

# O CONTROLE JUDICIAL BASEADO EM EVIDÊNCIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E NA FISCALIZAÇÃO DE CONVENCIONALIDADE

## *EVIDENCE-BASED JUDICIAL REVIEW IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY*

José Adércio Leite Sampaio<sup>1</sup>

Recebido em: 15/06/2020  
Aceito em: 03/03/2021

[joseadercio.contato@gmail.com](mailto:joseadercio.contato@gmail.com)

**Resumo:** Segundo a doutrina de controle das evidências legislativas, o legislador, embora investido de legitimidade pelas urnas, não prescinde de apresentar as razões empíricas de suas decisões. Essa doutrina encontra uma firme resistência em consolidada orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido da inexistência de uma obrigação legislativa de apresentar os fundamentos de suas ações. A jurisprudência dos tribunais da jurisdição constitucional e a do controle de convencionalidade, ainda que, em princípio, acolham a orientação tradicional, terminam por analisar muitas vezes os elementos empíricos que embasaram as decisões legislativas, bem como dos formuladores de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Controle judicial com base em evidências. Jurisprudência constitucional comparada. Fiscalização de convencionalidade.

**Abstract:** According to the doctrine of evidence-based judicial review, the legislators, although invested with legitimacy by the ballot box, do not neglect to present the empirical reasons for their decisions. This doctrine finds firm resistance in a consolidated doctrinal and jurisprudential orientation towards the absence of a legislative obligation to present the grounds for its actions. The jurisprudence of the courts of constitutional jurisdiction and the control of conventionality, although, in principle, embrace the traditional orientation, end up analyzing many times the empirical elements that underpin the legislative decisions and those of the formulators of public policies.

**Keywords:** Evidence-based judicial review; Comparative constitutional jurisprudence; Conventionality inspection.

## 1. INTRODUÇÃO

A humanidade tem presenciado a transferência de poderes das instituições deliberativas para as Cortes constitucionais, seja no plano nacional quanto no plano supranacional. Um dos principais aspectos desse movimento tem sido o fenômeno da judicialização da política, que sintetiza a mobilização crescente de tribunais para solucionar problemas de desacordo moral, controvérsias políticas e questões relativas a políticas públicas.

No entanto, nesse processo de expansão da atuação do Poder Judiciário, desvela-se uma profunda tensão entre constitucionalismo e democracia. Nesse ponto, o Constitucionalismo contemporâneo pretende estabelecer procedimentos capazes de impedir que sistemas eleitorais e elites dominantes imponham restrições à vontade majoritária ou que plebiscitos produzam resultados que impliquem em restrições a direitos de minorias vulneráveis, descaracterizando o uso público da razão. Se a democracia significa soberania popular e autogoverno democrático na resolução de questões políticas fundamentais, o Constitucionalismo determina limites à primeira. De fato,

<sup>1</sup> Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas – Belo horizonte – Minas Gerais - Brasil

determinadas matérias abarcadas pela Constituição - pressupostos procedimentais da democracia e princípios substantivos - devem se situar fora do alcance da deliberação democrática.

O tema do presente artigo é a análise de um caso emblemático que reflete a denominada tensão entre constitucionalismo e democracia foi o julgamento da ADO 26 (BRASIL, 2019a), proposta pelo Partido Popular Socialista e do Mandado de Injunção 4733/DF, apresentado pela ABGLT- Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, os quais foram propostos contra o Congresso. No MI 4733/DF (BRASIL, 2019d), o STF, por maioria, julga a procedência do mandado de injunção, afirmando a mora inconstitucional do Congresso e aplicando com efeitos prospectivos a Lei n.º 7.716/89. (BRASIL, 1989).

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar a estrutura linguístico-discursiva especificamente do voto do ex-ministro Celso de Mello à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico.

Sustentam-se os seguintes objetivos específicos:

a) contextualizar brevemente a teoria do Constitucionalismo Democrático por meio da prévia delimitação conceitual de temas como ativismo judicial, judicialização das relações sociais e da política, monopólio judicial e supremacia judicial;

b) analisar os fatos, a história processual e o direito envolvido na ADO 26 e no MI 4733;

c) estudar os pressupostos do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico;

d) investigar a possível presença de categorias binárias no voto do ministro Celso de Mello à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico.

Os principais problemas enfrentados pelo presente trabalho consistem nos questionamentos:

a) em que medida a estrutura linguístico-discursiva empregada no voto do ex-ministro, Celso de Mello, na ADO 26 (BRASIL, 2019b) descortina (ou não) a efetiva sensibilidade jurídico-institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais invocada pelo Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico?

b) como esta teoria pode (ou não) atenuar o confronto institucional entre os poderes que envolveu o referido julgamento?

Com efeito, sustentam-se as seguintes hipóteses provisórias:

a) assumindo os pressupostos do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico, a estrutura linguístico-discursiva mobilizada no voto do ex-ministro Celso de Mello não revela uma plena porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico de minorias sexuais dissidentes tendo em vista a existência de categorias binárias - o que poderá ser corroborado ou não ao longo do trabalho.

b) a proposta do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico, ao promover uma articulação conceitual entre as teorias do equilíbrio, da parceria e a teoria democrática de Fraser, pode atenuar o confronto institucional entre os poderes que envolveu o julgamento, intensificando os diálogos constitucionais entre o STF, instituições, atores sociais e os Poderes Executivo e Legislativo à luz de suas expertises específicas, potencializando uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais.

No que concerne à justificativa, o estudo desse caso é relevante, pois revela que, em que pese o STF historicamente tenha assumido seu papel voltado à efetivação de um amplo conjunto de direitos fundamentais de minorias vulneráveis, torna-se fundamental o debate sobre a questão da porosidade institucional do idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais, sendo este estudo inédito nos trabalhos sobre diálogos constitucionais.

A concepção da dificuldade contra-hegemônica do STF, pressuposta pelo Constitucionalismo Contra-Hegemônico, revela-se fundamental para atualizar a tese relativa à dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, consolidada na doutrina, pois pressupõe a necessidade, não apenas de concretização dos direitos de minorias vulneráveis, como também de uma abertura do Judiciário às pautas emancipatórias dos movimentos sociais.

Portanto, esta teoria pode oferecer uma relevante contribuição teórica para atualizar o tema da efetivação dos direitos fundamentais de minorias a partir de um marco teórico que renova as teorias dos diálogos constitucionais por meio da releitura de Fraser sobre o conceito gramsciano de hegemonia. O conceito de hegemonia foi atualizado por Fraser para remeter ao vocabulário dos movimentos sociais, de modo que a autora refere-se à ideia de contra-hegemonia.

A pesquisa congloba o método monográfico. Parte-se da ideia de que “um caso investigado em profundidade, se representativo de muitos outros, pode ter suas conclusões estendidas para casos semelhantes.” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 46).

