

# CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

## DEMOCRATIC CONSTITUCIONALISM: THE PARITY OF PARTICIPATION FROM THE “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO” N. 26. E “MANDADO DE INJUNÇÃO” 4733

Adriana Marques Aidar\*  
Luísa Giuliani Bernsts\*\*  
Lucas Ferreira Mazete Lima\*\*\*

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a participação dos movimentos sociais representativos dos interesses LGBT, por meio do instituto *amici curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção 4733, que buscou a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Utiliza-se como marco teórico o Constitucionalismo Democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel (2007), bem como a noção de paridade de participação desenvolvida por Nancy Fraser (2007). Partindo desses pressupostos teóricos foi possível analisar e defender, de modo crítico, a inclusão dos movimentos sociais no processo de tomada de decisão desse processo que representa, para além da criminalização, uma luta por reconhecimento. A metodologia utilizada foi a fenomenológica hermenêutica.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático. Movimentos sociais. Controle de Constitucionalidade. Paridade de Participação.

### ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the participation of social movements representing LGBT interests, through the *amici curiae* institute, in the “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26” e “Mandado de Injunção (MI) 4733”, which sought the specific criminalization of all forms of homophobia and transphobia. Democratic Constitutionalism proposed by Robert Post and Reva Siegel (2007) is used as a theoretical framework, as well as the notion of parity of participation developed by Nancy Fraser (2007). Based on these theoretical assumptions, it was possible to critically analyze and defend the inclusion of social movements in the decision-making process of this process, which represents, in addition to criminalization, a struggle for

\* Doutora em Sociologia pelo IESP/UERJ. Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea. Professora no cursos de graduação presencial e à distância na Universidade de Uberaba. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/9808198977350420>; <https://orcid.org/0000-0001-7475-687X>. e-mail: [dri.aidar@gmail.com](mailto:dri.aidar@gmail.com).

\*\* Doutoranda e Mestre em Direito Público (UNISINOS/RS). Bolsista CAPES/PROEX. Graduada em Direito (IMED/RS). Membro do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8800385898712531>; <https://orcid.org/0000-0002-1220-556X> e-mail: [giuliani.luisa@gmail.com](mailto:giuliani.luisa@gmail.com).

\*\*\* Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Pós graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/4982870807442043>; <https://orcid.org/0000-0003-1783-4418> e-mail: [lucasmazete47@gmail.com](mailto:lucasmazete47@gmail.com).

---

recognition. The methodology employed was bibliographic, exploratory, and the argumentative method.

Key-words: Democratic Constitutionalism. Social movements. Judicial Review. Parity of participation.

## INTRODUÇÃO

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível constatar que muitas de suas promessas ainda não foram efetivadas. A cidadania ainda é precária, a desigualdade naturalizada e as violências contra grupos sociais minoritários ainda persistem. Como disse Lilia Moritz Schwarcz<sup>1</sup>: “Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação”. O não rompimento com antigos ideais, a falta de representatividade e a estigmatização de grupos sociais marginalizados dificultam as discussões das pretensões de uma sociedade plural.

Somente em 2019, segundo relatório do Grupo Gay da Bahia, 329 LGBT<sup>2</sup> (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) sofreram morte violenta no Brasil, vítimas da homotransfobia: 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%). Ou seja, a cada 26 horas, o preconceito decorrente da orientação sexual e da identidade de gênero, faz uma vítima no Brasil<sup>3</sup>. Além da evidente e grave violência também se faz nota a dois aspectos importantes: o primeiro diz respeito a um progressivo sucateamento dos espaços destinados à proteção de direitos humanos dentro da estrutura do Governo Federal, além do silêncio em relação aos dados oficiais sobre a violência contra esta população (não há acompanhamento ou indicativos para monitoração), e da mesma forma se observa que conselhos estaduais e municipais (frequentemente criados por decretos) têm sido extintos.

Isso é evidenciado no descaso com esse grupo, quando da edição da Medida Provisória 870, Lei 13.844 de junho de 2019, que não inclui pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais no item “minorias étnicas e sociais” da competência no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos<sup>4</sup>. Além disso, não consta, em nenhum dispositivo desta Lei, a palavra gay ou a sigla LGBT, o que demonstra a exclusão

---

<sup>1</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.24.

