touraine.<sup>83</sup> As contribuições de Touraine tiveram impacto fundamental no cenário acadêmico da América Latina e no Brasil na década de 1990.

Scheren-Warren postula que, embora frequentemente a sociedade civil seja equiparada a terceiro setor, isso não é pertinente. A autora assevera que a sociedade civil congloba o terceiro setor, mas também contempla a deliberação popular em sentido amplo, que tenciona políticas sociais e públicas por meio de protestos, manifestações e pressões de natureza política.<sup>84</sup> Gohn reitera que, com a consolidação da democracia nos anos 1990, um novo sujeito ganha relevância no âmbito dos movimentos sociais: os sem-terra, surgindo também os movimentos antiglobalização a partir dos anos 2000.<sup>85</sup>

Especificamente no que concerne ao Movimento LGBTQI+, na “Terceira Onda” (1992-2005), precisamente no início dos anos 2000, o Movimento se articula com o Poder Executivo Federal para criação e formulação de políticas públicas em direitos humanos e não somente na área de saúde. As principais reivindicações no Parlamento são a parceria civil, a identidade trans e a criminalização da homofobia.<sup>86</sup> A partir de 2006, com o surgimento da “Quarta Onda” (2006-2016), surgem perspectivas políticas que defendem identidades pós-modernas, potencializadas pelas Teorias *Queer* e Pós-Coloniais.<sup>87</sup>

Após a crise financeira de 2008, assume relevância o surgimento de diversos movimentos e protestos promovidos pelos “indignados” em diversos países, de modo que parte da população volta às ruas para protestar. Dois atributos marcam o movimento dos “indignados”: o ativismo dos jovens e a mobilização de novas tecnologias. Destacam-se as revolta em Portugal e Espanha. No Oriente Médio, países como Tunísia, Egito, Turquia são atingidos pela Primavera Árabe. O Movimento Occupy atinge diversos países do mundo. Surge uma onda de manifestações na França, Inglaterra, Estados Unidos e Venezuela. Consoante Gohn, esses protestos são contra políticos, políticas, defesa do meio ambiente, marcha de mulheres, contrapondo-se ou defendendo o Brexit.<sup>88</sup> No Brasil, destacam-se as manifestações de junho de 2013, refletindo movimen-

<sup>79</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 93-101.

<sup>80</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p.69.

<sup>81</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*, p. 102-118.

<sup>82</sup> MELUCCI, Alberto. *Nomads of the present: social movements and individual needs in contemporary society*. Philadelphia: Temple University Press, 1989.

<sup>83</sup> TOURAINE, Alain. Os novos conflitos sociais-para evitar mal-entendidos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 5-18, 1989.

<sup>84</sup> SCHERER-WARREN. Das Mobilizações às redes de movimentos sociais. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 110, 2006.

<sup>85</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 86.

<sup>86</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*, p. 119-148.

<sup>87</sup> PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 4, n. 1, p. 124, 2016. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/307>. Acesso em: 1 jan. 2020.

<sup>88</sup> GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil: da década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013*. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 109.

tos que protestam contra “políticas sociais vigentes nas áreas dos transportes, educação, saúde, prioridade dada aos gastos com a Copa do Mundo, entre outros motivos.”<sup>89</sup>

De fato, em 2016, o golpe midiático-parlamentar inviabilizou e encerrou as possibilidades de diálogo entre o Governo atual e os movimentos feministas, o movimento negro e o LGBTQI+, findando um período marcado por alguns impasses políticos, mas também por uma série de conquistas históricas fundamentais direcionadas aos movimentos sociais — especialmente durante o Governo Lula. Em relação à produção acadêmica, o século XXI é marcado por abordagens descoloniais e pela proposta relacional, a qual parte de investigações teóricas sobre redes e cyberativismo, ou seja, estudos a respeito do papel das redes e mídias sociais. Por fim, a abordagem da Teoria Crítica a respeito dos movimentos sociais procura conectar deliberação com outros eixos de justiça: reconhecimento e redistribuição.