A pesquisa usa o método histórico-analítico (método de abordagem) de Nancy Fraser, pois historicização abarca uma abordagem pertinente da teoria social, ao viabilizar a investigação do caráter socioestrutural singular e historicamente específico da sociedade capitalista contemporânea. (Fraser, 2009, p. 11-33).

A técnica de pesquisa parte da documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que tratem do marco teórico de Nancy Fraser, Antonio Gramsci e dos doutrinadores que integram o movimento acadêmico denominado Constitucionalismo Democrático (Post e Siegel). Assume relevância uma pesquisa bibliográfica complementar incidente sobre a produção acadêmica de autores que comentam o marco teórico de Nancy Fraser e Antonio Gramsci (com ênfase na ideia de hegemonia).

A pesquisa documental ainda será utilizada para a investigação sobre o voto do ex-ministro Celso de Mello do STF na ADO 26 e no MI 4733. Tais documentos jurídicos - cabe mencionar - encontram-se disponíveis de forma on-line no site do STF. Passa-se a contextualizar a teoria do Constitucionalismo Democrático, proposta por Post e Siegel, à luz de conceitos prévios, tais como ativismo judicial, judicialização e supremacia judicial.

## **2. CONTEXTUALIZANDO O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E SUPREMACIA JUDICIAL**

É premente elucidar alguns conceitos relevantes que oportunizam a compreensão da temática dos diálogos constitucionais e das teorias do Constitucionalismo Democrático e Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. Um dos mais proeminentes autores que tratam do

tema da judicialização da política é Han Hirschl, para o qual a judicialização tem sido tratada de modo superficial e interpretada como decorrência imediata do discurso dos direitos fundamentais. Sob esse prisma, o autor (2009) diferencia três categorias diversas de judicialização:

a) a ampliação de discursos, jargões e procedimentos jurídicos na esfera política e nos processos de formulação de políticas públicas. Trata-se da judicialização das relações sociais, pois questões que eram solucionadas em termos informais, passam a ser regidas por regras e procedimentos jurídicos;

b) a judicialização quanto à definição de políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade das leis (por meio de um conjunto de decisões que envolvem direitos, inclusive no que concerne à justiça processual, bem como sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo) e dos atos da Administração Pública. Nesse último caso, os tribunais buscam a efetivação de garantias como devido processo legal, igualdade de oportunidades e razoabilidade na elaboração de políticas públicas.

c) judicialização da política pura: judicialização do processo eleitoral, garantia judicial de modificações de regime político, judicialização na formação de identidades coletivas. (Hirschl, 2009, p. 139-148).

A seu turno, nas ponderações de Tate, a judicialização da política representa o processo por meio do qual “as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, sobretudo o Legislativo e o Executivo[...]” (TATE, 1995, p. 28).

Em sentido diverso, para 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.” (BARROSO, 2012, p. 6). 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.” (BARROSO, 2012, p. 6).

Na obra Verdade e Consenso, Streck postula 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)”. (STRECK, 2011, p. 589). 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)” (STRECK, 2011, p. 589). Streck (2017) sustenta que a judicialização da política representa um fenômeno contingencial, inerente ao contexto sociopolítico brasileiro.

Streck reitera que o ativismo judicial sempre será nocivo para a democracia, pois advém da subjetividade pessoal dos magistrados e das Cortes. Nas decisões ativistas, a vontade subjetiva do juiz se sobrepõe ao debate político, “seja para efetuar um pretensão ‘avanço’, seja para manter o ‘status quo’”. (STRECK, 2016a, p. 1).

Por fim, há dois outros conceitos relevantes que devem ser mencionados além da judicialização e do ativismo judicial: supremacia judicial e monopólio judicial. Nas ponderações de

Brandão, a supremacia judicial é um *minus* em relação ao monopólio judicial. Este pressupõe que a interpretação constitucional deve ser assumida exclusivamente pelo Poder Judiciário; já a primeira admite que o processo de interpretação constitucional pode ser desempenhado pelos demais poderes, ressalvando que a exegese judicial é a final. (Brandão, 2012, p. 15). Feitas essas considerações, passa-se a investigar os pressupostos da teoria do Constitucionalismo Democrático.

## 2.1 A estratégia do Constitucionalismo Democrático

O Constitucionalismo Democrático objetiva desvendar como os direitos são interpretados em uma sociedade perpassada pelo desacordo moral. A divergência interpretativa representa um pressuposto intrínseco para a evolução do Direito Constitucional, não devendo ser refutado, pois a autoridade da Constituição repousa em sua legitimidade democrática. (Post; Siegel, 2007, p. 373-433). Os tribunais revelam uma sensibilidade às reivindicações dos movimentos sociais, partidos políticos e associações que terminam influenciando os ramos do Poder Público com valores constitucionais. Post e Siegel postulam que o *backlash* expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei. (Post; Siegel, 2007, p. 373-433).

Post e Siegel asseveram que “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.” (BUNCHAFT, LIMBERGER; MOREIRA, 2016, p. 246). Ambos assumem papéis fundamentais na delimitação dos sentidos constitucionais e na efetivação dos direitos fundamentais. A Suprema Corte apenas pode efetivar normas constitucionais, partindo do fato de a interpretação ser consolidada na consciência popular. Em determinados contextos, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade do povo, mesmo em uma sociedade marcada pelo pluralismo. (Post; Siegel, 2013, p. 31-118).

Em contraposição ao Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Democrático não propugna retirar a Constituição dos tribunais e reitera o papel dos direitos fundamentais na legitimação das decisões; o Constitucionalismo Democrático enaltece o papel significativo que o engajamento do público desempenha na legitimação das práticas de *judicial review*.

O Constitucionalismo Democrático não pressupõe a estratégia de avocar o papel de interpretar a Constituição de modo absolutamente sensível aos anseios populares, como pretende, por exemplo, o Constitucionalismo Popular. (Post; Siegel, 2007, p. 373-433). Post e Siegel defendem um modelo constitucional centrado na compreensão dos esforços dos funcionários do governo direcionados ao cumprimento da Constituição em condições de desacordo moral. Em contraposição ao Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Democrático não propugna retirar a Constituição dos tribunais e afirma o papel dos direitos na legitimação das decisões; o Constitucionalismo Democrático enaltece o papel relevante que o envolvimento do público assume na orientação e nas práticas de revisão judicial.

A proposta específica de Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico que proponho 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 (Fraser, 1990b, p. 56-80) 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. Feitas essas considerações, passo a contextualizar os fatos e a história processual da ADO 26.