<sup>2</sup> Utiliza-se a sigla LGBT para representar a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, assexuais, *queer* e quaisquer outros grupos ou variações de gênero ou de sexualidade. A escolha parte da justificativa terminológica feita pelo Ministro Ricardo Lewandoski em seu Relatório, na ADO 26, que leva em consideração a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, realizada, no Brasil, em 08/06/2008. (BRASIL, 2019, p. 7). Reconhece-se, entretanto, que as organizações da Sociedade Civil trabalham com diferentes siglas. O Conselho Nacional Popular, formado por mais de 20 organizações, adotou “LGBTI+”.

<sup>3</sup> Oliveira, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.*

<sup>4</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.204.

de possibilidades da participação desse grupo no Poder Executivo: “a MP sobre o que constitui a área de competência desse ministério criado pelo novo governo, não deixa claramente evidenciada a inserção desse grupo”<sup>5</sup>. A referida lei estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios e consolida um movimento começado pelo Decreto 9759 de 11 de abril de 2019 que, entre outras coisas, extinguiu o Conselho Nacional LGBT.

O segundo aspecto é a omissão do Poder Executivo em criar políticas públicas para o combate da homotransfobia. Soma-se a isso a constatação de que o Congresso não aprova leis pró minorias sexuais desde a fundação da nova ordem constitucional, com a promulgação da Constituição de 1998, dita “cidadã”. Isso se deve, também, à ausência desses grupos no Poder Legislativo que resulta na sua sub-representatividade.<sup>6</sup> Além disso, paradoxalmente, essas minorias sexuais também não tiveram suas pretensões efetivamente acolhidas pela Constituinte. Tentou-se incluir a proteção contra a discriminação por orientação sexual no dispositivo que, posteriormente veio a estar prescrito no “Art. 3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Pelo menos em duas Comissões da Assembleia Nacional da Constituinte houve tentativas de inclusão da expressão “orientação sexual”. Contudo, as propostas de emenda ao texto foram rejeitadas e o texto promulgado sem essa expressão<sup>7</sup>.

Isso tudo ilustra que, na história das instituições públicas e nos espaços deliberativos, as minorias que compõem a sigla sempre ficaram reféns da maioria conservadora. Os poucos ganhos em termos de direitos voltados para sua proteção vieram através de decisões judiciais. Exemplo desse movimento é a decisão dada pelo Ministro do Supremo Federal Luis Roberto Barroso na ADPF 527 em março de 2021. Respalado em sua decisão por compromissos internacionais e Tratados de Direitos Humanos, o Ministro argumentou “notável evolução no tratamento a ser dado à matéria no âmbito do Poder Executivo, evolução decorrente de diálogo institucional ensejado pela judicialização da matéria, que permitiu uma saudável interlocução entre tal poder, associações representativas de interesses de grupos vulneráveis e o Judiciário”<sup>8</sup>. Nesta decisão ajustou-se “os termos da cautelar já deferida para outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em

<sup>5</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.204.

<sup>6</sup> Câmara dos Deputados. Reportagem. *Muito além do arco-íris: Congresso não aprova leis pró LGBTIs desde 1988*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/muito-alem-do-arco-iris-congresso-nao-aprova-leis-pro-lgbtis-desde-1988>. Acesso em 17 mai. 2020.

<sup>7</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. p. 4-5.

<sup>8</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>. Acesso em 20 mar. 2021. p. 9.

estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança”<sup>9</sup>.

É necessário frisar que o Judiciário age quando provocado, e os julgamentos não resolvem ou resumem a questão da “efetivação da cidadania LGBT do qual fazem parte movimento social, institucionalizado ou não, representações LGBT em entidades de classe, entidades dedicadas aos direitos humanos, acadêmicos, entre tantos outros”<sup>10</sup>. É, no entanto, a via mais utilizada para a tentativa de efetivação de direitos e garantias fundamentais dessa população e, em virtude disso, não pode ser ignorada nas potencialidades que apresenta. Entre elas está o instituto do *amicus curiae*.