Desse modo, os embates políticos estabelecidos pelos movimentos sociais na luta pela contra-hegemonia surgem no plano da deliberação democrática, tematizando questões como aborto, meio ambiente, gênero, direitos LGBTQI+, direito à saúde. Mas essas lutas político-discursivas também emergem no âmbito de disputas interpretativas em torno de significados constitucionais. Sob esse prisma, Siegel e Balkin sublinham que “a contestação política desempenha um importante papel em moldar compreensões sobre o significado e a aplicação de princípios constitucionais.”<sup>90</sup> Portanto, movimentos sociais ajudam a mudar o ambiente normativo no qual princípios constitucionais são aplicados.

De fato, Post e Siegel, não teorizaram sobre o elemento da contra-hegemonia, assim como Fraser não aborda as assimetrias específicas do processo de interpretação constitucional. A categoria dos contrapúblicos interpretativos, pressuposta pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, complementa conceitualmente a contribuição de Post e Siegel, pois, ao pressupor que as mobilizações dos movimentos sociais em torno de disputas sobre sentidos constitucionais se realizam em múltiplos públicos contra-hegemônicos interpretativos, tem como pretensão normativa a desconstrução dos pressupostos hegemônicos que perpetuam mecanismos de estratificação social e processos linguísticos de subalternização textual de minorias presentes nos votos dos ministros do STF. Este é um desafio que somente pode ser superado pela incorporação da categoria dos contrapúblicos interpretativos no debate constitucional e pela mobilização de ferramentas discursivas juridicamente sensíveis ao idioma desses grupos subalternizados.

Não obstante, como ter certeza de que a atuação do STF não seja pautada pelo “clamor público?” Propugna-se, como aspecto central, a investigação específica das assimetrias de poder que perpassam pelos processos interpretativos da Constituição, evitando o fenômeno denominado por Cattoni como verdadeiras tentativas de “fraude à Constituição.”<sup>91</sup>

A temática é fundamental, pois, em diversos episódios políticos recentes da história político-jurídica brasileira, surgiram tentativas nefastas de “fraude à Constituição.”<sup>92</sup> Nas considerações de Cattoni, apesar dos profundos embates interpretativos sobre “o sentido *de e da* Constituição”, é fundamental realizar “as devidas ressalvas genealógicas e estarmos atentos para o risco, sempre presente, de uma situação que possa ser caracterizada como um caso de abuso de direito ou de tentativa de se lançar a Constituição contra a própria Constituição”, ou seja, “um verdadeiro caso de fraude à Constituição.”<sup>93</sup>

Sob esse aspecto, discursos interpretativos cujos conteúdos sintetizam contextos de efetiva “fraude à Constituição” somente podem ser identificados com clareza a partir de um elemento político fundamental: a contra-hegemonia. Por essa razão, a defesa da centralidade dos contrapúblicos interpretativos como o *locus* onde florescem discursos contra-hegemônicos pautados por princípios.

<sup>89</sup> GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil*, p. 123.

<sup>90</sup> BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices, and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 154, p. 928, 2006. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol154/iss4/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3/). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>91</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

<sup>92</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, p. 111.

<sup>93</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, p. 111.

A atuação dinâmica e contra-hegemônica dos movimentos sociais em esferas públicas transversais (contrapúblicos subalternos) sintetiza um importante mecanismo de controle social, não apenas por se direcionarem ao enfrentamento da violência estrutural contra essas minorias sexuais dissidentes (viabilizando canais de denúncia), mas também por viabilizarem a reivindicação de políticas públicas específicas (nas áreas de saúde e educação). Já os contrapúblicos interpretativos oportunizam o controle da estratégia linguístico-discursiva das decisões do STF que efetivam seus direitos fundamentais.

Passa-se à análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso à luz do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

## 5 Síntese dos votos dos ministros e análise da estratégia linguístico-discursiva no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADO 26 e do MI 4733

No julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, a mora legislativa na criminalização da homofobia e da transfobia foi reconhecida pelo STF, por 10 votos a 1. E, por 8 votos a 3, o plenário reconheceu que o artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 (Brasil, 1989) possui aplicabilidade à homofobia e à transfobia, permanecendo vencidos os Ministros Lewandowski, Dias Toffoli e o ex-Ministro Marco Aurélio.<sup>94</sup> Em seguida, tem-se uma síntese dos votos.