### 3. FATOS, HISTÓRIA PROCESSUAL E O DIREITO ENVOLVIDO

Em 13 de junho de 2019, termina o julgamento conjunto da ADO 26/DF (Brasil, 2019a), proposta pelo Partido Popular Socialista e do Mandado de Injunção 4733/DF (Brasil, 2019d), apresentado pela ABGLT-Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, os quais foram propostos contra o Congresso.

No que concerne ao direito envolvido, a ADO 26 e o MI 4733 pretendiam:

a) a declaração de mora inconstitucional legislativa na criminalização da homofobia e da transfobia, com fundamento no princípio da proporcionalidade, compreendido na sua dimensão do princípio da vedação da proteção insuficiente;

b) o estabelecimento de prazo razoável para que o Congresso criasse legislação criminalizando a homofobia e a transfobia;

c) a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao artigo 20 da Lei n.º 7.716/89(Brasil, 1989) para fazer valer a acepção político-social de racismo, consolidando a homotransfobia como espécie do crime de racismo, ou, subsidiariamente, sua consideração no mandado de criminalização atinente ao dever de punição de toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Nessa hipótese, o advogado Vecchiatti sustentou que, caso o STF não entendesse ser subsumível no tipo penal de racismo, o STF poderia exercer a função legislativa atípica. Assim, Vecchiatti argumentou ser legítima a concessão de mandados de criminalização visando a efetivação de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.(Vecchiatti, 2019, p. 459).

O STF, por 10 votos a 1, reconheceu a mora legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia. E por 8 votos a 3, o plenário estabeleceu que o artigo 20 da Lei n.º 7.716/89(Brasil, 1989) se aplica à homofobia e à transfobia, vencidos os ministros Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. O ministro Lewandowski abriu divergência no aspecto do enquadramento das condutas homotransfóbicas à Lei de Racismo, mas reconheceu a mora legislativa sem fixação de prazo, sendo acompanhado pelo ministro Dias Toffoli. O ministro Marco Aurélio não apenas inadmitiu o mandado de injunção, considerando-o via inadequada, mas também não reconheceu a omissão legislativa, afirmando, ainda, a necessidade de se observar a reserva legal em matéria penal e o princípio da separação de poderes.

No entanto, a Advocacia-Geral da União (AGU), em 13 de outubro de 2020, ajuizou embargos de declaração ao julgamento do STF na ADO 26 (Brasil, 2019a) após a aposentadoria do ex-ministro Celso de Mello. O pedido contante nos embargos reivindica que as hipóteses de excludentes da ilicitude relativas à criminalização da homofobia, atualmente, se limitam ao exercício da liberdade

religiosa, sejam ampliadas para conglobar todas as manifestações de liberdade de expressão. (Brasil, 2020).

Os embargos de declaração alegam: a) contradição interna do acórdão decorrente do julgamento conjunto, pois, de um lado, defende a omissão inconstitucional do Congresso, ao mesmo tempo em que a interpretação da Lei Antirracismo teria amplitude para conglobar a homotransfobia como espécie de racismo social; b) necessidade de tornar explícito o tratamento destinado à liberdade religiosa; c) necessidade de explicitar a legitimidade do controle de acesso dos espaços de convivência pública (banheiros, vestiários e transporte público) sob o argumento da proteção à intimidade. (Brasil, 2020).

De acordo com os embargos de declaração ajuizados pela AGU, “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.” (BRASIL, 2020, p. 34). Propugna que a recusa de acolhimento a indivíduo cujo comportamento venha a ser concebido como “gravemente inadequado” a certa filosofia religiosa não pode, em princípio, ser tipificada como racismo, mas como expressão do exercício da liberdade religiosa.

O pedido da AGU questiona se a criminalização da “divulgação - seja em meios acadêmicos, midiáticos e profissionais - de toda e qualquer ponderação acerca dos modos de exercício da sexualidade.” (BRASIL, 2020, p. 34). Por fim, ressalva que autocompreensões religiosas não podem ser enquadradas aprioristicamente como manifestações de racismo. No entanto, no julgamento, o STF já tinha previsto a temática da liberdade religiosa, que, segundo a Corte, deveria ser resguardada no contexto confessional, desde que não houvesse caracterização de discurso de ódio. Passa-se a analisar os pressupostos do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico.

#### **4. O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO CONTRA-HEGEMÔNICO**

De início, a fim de demonstrar o caráter dialógico da teoria do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico, é premente considerar que, em relação à ADO 26/DF (Brasil, 2019a), considero absolutamente impertinente o comentário do presidente da Câmara dos Deputados, que foi proferido ao jornal Estadão, no sentido de que “não caberia ao STF criar tipo penal via interpretação”(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..., 2019, p. 1), pois se o Congresso incorre em uma omissão inconstitucional e não legisla, cabe ao STF cumprir o que a Constituição Federal determina, especialmente se a temática envolve direitos fundamentais de minorias.

No entanto, como pretende-se analisar, tal afirmação não significa que o STF deva proferir a última palavra, fechando o debate constitucional. Nesse sentido, a tese dos diálogos constitucionais proposta pelo Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico é fundamental.

##### **4.1. Pressupostos iniciais do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico**

Em 2016, sustentei uma aproximação entre a teoria do Constitucionalismo Democrático e a Teoria da Justiça de Fraser. (Bunchaft, 2016). A partir de 2020, em face de uma nova correlação das forças políticas e de uma modificação político-institucional, esclareço pontos controversos de meu marco teórico e teorizo sobre uma estrutura conceitual mais ampla que representa a teoria do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico, a qual pretende uma articulação entre 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.

A primeira teoria não apenas representa um marco teórico inovador, mas foi estabelecida com o objetivo de verificar se as ferramentas discursivas mobilizadas pelos ministros do STF em seus acórdãos refletem uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais ou se, ao contrário, revelam categorias binárias, silenciamento de opressões interseccionais, autocompreensões essencialistas e outros estereótipos de gênero.

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático-Paritário representa uma das correntes teóricas específicas que integram uma teoria mais abrangente denominada Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. O Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico sintetiza um marco teórico amplo que sustenta o comportamento dialógico dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário à luz de suas competências próprias e assume o engajamento de instituições, movimentos sociais e povo na interpretação constitucional, de modo que os Poderes Políticos e as Cortes devem guardar uma porosidade institucional ao vocabulário político contestatório dos movimentos sociais.

Em 2020, a teoria do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico contempla três elementos:

- a) a defesa de uma fusão dialógica contra-hegemônica que congloba a teoria democrática de Fraser e os aspectos gerais das teorias do equilíbrio e da parceria, que integram o conjunto de teorias dos diálogos institucionais sistematizadas a partir de uma abordagem estrutural. Por sua vez, o Constitucionalismo Democrático-Paritário parte da articulação conceitual entre as contribuições do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel e os elementos conceituais das teorias da parceria à luz da teoria da democracia de Fraser;
- b) o aspecto interpretativo e contra-hegemônico da categoria dos contrapúblicos interpretativos – por meio dos quais movimentos sociais controlam a estrutura linguístico-discursiva das decisões judiciais;
- c) a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia.