Considerando tais circunstâncias, esta pesquisa pretendeu analisar o potencial de influência dos movimentos sociais, a partir de sua presença como *amici curiae*, nos processos de controle de constitucionalidade. Presume-se ser tal instituto jurídico uma forma de inclusão desses grupos no momento de instrução e, assim, contribuir na defesa e efetivação de seus direitos. Considerando que a cidadania é um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da C.F.), faz-se necessário investigar meios pelos quais é possível alterar o processo de exclusão de determinados grupos do processo de tomada de decisões. Diante do cenário apresentado e das potencialidades do instituto do *amicus curiae*, a presente pesquisa se justifica na medida em que pretende compreender mecanismos para defesa e efetivação dos direitos desses grupos vulneráveis a partir do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente ao analisar as possibilidades institucionais e processuais na discussão de seus direitos e na construção dos sentidos da Constituição, uma vez que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo interprete”<sup>11</sup>.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), e o Mandado de Injunção 4733, com relatoria do Ministro Celso de Mello, apresenta-se como ponto de partida para esta investigação. Nesta ação, buscou-se obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII). Essa discussão teve a participação de onze entidades representativas<sup>12</sup>, sendo 6 (seis) delas ligadas à defesa

<sup>9</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2021. p. 9.

<sup>10</sup> AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016. p. 18.

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 9.

<sup>12</sup> Dentre elas, temos: Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – AGLBT; Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos

de interesses LGBT. Desse modo, será verificado se as vozes das minorias sexuais foram audíveis nesse processo e decisivas na tomada de decisão pelos Ministros favoráveis a procedência da ação.

Para isso, aborda-se o marco teórico do Constitucionalismo Democrático, proposto por Reva Siegel e Robert Post<sup>13</sup>, que defendem que a interpretação da Constituição deve se realizar entre as instituições e o povo, analisando os discursos deste na aplicação do texto constitucional.<sup>14</sup>

Tudo isso deverá ser perpassado pela concepção de paridade participativa, como desenvolvida por Nancy Fraser<sup>15</sup>, em que se questiona as condições em que certos grupos se encontram submetidos, por não serem pares nas relações institucionais democráticas, e por não terem acesso às mesmas condições das outras partes do processo de deliberação democrático. Em seu modelo, Fraser “coloca a questão da paridade de participação em termos que vão bem além dos numéricos, devendo possibilitar àqueles que destoam dos padrões institucionalizados de valoração cultural tomarem seus lugares na condição de parceiros integrais na interação”<sup>16</sup>.

Quanto ao método, a fim de promover uma revisão crítica de um tema inserido no contexto jurídico dogmático, em face das insuficiências relativas ao emprego da matriz analítica, far-se-á o uso, como forma de abordagem da temática proposta, o método fenomenológico-hermenêutico. A escolha de tal método encontra fundamento na necessidade de superação do esquema sujeito-objeto e dos paradigmas filosóficos que o sustentam. O ato interpretativo, diante da relação intersubjetiva, está condicionado a compreensão, não mais resultando da representação do objeto pelo sujeito<sup>17</sup>. Assim sendo, a discussão proposta com o desenvolvimento de tal trabalho, encontra respaldo metodológico sob a proposta da fenomenologia-hermenêutica.

A técnica de pesquisa é a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que contemplam o marco teórico das contribuições do Constitucionalismo Democrático.

Será utilizada a pesquisa documental (documentação indireta), para a investigação jurisprudencial dos julgados que tratam da questão. Tais documentos jurídicos - cabe citar - encontram-se disponíveis de forma on-line no site do STF.

---

Menonitas – COBIM; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA; Defensoria Pública do Distrito Federal.

<sup>13</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

<sup>14</sup> Não se desconhece a tese da prof. Maria Eugenia Bunchaft, que também se debruça nesta articulação entre Fraser, Post e Siegel, sendo o Constitucionalismo Democrático Paritário semelhante aquilo defendido na presente pesquisa.