### 5.1 Resumo dos votos dos ministros na ADO 26 e no MI 4733

No julgamento da ADO 26 e do MI 4733, a divergência do Ministro Lewandowski incidiu especificamente no que concerne ao enquadramento das condutas homotransfóbicas à Lei n.º 7.716/89, mas declarou a mora legislativa sem fixação de prazo, sendo acompanhado pelo ministro Dias Toffoli. O ex-Ministro Marco Aurélio não somente considerou inadmissível o Mandado de Injunção 4733, refutando-o via inadequada, mas também não afirmou a omissão legislativa, reconhecendo, ainda, a necessidade de resguardar a reserva legal penal e o princípio da separação de poderes.<sup>95</sup>

Após a aposentadoria do ex-Ministro Celso de Mello, foram ajuizados embargos de declaração ao julgamento do STF na ADO 26 pela Advocacia-Geral da União (AGU) em 9 de outubro de 2020.<sup>96</sup> Em 5 de novembro de 2020, há o despacho de substituição que determina o novo relator da ADO 26, assumindo o Ministro Nunes Marques. O pedido dos embargos de declaração à ADO 26 defendeu que as hipóteses de exclusão da ilicitude concernentes à criminalização da homofobia, as quais, atualmente, se restringem ao exercício da liberdade religiosa, fossem objeto de ampliação para abarcar todas as manifestações de liberdade de expressão.

Os embargos de declaração reivindicam: a) contradição interna do acórdão proveniente do julgamento da ADO 26 e do ADI 4733, pois, de um lado, o julgamento sustenta a postura omissiva e inconstitucional do Congresso Nacional, ao mesmo tempo em que propõe uma abrangência na interpretação da Lei Antirracismo<sup>97</sup> capaz de conglobar a homotransfobia como espécie de racismo social; b) necessidade de tornar

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>96</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf>>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>97</sup> BRASIL. *Lei n.º 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 01 jan. 2019.

claro o tratamento jurídico destinado à liberdade religiosa; c) necessidade de explicitar o caráter legítimo do controle de acesso dos espaços de convivência pública (banheiros, vestiários e transporte público) sob o fundamento de resguardar o direito à intimidade.<sup>98</sup>

Os embargos de declaração ajuizados pela AGU aduzem: “Assim como a reflexão relativa a hábitos de sexualidade predominante deve ser garantida, também é necessário assegurar liberdade para a consideração de morais sexuais alternativas, sem receio de que tais manifestações sejam entendidas como incitação à discriminação.”<sup>99</sup> Postula que negar acolhimento a indivíduo cuja conduta venha a ser interpretada como “gravemente inadequada” a certa filosofia religiosa não deveria, em princípio, ser enquadrada como racismo, mas como manifestação do exercício da liberdade religiosa.

O pedido da AGU diverge da criminalização da “divulgação - seja em meios acadêmicos, midiáticos e profissionais - de toda e qualquer ponderação acerca dos modos de exercício da sexualidade.”<sup>100</sup> Por fim, reitera que as compreensões religiosas não deveriam ser tipificadas aprioristicamente como expressões de racismo. Todavia, no julgamento da ADO 26, o STF já tinha conferido tratamento constitucional ao tema da liberdade religiosa, que, de acordo com a Corte, deveria ser respeitada no contexto confessional, desde que descaracterizada a manifestação de discurso de ódio. Feitas essas considerações, o item seguinte trata das tendências discursivas que perpassam o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

## 5.2 Tendências discursivas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733

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. O ministro salienta que, nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional passou a ser interpretada no meio acadêmico como *judicial review*, a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade abarca, em princípio, a invalidação da norma e, portanto, reflete a denominada atuação contramajoritária.<sup>101</sup>

De um lado, analisando o caso Rodney King, Amy Gutman ressalta relativamente as decisões das Cortes que tal caso reforça a tese de que “o multiculturalismo daqueles que deliberam resulta normalmente em uma indispensável ajuda para que se produza uma deliberação adequada, quando o que está em jogo são questões de justiça social.”<sup>102</sup>

De outro lado, Gargarella pondera que a estratégia de inclusão de representantes das minorias nas Cortes enfrenta dificuldades e não garante que direitos de minorias vulneráveis sejam realizados. Reitera que os interesses das pessoas negras, dos homossexuais, das mulheres não são internamente homogêneos.<sup>103</sup> Institutos como audiências públicas e *amicus curiae* podem ser um primeiro passo para estabelecer uma interação dialógica entre o STF e movimentos sociais, propiciando a atuação da Corte baseada em argumentos pautados em razões públicas.