Passa-se a investigar a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia.

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

A concepção gramsciana de hegemonia revela-se interessante para Fraser e para o tema da linguagem dos movimentos sociais. A partir das contribuições de Gramsci, há uma evolução teórico-conceitual, especialmente porque a categoria ideologia passa a ser interpretada como “prática social viva e habitual.” (EAGLETON, 1997, p. 115). Nas considerações de Gramsci, a ideia de hegemonia do proletariado não parte da ideia de que as massas serão cooptadas no âmbito do aparelho do

Estado, mas configura um processo socializador, democrático e pedagógico que intensifica a participação 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.” (GRAMSCI, 1999, p. 388).

Diversas categorias e conceitos teóricos estabelecidos nos Cadernos sofrem uma releitura por inúmeros autores que utilizaram seus significados de modo diverso daqueles concebidos por Gramsci. Uma leitura renovada do conceito de grupos subalternos surge no âmbito da antropologia através de uma análise dos estudos da cultura popular.

Dentre os autores mais proeminentes, elenca-se De Martino, que desenvolveu investigações sobre as classes subalternas e sobre o folclore do Sul da Itália, estudos que incrementaram o debate teórico até a década de 1970. (Martino, 1992, p. 73-79). A vertente culturalista decorrente das contribuições dos Cultural Studies tornou mais abrangente o âmbito de discussão teórica dos grupos subalternos. Nesse sentido, fundamentais as contribuições de Williams (1979) e Thompson (1987).

A superação da subalternidade ocorre quando as classes subalternas se engajam na luta pela hegemonia. Investigando o capitalismo italiano, Gramsci defende um projeto revolucionário que se contrapõe ao capitalismo e ao fascismo, desconstruindo suas bases hegemônicas por meio da aliança emancipatória operário-camponesa.

Nos Cadernos 25 e 27, Gramsci descreve os aspectos históricos e culturais dos grupos subalternos. O parágrafo 14 do Caderno 3 é modificado, pois a terminologia “grupos subalternos” substitui a expressão “classes subalternas”, mas a primeira expressão não é eliminada textualmente. O teórico reitera que o movimento de unificação e de articulação política dos grupos subalternos estaria constantemente sendo comprometido pela ação e pela investida política dos grupos dominantes. Assim, “a história dos grupos sociais subalternos é necessariamente episódica e fragmentada.” (GRAMSCI, 2002, p. 125).

Gramsci descreve no parágrafo 2 do Caderno 25 que, “mesmo quando parecem triunfantes, os grupos subalternos estão somente em estado de defesa sob alerta”. (GRAMSCI, 2002, p. 125). São grupos subalternos todos que não se enquadram na categoria de classe propriamente dita, incluindo os intelectuais. Gramsci teoriza que o embate da hegemonia pelo proletariado ultrapassa os mecanismos coercitivos de poder mobilizados pela hegemonia burguesa:

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. (GRAMSCI, 1999, p. 131).

Nesse sentido, o conceito de hegemonia é fundamental para a jovem Fraser (1989), pois Gramsci reitera que a transformação social emancipatória não seria capaz de ser efetivada somente

pela tomada do poder político estatal, abarcando uma perspectiva política mais abrangente que parte da incorporação de novas “concepções de mundo” na cultura política da sociedade. Em seu ensaio *Struggle over Needs*, Fraser postula que certas minorias subalternas com recursos discursivos desiguais desafiam discursivamente a hegemonia cultural de grupos dominantes através de discursos contestatórios contra-hegemônicos com potencial de modificar as “concepções de mundo.” (FRASER, 1989, p. 161-187). Fraser, em passagem elucidativa, sublinha que:

“Hegemonia” é o termo do marxista italiano Antonio Gramsci para a face discursiva do poder. É o poder de estabelecer o senso comum ou a doxa de uma sociedade, ou seja, a base das concepções auto-evidentes da realidade social, normalmente não verbalizadas. A hegemonia, assim, expressa a posição social favorável dos grupos sociais dominantes em relação ao discurso. No entanto, isso não significa que o conjunto de concepções que circulam na sociedade compreende uma teia monolítica e contínua. Pelo contrário, a hegemonia designa um processo em que a autoridade cultural é negociada e disputada. Ela pressupõe que a sociedade contém uma pluralidade de discursos e espaços discursivos, uma pluralidade de posições e perspectivas a partir das quais se exerce a fala. (FRASER, 1990a, p. 85).

Gramsci assinala a centralidade da direção cultural, sendo este o principal elemento de distinção entre os autores, já que Lenin pressupõe uma dimensão política da hegemonia. Gramsci afirma que frequentemente um grupo subordinado pelo grupo dominante se identifica com a “concepção de mundo” deste por meio de um processo de naturalização das relações de subordinação. Para Gramsci, a consciência crítica pressupõe o embate de hegemonias contrapostas no campo da ética e da política.

A evolução da concepção de hegemonia pressupõe “um grande progresso filosófico, já que implica necessariamente uma unidade intelectual e uma ética adequadas a uma concepção do real que superou o senso comum e tornou-se crítica, mesmo que dentro de limites ainda restritos.” (GRAMSCI, 1999, 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”.

Diferentemente do determinismo da II e III Internacional, que sustentava que o desenvolvimento das forças produtivas por si só seria responsável pela superação do capitalismo, Gramsci defendia que a emancipação humana se inauguraria à medida em que o grupo social percebesse sua própria “concepção de mundo.” É nessa perspectiva que a hegemonia dominante atua sobre as classes subalternas, razão pela qual seria necessária uma consciência crítica invocada pela classe subalterna.

As contribuições teóricas de Gramsci, Habermas e Foucault sofrem uma releitura em Fraser para teorizar uma política de interpretação das necessidades nas sociedades de capitalismo tardio com Estado de bem-estar social e articula as categorias de discurso (Habermas), poder (Foucault) e hegemonia (Gramsci). A teórica não pressupõe uma concepção essencialista de necessidade, mas afirma a centralidade dos embates discursivos hegemônicos e contra-hegemônicos em torno da

definição e interpretação das necessidades estabelecidas por atores sociais, movimentos sociais, e de embate pela implementação das necessidades, que concerne à atuação de grupos de interesse e instituições oficiais, burocracia estatal. Surgem lutas político-discursivos em torno da definição, da interpretação e da satisfação das necessidades.” (FRASER, 1989, p. 161-187).