<sup>98</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>99</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>100</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 2208.

<sup>102</sup> GUTMAN, Amy. The challenge of multiculturalism in Political Ethics, p. 205.

<sup>103</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramajoritario del poder judicial*, p. 203.

Em face dessa leitura, para efetivar de modo mais realista os direitos das minorias, oportunizando que as diversas entidades que representam um movimento social tenham voz e possam ser ouvidas, seria fundamental aprofundar a representatividade interseccional viabilizada pela porosidade institucional da Corte ao vocabulário político dos movimentos sociais.

Nesse ponto, analisando o tema do ativismo e da judicialização, o Ministro Luís Roberto Barroso assinala que, quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as decisões políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não há margem a dúvida razoável que essa decisão política violou a Constituição. Conclui que, quando o Congresso não atua em situações que havia mandamento constitucional para que atuasse, o papel do STF se amplia para efetivar a Constituição.<sup>104</sup>

O Ministro resume que a regra geral é a autocontenção, deixando maior espaço possível para atuação do legislador, que representa o povo. O papel contramajoritário da jurisdição constitucional alcança legitimidade com base em dois fundamentos:

- a) proteção dos direitos fundamentais, que não devem ser violados pela deliberação democrática;
- b) garantia das regras do jogo democrático e das condições procedimentais que viabilizam a participação dos cidadãos.

Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso postula, ainda, que esse papel contramajoritário será acrescido — ou não — por uma dimensão representativa ou iluminista. Em suma, a democracia congloba três dimensões: representativa (votos), constitucional (respeito aos direitos fundamentais) e deliberativa (exercício público da razão). 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 a decisão do STF que julgou inconstitucional o financiamento privado de campanhas eleitorais.

Nessa perspectiva, o “papel iluminista” pressupõe situações excepcionais nas quais devem as cortes constitucionais se pautar 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”.<sup>105</sup> 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 do ministro Barroso, por exemplo, não foi operacionalizada pelo processo político majoritário.<sup>106</sup>

A estratégia argumentativa do voto do ministro Barroso, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, ratificou a defesa do conceito político-social de raça desprovido de elementos biológicos, o que tinha sido postulado no parecer do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A ADO 26<sup>107</sup> e MI 4733<sup>108</sup> requeriam:

- a) a declaração de mora inconstitucional legislativa na criminalização da homotransfobia;
- b) o estabelecimento de prazo razoável para que o Congresso criasse legislação criminalizando a homofobia e a transfobia;
- c) a atribuição de *interpretação conforme a Constituição* ao artigo 20 da Lei n.º 7.716/89<sup>109</sup> para fazer valer a acepção político-social de racismo, consolidando a homotransfobia como espécie do crime de racismo.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2208.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2208.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>109</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:

Nessa hipótese, o advogado e doutrinador Vecchiatti, subsidiariamente, sustentou em memorial apresentado ao STF que, caso o STF não entendesse ser subsumível homotransfobia no tipo penal de racismo, o STF poderia exercer a função legislativa atípica. Assim, o memorial do advogado Vecchiatti argumentou ser legítima a concessão de mandados de criminalização visando a efetivação de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.<sup>110</sup>

O ex-Ministro relator, Celso de Mello, reconheceu a inconstitucionalidade na omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a tutela penal ou a criminalização da homotransfobia, declarando a omissão legislativa. No entanto, o ministro rejeitou a tese da função legislativa atípica, mas estabeleceu *interpretação conforme a Constituição* à Lei n.º 7.716/89, enquadrando a homofobia e a transfobia como espécies de racismo, até a edição de uma norma autônoma pelo Congresso Nacional.<sup>111</sup>

O memorial de Vecchiatti, apresentado ao STF, propugna que a ADO 26 e MI 4733 objetivam o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional para fins de criminalização da homotransfobia, aduzindo três argumentos: a) o primeiro argumento invocado para embasar o pedido é o princípio da proporcionalidade; b) enquadramento da homotransfobia no tipo de racismo com fundamento no artigo 20 da Lei 7.716/1989<sup>112</sup> em face da acepção político-social de racismo consolidada no STF no HC 82.424<sup>113</sup> por meio de interpretação literal; c) subsidiariamente, com base no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, o enquadramento em discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (orientação sexual e livre identidade de gênero).<sup>114</sup>