A questão é o embate entre o discurso hegemônico de interpretação das necessidades estabelecido pelas instituições oficiais, burocratas e grupos de interesse e o discurso contestatório e contra-hegemônico suscitado pelos movimentos sociais no âmbito dos denominados contrapúblicos subalternos. Fraser postula que a luta político-discursiva dos movimentos sociais contestatórios não tenciona apenas a implementação de políticas públicas ou a aprovação de leis. O objetivo é a modificação das “concepções de mundo” e dos discursos hegemônicos sobre “interpretação das necessidades.” (FRASER, 1989, p. 161-187).

A articulação conceitual entre Gramsci e Habermas é fundamental para a jovem Fraser quando a autora constata presença de assimetrias que perpassam a esfera pública e os consensos discursivos. Essa articulação reflete-se na nota de rodapé do artigo, “Rethinking the Public Sphere - A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, pois a filósofa aproxima 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. (FRASER, 1990, p. 78).

Como propugna-se demonstrar, a teoria ora proposta do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico aduz que as Cortes constitucionais, por meio de diálogos constitucionais, devem resgatar estratégias linguísticas em suas decisões que reflitam uma porosidade jurídico-institucional ao idioma contestatório dos movimentos sociais inscrito nas lutas contra-hegemônicas em torno da definição e interpretação das necessidades. Em seguida, analisa-se a categoria dos contrapúblicos interpretativos.

#### **4.3 Contrapúblicos interpretativos e contra-hegemonia**

As lutas político-discursivas promovidas pela atuação contestatória dos movimentos sociais no embate pela conquista da hegemonia se estabelecem não apenas no plano da democracia deliberativa, mas também no contexto de disputas interpretativas que remetem a significados constitucionais. A desconstrução das bases hegemônicas que preservam o status quo de coalizões políticas e dos mecanismos de estratificação social responsáveis pela subalternização textual de grupos subalternos, nos votos dos ministros do STF, sintetiza um desafio que poderia ser superado de duas maneiras: pela incorporação da categoria dos contrapúblicos interpretativos na doutrina

constitucional e pela mobilização de estratégias linguístico-discursivas sensíveis ao idioma contra-hegemônico desses grupos subalternizados.

Não obstante, com intuito de evitar que a atuação do STF não seja pautada pelo clamor público, é crucial a análise específica das assimetrias de poder que perpassam pela própria interpretação constitucional, contrapondo-se ao fenômeno diagnosticado por Cattoni como verdadeiras tentativas de “fraude à Constituição”. A questão é relevante, pois, em diversos fatos da história político-jurídica brasileira, revelam-se estratégias de “fraude à Constituição.” (CATTONI, 2017, p. 111).

Nas ponderações de Cattoni, apesar das profundas lutas interpretativas sobre “o sentido de e da Constituição”, é essencial 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.” (CATTONI, 2017, p. 111).

Discursos interpretativos que tencionam promover efetiva “fraude à Constituição” somente podem ser diagnosticados e contestados por meio de uma categoria política fundamental: a contra-hegemonia. Daí a necessidade de perceber o caráter transversal dos contrapúblicos interpretativos como esferas onde florescem discursos contra-hegemônicos pautados por princípios.

Sob esse prisma, sustento que o potencial racionalizador do debate manifesta-se no âmbito da deliberação democrática estabelecida por meio de uma multiplicidade de esferas públicas transversais (contrapúblicos subalternos) – sem invisibilizar a existência concreta de contrapúblicos interpretativos direcionados às Cortes constitucionais e inscritos na linguagem contra-hegemônica ínsita aos embates político-discursivos dos movimentos sociais.

O papel dos contrapúblicos interpretativos, enquanto esferas contra-hegemônicas de interpretação constitucional, consiste em controlar a estrutura linguístico-discursiva das decisões das Cortes constitucionais por meio de uma postura dialógica capaz de fomentar o debate progressivo e contínuo com a sociedade civil, os movimentos sociais e os demais poderes. Feitas essas considerações, passa-se a analisar a ideia de fusão dialógica contra-hegemônica.

#### **4.4 A fusão dialógica contra-hegemônica**

As teorias dos diálogos institucionais sintetizadas a partir de uma abordagem estrutural abarcam as teorias da construção coordenada, a teoria dos princípios, a teoria da parceria e a teoria do equilíbrio. Miguel Godoy teoriza que a teoria da construção coordenada pressupõe a interpretação como uma tarefa compartilhada, razão por que cada poder exerce sua competência, e o produto final sintetiza uma interpretação compartilhada sobre o sentido da Constituição. (Godoy, 2017).

As teorias da construção coordenada foram teorizadas pela primeira vez por James Madison. (Madison, 1840). Essas teorias pressupõem o modelo de freios e contrapesos. Se houver uma atuação equivocada dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário pode declarar os atos normativos inconstitucionais. Na hipótese de o Poder Judiciário agir de modo equivocado, há a possibilidade de superação legislativa da decisão. Todavia, ao invés de promover o diálogo entre os

poderes, potencializa um embate entre estes acerca de qual possui a mais adequada interpretação da Constituição. (Godoy, 2017, p. 153).

As teorias do princípio partem do entendimento segundo o qual “o judiciário desempenha uma função dialógica única baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio.” (BATEUP, 2006, p. 70). O mais proeminente autor responsável por uma teorização que compõe o universo de teorias do princípio é Alexander Bickel (1986).

Bateup arremata que há uma segunda abordagem situada no âmbito das teorias dos princípios jurídicos, a qual, ao invés de centrar-se nos controle políticos realizados pelo Poder Legislativo, reitera a contribuição fundamental que esse poder pode suscitar em razão de sua competência institucional singular para criação de políticas públicas. O diálogo surge, portanto, a partir da articulação entre a criação de leis e políticas pelos poderes políticos e o julgamento de princípios jurídicos pelas Cortes. No entanto, o impasse permanece, pois as Cortes assumem um papel supostamente superior para delimitar o sentido da Constituição, descaracterizando o diálogo efetivo entre os Poderes. (Bateup, 2006, p. 1151).

Já as teorias da parceria propugnam conectar a expertise do Poder Legislativo na criação de leis e propositura de 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.” (BATEUP, 2006, p. 70). Juízes e legisladores estabelecem “perspectivas institucionais únicas para a consideração do sentido constitucional devido às suas posições separadas mas interconectadas na ordem constitucional.” (BATEUP, 2006, p. 77-78). Dessa maneira, cada um dos poderes assume uma postura aberta para escutar e aprender uns com os outros como resultado da articulação e combinação de perspectivas institucionais diversas.

A seu turno, as teorias do equilíbrio consideram a interpretação constitucional como resultado de uma atividade compartilhada entre os poderes, sem que se estabeleça superioridade de algum deles e sem desconsiderar a necessidade da centralidade de um amplo debate social através da inclusão de atores não judiciais (movimentos sociais e outros atores sociais, instituições e povo). (Bateup, 2006, p. 57). Ao potencializar um debate social amplo, a Corte não se torna “simplesmente uma voz adicional no diálogo constitucional, mas se engaja ativamente em uma troca produtiva que, em última análise, leva a estabelecer um equilíbrio sobre o sentido constitucional.” (BATEUP, 2006, p. 64-65).

Nessa perspectiva, elencam-se Friedman, Post e Siegel entre os mais relevantes teóricos dos diálogos constitucionais cujas propostas se situam no âmbito das teorias do equilíbrio. Friedman pontua que a questão mais relevante não é apurar como os diferentes atores institucionais se mobilizam para impor suas visões sobre sentidos constitucionais, mas como “atores judiciais e não judiciais irão aprender, debater, adaptar ou modificar visões devido à participação interdependente no diálogo constitucional.” (FRIEDMAN, 1993, p. 670). Como efeito desse processo dialógico dinâmico, as Cortes podem rever suas decisões a partir dos pontos de vista dos atores não judiciais.

Ainda de acordo Friedman, 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.” (FRIEDMAN, 1993, p. 670). As Cortes também têm a capacidade de interromper determinados padrões sociais que forem inadequados. Por fim, Cortes atuam de maneira a moderar o debate ao “proteger as instituições que participam no diálogo.” (FRIEDMAN, 1993, p. 670).

A seu turno, Robert Post e Reva Siegel postulam que, se a Corte deve manter uma porosidade para promover o diálogo constitucional, também tem poder de endurecer e limitar esta abertura se ela perceber a presença de concepções populares que ameacem valores constitucionais relevantes. Os autores constataam “formas institucionais diferenciadas” nas quais os poderes Legislativo e Judiciário se engajam em um diálogo com a cultura constitucional da nação.

Para os autores do Constitucionalismo Democrático, a Corte assume um papel institucionalmente específico voltado à efetivação e à concretização dos direitos em casos concretos; o Legislativo incorpora a competência institucional específica perpassada pela responsividade democrática. Os autores defendem um diálogo social amplo com a cultura constitucional da nação, ao invés de assumirem uma perspectiva centrada exclusivamente nos aspectos institucionais. (Post; Siegel, 2003, p. 1950). O modelo de interpretação policêntrica sustentado pelos autores oportuniza ao Congresso “articular compreensões populares da Constituição” sem prejudicar ou minimizar “a habilidade das Cortes na efetivação de direitos.” (POST; SIEGEL, 2003, p. 2059).

Como postula Bateup (2006, p.77), a vantagem de incorporar uma teoria do equilíbrio, tal como o Constitucionalismo Democrático, consiste em conceber um Poder Judiciário como instância estatal que potencializa um debate amplo na sociedade sobre significados constitucionais.

Nessa perspectiva, Bateup propugna uma fusão dialógica entre as teorias do equilíbrio e da parceria. A autora reitera as diferentes habilidades de cada um dos intérpretes da Constituição sem minimizar a necessidade de um debate público robusto que congloba povo, atores sociais, órgãos e instituições. A autora estrutura um modo original de solucionar a dificuldade contramajoritária ao pretender que tanto as Cortes como o poder Legislativo percorram perspectivas institucionais singulares, sublinhando que ambos devam revelar uma abertura para processos de aprendizagem estabelecidos a partir de suas diversas perspectivas. (Bateup, 2006, p. 76-84).

No que concerne ao tipo de deliberação (externa ou interna), Virgílio Afonso da Silva leciona que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pode ser concebido como “um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus.” (SILVA, 2009, p. 217). De um lado, esse fenômeno se deve à inexistência praticamente total de fluxo argumentativo entre os ministros, pois estes não ouvem os argumentos dos demais. De outro lado, inexiste, segundo Silva (2009), uma unidade institucional decisória.

Por fim, nas ponderações de Silva (2009), prevalece uma carência de decisões claras, objetivas e que expressam o posicionamento desta Corte constitucional. Compartilho com o constitucionalista brasileiro o mesmo diagnóstico segundo o qual o aprimoramento da deliberação interna do STF reivindicaria, não apenas, modificações regimentais, mas também a busca de uma unidade institucional e decisória – a qual é pressuposto para o diálogo constitucional entre os poderes. (Silva, 2009, p. 219).

Todavia, no que diz respeito à deliberação externa, defende-se uma fusão dialógica contra-hegemônica específica de países periféricos de modernidade tardia, a qual articula os insights das teorias da parceria, do equilíbrio e da teoria da democracia de Fraser, que contempla uma concepção relevante de contra-hegemonia. Trata-se de uma estratégia inovadora capaz de atenuar a dificuldade contra-hegemônica.

Com o intuito de operacionalizar a interação dialógica entre o STF e a sociedade, Lorenzetto e Clève (2015) postulam que os instrumentos da audiência pública e do *amicus curiae* assumem relevância, inclusive para aprimorarem a fundamentação empregada pelos ministros em suas decisões. Outrossim, propugna-se que os referidos instrumentos processuais também podem funcionar como mecanismos capazes de potencializar a ideia de fusão dialógica contra-hegemônica.

No caso específico da ADO 26, o STF não legislou nem estabeleceu analogia penal, pois a questão envolve uma discussão sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e o papel dos diálogos constitucionais no processo de efetivação dos direitos fundamentais de minorias sexuais por meio de interpretação conforme a Constituição ao artigo 20 da Lei n.º 7.716/89. (Brasil, 1989; Vecchiatti, 2019).

Portanto, o STF, ao criminalizar a homotransfobia, não pode encerrar o debate constitucional. Nas palavras de Hübner Mendes, “a revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações.” (MENDES, 2008, p. 214). Entretanto, sustenta-se que o valor epistêmico da democracia e das deliberações legislativa e judicial pode ser potencializado por meio da incorporação do ideal normativo da fusão dialógica contra-hegemônica nos diálogos constitucionais entre os poderes.

Tanto o STF como o Poder Legislativo possuem perspectivas institucionais relevantes e ambos devem revelar uma abertura para processos de aprendizagem estabelecidos a partir de suas diversas perspectivas. (Bateup, 2006, p. 76-84). Tendo em vista o “não cumprimento do mandado de criminalização da homotransfobia” (VECCHIATTI, 2019, p. 487), o único caminho para o STF foi o diálogo institucional com o Congresso com o intuito de superar a omissão inconstitucional. Se o Legislativo descumpriu a Constituição, não é legítimo “que ele invoque a separação dos poderes (a separação funcional do poder estatal) como justificativa para impedir o Tribunal Constitucional (o STF, em nosso caso) a dar cumprimento à Constituição.”(VECCHIATTI, 2019, p. 487).