Vecchiatti defendeu a interpretação do racismo como dispositivo político-social de poder, que “prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro.”<sup>115</sup> Reiterou que o objetivo do racismo era estabelecer privilégios a um grupo dominante, desumanizando um grupo dominado. Por fim, aduziu que o conceito de racismo social não foi inventado pelo STF, que incorporou o referido conceito político-social de raça a partir das contribuições da literatura negra antirracismo.<sup>116</sup>

Sob esse prisma, o Ministro Barroso reiterou que no caso da ADO 26, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes. Há omissão do Congresso em normatizar a questão da criminalização da homofobia. E existem os seguintes direitos fundamentais sendo violados em razão da omissão do Congresso: liberdade, igualdade, integridade e vida de integrantes da comunidade LGBTQI+.

Entretanto, uma análise global das tendências discursivas empregadas pelo Ministro nos seus diversos julgados proferidos no STF desvela uma aliança teórica entre uma perspectiva conservadora acerca de políticas sociais e trabalhistas e a efetivação dos direitos fundamentais de minorias vulneráveis. Nessa perspectiva, o Ministro Barroso é o principal representante do neoliberalismo progressista no STF. No que concerne à defesa da Democracia, merece ser enaltecida a mensagem do Ministro Barroso no discurso de

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01 jan. 2019.

<sup>110</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular*. São Paulo: Editora Spessoto, 2019. p. 461-462.

<sup>111</sup> 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 fev. 2020.

<sup>112</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424*. Paciente: Ellwanger; Coator: Tribunal de Justiça-RS. Relator: Moreira Alves. Brasília, Data de julgamento, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 1 maio 2019.

<sup>114</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao legislativo: a eficácia jurídica positiva das Ordens Constitucionais de legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular*, p. 461-462.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Parecer de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Brasília, 10 de dezembro de 2018, p. 6.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Memorial de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, p. 6.

posse no Tribunal Superior Eleitoral. O ministro pondera que o STF está sujeito à crítica pública, mas que “o ataque destrutivo às instituições, a pretexto de salvá-las, depurá-las ou expurgá-las, já nos trouxe duas longas ditaduras na República.”<sup>117</sup> No mesmo sentido, as declarações recentes do ministro reiterando que as Forças Armadas têm sido orientadas a desacreditar o processo eleitoral brasileiro são perpassadas por um conteúdo parcialmente democrático que se torna funcional em um contexto político-institucional marcado por processos de desdemocratização.

No entanto, a verdadeira democracia não se compatibiliza com qualquer forma de neoliberalismo, ainda que em sua versão “progressista”. Outrossim, as ferramentas discursivas, mobilizadas pelo ministro na efetivação de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, ainda não desvelam uma plena porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais. Depreende-se que a concepção do “papel iluminista” sintetiza apenas o véu carismático que procura legitimar a estratégia socioeconômica conservadora inerente ao neoliberalismo progressista, tão criticada por Fraser.

Por sua vez, a estratégia de Fraser tenciona não apenas se contrapor ao neoliberalismo reacionário, que levanta bandeiras misóginas e racistas, mas também propugna romper com o feminismo corporativo de elite, típico do neoliberalismo progressista, substituindo-o por um feminismo das classes trabalhadoras — capaz de captar as reivindicações dos(as) trabalhadores, das pobres, das mulheres racializadas, das queer, trans, profissionais do sexo e donas de casa.<sup>118</sup>

Portanto, assumindo tais reflexões da autora, como pretende-se demonstrar, a estratégia linguístico-discursiva invocada no voto do ministro Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 encobre um conjunto de discursos implícitos que refletem estereótipos de gênero intrínsecos ao liberalismo sexual ou ao feminismo corporativo de elite. Tais estereótipos, quando direcionados à membros da comunidade LGBTQI+, revelam “regimes regulatórios de base estatal que normatizam e reforçam a família monogâmica cuja conformidade é o preço da aceitação de gays e lésbicas”.<sup>119</sup>