Nesse ponto, em 23 de maio de 2019, o ex-ministro Celso de Mello recebeu petição, encaminhada pelo Senado Federal, na qual os advogados comunicavam que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou substitutivo do relator ao projeto de lei n.º 672/2019 (Brasil, 2019f), que inclui, na Lei n.º 7.716/1989 (Brasil, 1989), os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. O ex-decano sustentou que a mera existência de proposições legislativas tramitando no Congresso não tem o condão de afastar a mora legislativa, tendo em vista um cenário de retardamento abusivo na regulamentação do texto constitucional pelo Congresso Nacional:

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a

ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável inércia deliberandi ora constatada no presente caso. (BRASIL, 2019j, p. 8).

Decorridos mais de 30 anos da promulgação da Constituição, o Poder Legislativo não alcançou o consenso para regulamentação do texto constitucional. Por maioria de votos, os Ministros do STF entenderam que o fato não descaracteriza a mora legislativa.

Por outro lado, é premente refletir que o STF enfrenta, não apenas, a dificuldade contramajoritária, que motivou o referido confronto entre os poderes no julgamento da ADO 26, mas também a dificuldade contra-hegemônica. Assim, investiga-se o voto do ex-ministro Celso de Mello na ADO 26 à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico.

## **5. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADO 26 À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO CONTRA-HEGEMÔNICO**

O ex-ministro Celso de Mello reconheceu a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a tutela penal ou a criminalização da homotransfobia, declarando a omissão legislativa. No entanto, o então ministro rejeitou a tese da função legislativa atípica, mas estabeleceu interpretação conforme à Constituição à Lei n.º 7.716/89 (Brasil, 1989), enquadrando a homofobia e a transfobia como espécies de racismo até a edição de uma norma autônoma pelo Congresso Nacional. (Brasil, 2019b) por meio de uma interpretação que pressupõe a acepção político-social deste crime. O aspecto positivo do voto do decano do STF consiste no enquadramento da homofobia e da transfobia na Lei 7.716/89 (Brasil, 1989) por meio de uma brilhante interpretação do conceito de racismo desvinculada do sentido léxico ou biológico, assumindo o objetivo de resguardar o princípio da igualdade.

Sob essa ótica, nas ponderações de Vecchiatti, embora a literatura negra antirracismo não defenda expressamente a homofobia e a transfobia como espécies do crime de racismo, a compreensão que esta literatura sustenta sobre raça e racismo justificam a interpretação proposta por Vecchiatti, e recepcionada pelo ex-ministro Celso de Mello, a qual pressupõe a acepção político-social deste crime. (Vecchiatti, 2019, p. 477).

De fato, efetivamente, há apenas uma porosidade institucional parcial ( e não plena) ao idioma contra-hegemônico do Movimento LGBTQIA+, porquanto a própria literatura negra antirracismo interpreta que “raça e racismo consistem na prática do alterocídio, isto é, a constituição do outro não como semelhante a si mesmo, mas como objeto ameaçador, que caberia destruir ou controlar [...]” (VECCHIATTI, 2019, p. 477).

Todavia, essa argumentação consistente e emancipatória para o momento histórico em que foi proferida, embora seja um passo necessário e relevante, ainda não revela uma plena porosidade jurídico-institucional ao vocabulário político contestatório dos movimentos sociais, pois permanece vinculada a categorizações binárias.

Sob esse prisma, o ex-ministro parte do determinismo imutável do sexo biológico e da vinculação da ideia de gênero a fatores psicossociais:

A designação da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas). Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e das mulheres em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão de sua conformação biológica. (BRASIL, 2019, p. 9).

Pela leitura do voto, percebe-se que o ex-ministro Celso de Mello, ao referir-se à “conformação física e anatômica” do sexo biológico, em contraposição aos fatores psicossociais associados ao gênero, parte do dualismo entre sexo biológico e identidade de gênero, o qual reflete um raciocínio assentado em categorias binárias.

Nesse ponto, assumem relevância as críticas de Butler (2010) e de Fraser (2003) ao determinismo biológico decorrente do sistema sexo-gênero. Para Butler(2010), este sistema minimiza a complexidade das relações entre o sujeito, corpo e o ambiente sócio-cultural no qual as experiências são discursivamente estabelecidas. De acordo com a autora, o sexo não é um substrato situado em uma zona pré-discursiva e, portanto, fora da cultura. Tanto sexo quanto gênero são construídos discursivamente. Conceber o sexo como um substrato politicamente neutro sobre o qual o gênero irá incidir culturalmente pressupõe uma estrutura binária. (Butler, 2010, p. 25).

O voto do ex-ministro Celso de Mello na ADO 26/DF invocou em sua fundamentação categorias binárias as quais são criticadas pelo referencial deontológico de Fraser (2003). O binarismo parte da compreensão de que sexo é retratado como uma realidade verdadeira preexistente sobre a qual se estabelecem os gêneros.

No momento, importa assinalar que, para Fdez-Llebrez, o binarismo identifica a identidade sexual como algo natural, o qual atribui uma determinada consistência objetiva e científica à teoria que pressupõe a existência de dois sexos, delimitados de maneira científica pela Medicina e pela Biologia. Compreende-se a “[...] fundamentação naturalizada da crença de que há dois sexos e somente dois, inexistindo outras possibilidades.” (FDEZ LLEBREZ, 2015, p. 119).

Há uma segunda característica do binarismo, que parte de uma concepção dicotômica de sexo. Trata-se da dicotomia entre o sexo masculino e o sexo feminino, que sintetizam dois pólos diferenciados entre si. Se o indivíduo não se encaixa no sexo masculino (homem), conseqüentemente se encaixa no sexo feminino (mulher). Surgem categorias que são aplicadas por meio de “[...] estereótipos contraditórios que qualificam e classificam a identidade masculina e feminina”. (FDEZ LLEBREZ, 2015, p. 119).

A estratégia feminista de analisar a construção social das categorias sexo/corpo surge na década de 1980 como decorrência do objetivo da emancipação feminina. O corpo feminino e a sexualidade passam a ser concebidos como construções linguísticas e sociais suscetíveis de transformação. Nancy Fraser problematiza a questão do binarismo por meio da diferenciação e contraposição entre remédios afirmativos e transformativos. Não obstante os remédios afirmativos objetivem reparar subordinação de gays e lésbicas por meio da avaliação positiva da cultura e padrões LGBTQIA+, os códigos homem/mulher e hétero/homossexual permanecem intactos. (Fraser, 2003, p. 74).

Os remédios afirmativos essencializam e geram a reificação das identidades, tendo como ponto de partida uma autocompreensão simplificada dos indivíduos que refuta a multiplicidade de identificações. Somente reparam os “resultados injustos dos arranjos sociais sem modificarem a estrutura social subjacente que os produzem”. (FRASER, 2003, p. 74).

Os remédios transformativos, se incidentes à esfera do reconhecimento rompem com a reificação. A título de exemplo, citam-se as denominadas políticas queer, que pretendem a desconstrução entre heterossexualidade e homossexualidade, desconstruindo a polarização dos dois status sexuais exclusivos. Ao invés de implicarem no comunitarismo repressivo, eles suscitam a interação entre as diferenças, superando as categorizações binárias, tais como branco/negro, homem/ mulher através do descentramento.

Portanto, a estratégia linguístico-discursiva empregada pelo ex-decano na ADO 26/DF revela-se incapaz de desconstruir categorias binárias e de superar o sistema sexo-gênero, sendo que tal perspectiva se revela incompatível com a Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser – o que deveda a dificuldade contra-hegemônica.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fusão dialógica contra-hegemônica pressupõe que o STF deve estar aberto para as diferentes contribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, estimulando uma postura cooperativa entre os poderes por meio de um amplo debate social que abarque povo, atores sociais, órgãos e instituições sem minimizar abertura ao vocabulário político contra-hegemônico dos movimentos sociais. O único caminho a ser percorrido pela nação brasileira para preservar a estabilidade institucional é a busca pela superação do grave confronto entre os poderes da república por meio de um diálogo constitucional contínuo, dialético e progressivo pressuposto pela ideia da fusão dialógica contra-hegemônica.

O argumento relativo a um suposto direito de segregar nos espaços de convivência pública (banheiros, vestiários e transporte público), suscitado nos embargos de declaração ajuizados pela Advocacia-Geral da União (Brasil, 2020) no julgamento da ADO 26 (Brasil, 2019a), não apenas, viola o direito à não-discriminação, como não se compatibiliza com a ideia de fusão dialógica contra-hegemônica.

Nessa perspectiva, o confronto institucional entre os Poderes Executivo e o STF minimiza a possibilidade de processos de aprendizagem estabelecidos a partir das perspectivas institucionais

específicas de cada um dos poderes, como também não reflete uma abertura para as gramáticas morais e linguagens emancipatórias inerentes às lutas por reconhecimento dos movimentos sociais.

Não cabe ao STF proferir a última palavra, pois o diálogo constitucional é necessário. No entanto, este deve ser promovido não para reverter a efetivação de direitos fundamentais, o que violaria o princípio da vedação ao retrocesso, mas para viabilizar aos poderes aprimorarem dialogicamente as ferramentas discursivas empregadas. Esse é o único caminho capaz de atenuar a dificuldade contra-hegemônica.

Não obstante o brilhante voto do ex-ministro Celso de Mello na ADO 26/DF sustente a centralidade do papel contramajoritário da Corte no âmbito de uma efetiva democracia constitucional e de assumir uma perspectiva humanista assentada na universalidade dos direitos humanos pressuposta pela ideia de pessoas morais, livres e iguais, ferramentas discursivas indicam que o ministro minimiza formas linguísticas próprias das pautas mais emancipatórias não binárias e, portanto, contra-hegemônicas dos movimentos sociais.

Em que pese a atuação contramajoritária do STF na ADO 26, a estrutura linguístico-discursiva dos ministros revela que não houve uma porosidade jurídico-institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais LGBTQIA+, assumindo relevância a estratégia do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. Essa teoria possui uma dimensão normativa, pois reivindica, não apenas, uma atuação contramajoritária do STF, mas também uma perspectiva que reflete uma efetiva sensibilidade interpretativa aos discursos contra-hegemônicos pautados por princípios inerentes ao idioma político e contestatório dos movimentos sociais e das sexualidades dissidentes.

Nesse sentido, o voto do ex-ministro Celso de Mello na ADO 26/DF mobilizou ferramentas discursivas que desvendam uma argumentação eminentemente binária, a qual, sendo incompatível com a estrutura deontológica de Fraser, revela-se incapaz de superar a dificuldade contra-hegemônica. Sob esse prisma, o decano ainda pressupõe a imutabilidade e o determinismo do sexo biológico e a vinculação da ideia de gênero a fatores psicossociais.

Diante do exposto, corrobora-se a primeira hipótese segundo a qual, especificamente na ADO 26, nenhum dos ministros do STF, assim como o ex-ministro Celso de Mello, mobilizaram construções discursivas não-binárias e contra-hegemônicas, que são tematizadas pelo movimento LGBTQIA+ e Movimentos Feministas.

E reitera-se a segunda hipótese de acordo com a qual a estratégia ampla do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico, ao estabelecer uma articulação conceitual entre as teorias do equilíbrio, da parceria e a teoria democrática de Fraser, poderia potencializar diálogos constitucionais entre o STF, instituições, atores sociais e os Poderes Executivo e Legislativo à luz de suas habilidades específicas, estabelecendo uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais, tendo como referência a releitura de Fraser a respeito do conceito gramsciano de hegemonia.

Conclui-se que o Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico promove a atuação dialógica de cada um dos poderes no processo de interpretação constitucional, estabelecendo processos de aprendizagem à luz de suas expertises específicas e intensifica o engajamento de

instituições, atores sociais e povo na interpretação constitucional. Tanto o Poder Legislativo (quando cria leis e formula políticas públicas) como o Poder Judiciário (quando julga com base em princípios) devem manter uma porosidade institucional ao vocabulário contestatório 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 grupos subalternizados.

## REFERÊNCIAS

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

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

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis. Rio de Janeiro, vol. 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 de janeiro de 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 de janeiro de 2020.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of Politics*. 2. Ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 21/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado

Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 20/02/2019.

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

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 2019d. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

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

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

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

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

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

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

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. Revista do Mestrado em Direito da UCB. Brasília, vol 10, n. 1, p. 227-257, jan-jun, 2016. Disponível em: <<https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em 3 de janeiro de 2019.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero-Feminismo e subversão de identidade. Trad. de Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

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

DE MARTINO, E. 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 de maio de 2020.

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

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

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 de janeiro de 2010.

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

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

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

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

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

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

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAMILTON, Alexander. Do salário e responsabilidade dos juízes. In: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ imp e const de Villeneuve e Comp, p. 157-164, 1840.

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

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 251, p. 139-179, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533> Acesso em 2 de janeiro de 2020.

KRAMER, Larry. *The People Themselves – Popular constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

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.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf) Acesso em 2 de janeiro de 2011.

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, vol 112, p. 1950, october, 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 de janeiro de 2020.

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

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

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

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

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL criminaliza a homofobia e a transfobia. 2019. Estadão, São Paulo, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,stf-criminaliza-homofobia-mas-faz-ressalva-quanto-a-liberdade-religiosa,70002870934>. Acesso em 13 de junho de 2019.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, Neal. Why de expansion of judicial power In: TATE, Neal; TORBJÖRN, Vallinder. The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

THOMPSON, Edward Palmer. A formação de classe operária inglesa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

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.