No que concerne ao julgamento de mérito, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou que qualquer ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos deve ser interpretada como racismo, incidindo a norma penal preexistente. No que se refere à presença de estereótipos de gênero vinculados ao binarismo, o voto do Ministro Barroso na ADO 26/DF<sup>120</sup> mobilizou uma estratégia argumentativa que parte de categorizações binárias, as quais são contestadas pela estrutura deontológica de Fraser.<sup>121</sup>

O binarismo interpreta a definição do sexo como uma realidade verdadeira preexistente e imutável sobre a qual se constroem os gêneros. A concepção binária interpreta a identidade sexual como algo natural, que atribui uma coerência objetiva e científica à teoria da existência de apenas dois sexos, que são teorizados cientificamente pela Medicina e pela Biologia. Parte-se de uma “[...] fundamentação naturalizada da crença de que há dois sexos e somente dois, inexistindo outras possibilidades.”<sup>122</sup>

Outrossim, há uma segunda característica das categorizações binárias atinente à natureza dicotômica da concepção de sexo. Existe uma oposição entre o sexo masculino e o sexo feminino, que sintetizam dois

<sup>117</sup> EM RECADO a ataque de Weintraub, Barroso diz que “educação não pode ser capturada pela mediocridade.” Folha de São Paulo, São Paulo, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/em-recado-a-ataque-de-weintraub-barroso-diz-que-educacao-nao-pode-ser-capturada-pela-mediocridade.shtml>. Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>118</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um Manifesto, p. 71-72.

<sup>119</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um manifesto, p. 71-72.

<sup>120</sup> BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero. *Desafios*, Bogotá, v. 27, n. 2, p. 119, 2015.

polos diferenciados entre si. Se o indivíduo não se encaixa no sexo masculino (homem), inevitavelmente se encaixa no sexo feminino (mulher). Essa interpretação estabelece categorias que são efetivadas por meio de “[...] estereótipos contraditórios que qualificam e classificam a identidade masculina e feminina”.<sup>123</sup> O ministro Barroso parte do determinismo imutável do sexo biológico e da vinculação da concepção de gênero a fatores psicossociais:

Sexo é uma condição física biológica. Gênero diz respeito à “autopercepção do indivíduo ou seu sentimento de pertencimento ao universo masculino, ao universo feminino ou a nenhuma dessas definições tradicionais. Já orientação sexual “está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual.”<sup>124</sup>

Não obstante, nas ponderações de Butler, o próprio sexo biológico é resultado 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”.<sup>125</sup> O sexo biológico também é produto de uma produção discursiva e decorrente de relações de poder.

Na década de 1980, surge o interesse feminista em refletir sobre a construção social das categorias sexo/corpo, potencializando-se como consequência do objetivo da emancipação feminina. O corpo feminino e a sexualidade são concebidos como construções discursivas e sociais suscetíveis de transformação. Fraser compreende a temática do binarismo através da diferenciação entre remédios afirmativos e transformativos. Postula que, embora os remédios afirmativos pretendem reparar a subordinação de gays e lésbicas por meio da valorização da cultura e padrões LGBTQI+, tendem a manter intacto o código homem/mulher, hétero/homossexual.<sup>126</sup>

Os remédios afirmativos são responsáveis pela reificação das identidades e refutam uma autocompreensão das identidades que partem da multiplicidade de identificações. Apenas reparam os “resultados injustos dos arranjos sociais sem modificarem a estrutura social subjacente que os produzem”.<sup>127</sup> A seu turno, os remédios transformativos, ao serem aplicados à esfera do reconhecimento, se contrapõem à reificação e desestabilizam as subordinações de status. As políticas *queer*, por exemplo, propugnam a desconstrução entre heterossexualidade e homossexualidade, contrapondo-se à polarização dos dois status sexuais exclusivos. Eles superam e se opõem às categorizações binárias, tais como branco/negro, homem/mulher, por meio de uma perspectiva que supõe uma complexidade de identificações.

Fraser reitera que o problema fundamental não seria “dissolver toda identidade sexual 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.”<sup>128</sup> Não obstante, o ministro sustenta, na fundamentação da ADO 26/DF, uma estratégia linguístico-discursiva insuscetível de desconstruir categorias binárias e de se opor ao sistema sexo-gênero, distanciando-se da Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser.

Em síntese, sustenta-se que o ministro Luís Roberto Barroso não realizou efetivamente uma abordagem sensível às reivindicações interseccionais, não binárias e contra-hegemônicas que são tematizadas pelo movimento LGBTQI+ e Movimentos Feministas. Sem uma efetiva sensibilidade jurídico-interpretativa do STF

<sup>123</sup> FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de género, p. 119.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>125</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 25.

<sup>126</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the Age of Identity Politics, p. 74.

<sup>127</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the Age of Identity Politics, p. 74.

<sup>128</sup> BUNCHAFT, Maria Eugénia; CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4277: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 2, p. 72, 2016. Disponível em: [http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1054/693](http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1054/693). Acesso em: 2 jan. 2020.

à linguagem inscrita nos embates discursivos contra-hegemônicos dos movimentos sociais, as Cortes — ao romperem com assimetrias — podem recriar novas formas de estratificação social.

## 6 Considerações finais

Indubitavelmente, não propugno negar a tese de acordo com qual o STF desempenhou um papel fundamental no enfrentamento da violência homotransfóbica no que concerne ao debate envolvendo o julgamento do MI 4733/DF<sup>129</sup> e da ADO 26<sup>130</sup>, aplicando a Lei n.º 7.716/1989<sup>131</sup> à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, que culminou na criminalização da homotransfobia. Esse julgado foi objeto de comemoração pela comunidade LGBTQI+, tendo sido considerado uma conquista essencial do movimento, precisamente no que concerne a um aspecto do voto do ex-Ministro Celso de Mello que pressupôs o conceito político-social de raça, tipificando a homotransfobia como mais uma prática segregacionista.<sup>132</sup>

Não obstante, é fundamental refletirmos sobre a possibilidade de avançarmos para além dessa vitória inicial, pois há elementos textuais conclusivos que revelam uma “cegueira” do Ministro Luís Roberto Barroso em relação à temática da desconstrução das categorias binárias, que é uma reivindicação constitutiva da linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

A estratégia do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, enquanto versão específica (em sentido estrito) do *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* adaptada à cultura jurídica de países periféricos de modernidade tardia, 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 desconstrução das estruturas de poder que permeiam os mecanismos de interpretação constitucional.

O *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, partindo da ideia de fusão dialógica contra-hegemônica específica de países como o Brasil, potencializa a atuação dialógica de cada um dos poderes na interpretação da Constituição à luz de suas competências específicas, de modo que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário devem guardar uma abertura ao vocabulário político contestatório dos movimentos sociais. As Cortes devem ser sensíveis aos discursos contra-hegemônicos pautados por princípios, assim como o Poder Legislativo, quando cria políticas públicas e leis, também deve refletir o vocabulário político contestatório dos movimentos sociais.

Em face dessa leitura, pressupondo que o Judiciário não profere nem a primeira nem a última palavra, sustento ser possível potencializar o debate constitucional com os movimentos sociais, atores sociais e Poder Legislativo 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.

Com efeito, incorporando as contribuições de Fraser e demais autoras do *Feminismo para os 99%*, uma análise discursiva pode indicar que a defesa do “papel iluminista do STF” poderia reforçar as práticas normalizadoras da sexualidade vinculadas a uma normatização capitalista decorrentes de correntes políticas do

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*.

<sup>131</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*.

<sup>132</sup> 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, 13 de junho de 2019, p. 1-48. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

neoliberalismo progressista.<sup>133</sup> O resultado desse feminismo corporativo de elite é a presença de estereótipos de gênero que estabelecem categorias binárias — os quais, no caso da ADO 26, perpassam um conjunto de discursos implícitos inerentes ao voto do ministro Luís Roberto Barroso.

Diante do exposto, uma investigação consistente sobre o voto do Ministro Barroso na temática que envolveu a criminalização da homofobia — e que foi suscitada na ADO 26 — confirma a tese de que possivelmente a principal armadilha desta Corte seria a percepção de duas opções políticas fundamentais: a articulação de um privatismo econômico, ou seja, de uma política econômica conservadora que esvazia o papel dos direitos sociais trabalhistas, articulada ao “papel iluminista” do STF, com o objetivo de fornecer o véu carismático que legitima o neoliberalismo progressista, mas com ferramentas discursivas questionáveis.

Corroborar-se a hipótese segundo a qual a estratégia linguístico-discursiva que perpassa o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforça categorias binárias inerentes ao liberalismo sexual decorrente de um neoliberalismo progressista e não descortina efetiva porosidade institucional ao vocabulário político contra-hegemônico dos movimentos sociais, invocado pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*.

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*. 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, interseccionais e não-binários seriam cooptados por vertentes ou correntes políticas do neoliberalismo progressista.

*The linguistic structure of discourse inherent in the vote of Justice Luís Roberto Barroso at Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26 and at Writ of Injunction 4733: an insight in the light of Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism.*

## Referências

- ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 50, p. 49-86, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a03.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices, and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 154, p. 927-950, 2006. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol154/iss4/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3/). Acesso em: 2 jan. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 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 jan. 2019.

<sup>133</sup> ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*, p. 72.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn)thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

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](file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01 jan. 2019.

BRASIL. *Projeto de lei n.º 672/2019, de 2019*. Altera a Lei n.º 7.716/1989, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>. Acesso em: 2 jan. 2020.

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

BRASIL. 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 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424*. Paciente: Ellwanger; Coator: Tribunal de Justiça-RS. Relator: Moreira Alves. Brasília, Data de julgamento, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 1 maio 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 jun. 2019.

BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BÜCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 471-490, dez. 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 jan. 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 jan. 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, v. 18, n. 2, p. 51-84, 2016. Disponível em: [http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1054/693](http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1054/693). Acesso em: 2 jan. 2020.

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, v. 10, n. 1, p. 227-257, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645/4442>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

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

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

EM RECADO a ataque de Weintraub, Barroso diz que “educação não pode ser capturada pela mediocridade.” *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/em-recado-a-ataque-de-weintraub-barroso-diz-que-educacao-nao-pode-ser-capturada-pela-mediocridade.shtml>. Acesso em: 25 maio 2020.

FACHINI, Regina. *Sopa de letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

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

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, Lansing, v. 91, n. 4, p. 670, feb. 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289700?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

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. The Uses and Abuses of French Discourse Theories for Feminist Politics. *Boundary 2*, Durham, v. 17, n. 2, p. 82-101, 1990a.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990b. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/466240?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics. 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 jan. 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*, Londrina, v. 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 jan. 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.

FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump – and Beyond. *American Affairs*, v. 1, n. 4, p. 46-64, winter 2017. Disponível em: <https://americanaffairsjournal.org/2017/11/progressive-neoliberalism-trump-beyond/>. Acesso em 2 de janeiro de 2020.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramajoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2013. p. 9-10.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

GOHN, Maria da Gloria. A produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-103, set./dez 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2014v13n28p79/28928>. Acesso em: 1 jan. 2020.

GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil: da Década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013*. Petrópolis: Vozes, 2019.

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

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

GUTMAN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, Malden, v. 22, n. 3, 1993, p. 171-206. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PRIME-DU143/Amy%20Gutmann.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

- 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.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *O federalista*. Rio de Janeiro: Typmp imp e Const de Villeneuve e Comp, 1840.
- MELUCCI, Alberto. *Nomads of the present: social movements and individual needs in contemporary society*. Philadelphia: Temple University Press, 1989.
- MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. *Os direitos dos quilombolas no STF: uma reflexão à luz do constitucionalismo subalterno*. Notas de aula. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2019.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- 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.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>. Acesso em: 03 fev. 2009.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 112, p. 1950, Oct. 2003. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/legislative-constitutionalism-and-section-five-power-policentric-interpretation-of-the-family-and-medical-leave-act>. Acesso em: 2 jan. 2020.
- PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 4, n. 1, p. 124, 2016. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/307>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- SCHERER-WARREN. Das Mobilizações às redes de movimentos sociais. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 109-130, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v21n1/v21n1a07.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term foreword: equality divided. *Harvard Law Review*, Cambridge, v.127, n. 1, p. 1-94, 2013. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_TheSupremeCourt2012TermForwardEqualityDivided.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_TheSupremeCourt2012TermForwardEqualityDivided.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.
- 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.
- THOMPSON, E.P. *A formação de classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- TOURAINE, Alain. Os novos conflitos sociais-para evitar mal-entendidos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 5-18, 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular*. São Paulo: Editora Spessoto, 2019.

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

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.