<sup>15</sup> FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002, p. 16.

<sup>16</sup> AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entaves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016. p. 19.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

## Estratégias do Constitucionalismo Democrático para a concretização de Direitos de Minorias.

Segundo Post e Siegel<sup>18</sup>, os desacordos interpretativos são vistos como uma condição normal e necessária para o desenvolvimento do direito constitucional, sendo que a autoridade da Constituição depende da legitimidade democrática, possibilitada através do engajamento dos cidadãos nas reivindicações sobre os sentidos da Constituição.

Aponta Maria Eugênia Bunchaft que os autores “propõem a teoria do Constitucionalismo Democrático, a qual visa analisar e entender a forma como os direitos fundamentais podem ser efetivados pelo Judiciário, que interage ativamente com os cidadãos e movimentos sociais em uma sociedade plural e divergente”<sup>19</sup>.

Essa aposta nos juízes e cortes na aplicação da Constituição e garantia de direitos conflita com o que propõe Cass Sustein na sua defesa do minimalismo judicial, que defende o silêncio judicial e não encara as contestações que demandam uma atuação mais maximalista. Isso contrasta com o que defende Post e Siegel, que acreditam que o Poder Judiciário pode ter papel ativo na garantia de direitos através do exercício do *judicial review*.

Bunchaft<sup>20</sup>, defende que:

uma abordagem minimalista é absolutamente incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais, voltadas para a proteção de minorias. Como salientam Robert Post e Reva Siegel, o minimalismo “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social”. Em suma, compartilhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais.

Diferentemente do que propõe o minimalismo, a Corte não pode abandonar seu papel institucional na concretização de direitos sob a premissa de que certa decisão possa gerar conflito, já que: “a resistência a interpretação judicial pode realçar a legitimidade democrática da Constituição”<sup>21</sup>. Portanto, a Constituição se reveste de força democrática na medida em que ela possibilita as divergências sobre as interpretações dos diversos

---

<sup>18</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 374.

<sup>19</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia constitucional do reconhecimento*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

<sup>20</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, 2011, n. 38, jan-jun, p. 164-165

<sup>21</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 375. Tradução do autor.

autores sociais que a vivem, ou seja, os autores acreditam no potencial construtivo do *backlash*.<sup>22</sup>

Contudo, é necessário pontuar que, por mais que o Constitucionalismo Democrático entenda o papel do Judiciário na garantia de direitos, ele não está atrelado a uma ideia juricêntrica focada na Corte em si, mas defende um papel essencial do engajamento do povo e dos movimentos sociais na legitimação das instituições que realizam o *judicial review*.<sup>23</sup>

Miguel Gualano de Godoy<sup>24</sup> afirma que:

Diante disso, para Post e Siegel a oposição entre a decisão dada pela Suprema Corte e a compreensão do povo sobre a Constituição é uma falsa dicotomia. Não há razão para opor o controle judicial de constitucionalidade das leis à democracia. O exercício da revisão judicial das leis pode consistir exatamente na garantia e defesa dos mesmos direitos e valores desejados e expressados pela democracia. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem um importante papel a desempenhar como protetor e promotor da democracia. A garantia e aplicação judicial dos direitos fundamentais podem desempenhar, dessa maneira, um importante papel para uma das condições básicas exigidas pelo constitucionalismo popular, justamente a oitiva e a participação do povo.

Para o constitucionalismo democrático, algum grau de conflito é consequência inevitável da reivindicação por direitos constitucionais, sejam assegurados por legislação ou por decisão judicial. As decisões das cortes constitucionais provocam resistência, especialmente se elas ameaçam status de grupos que exercem autoridade<sup>25</sup>.

Também partindo de Post e Siegel, nesse sentido, Bernsts<sup>26</sup>, ao propor uma releitura da teoria da teoria da decisão de Ronald Dworkin e levando em conta o quadro sistemático de ausência dessas minorias nos espaços formais deliberativos, aduz que a crise de representatividade política e a falta de engajamento da população resultam num ambiente legislativo que está voltado para interesses políticos sectários, descaracterizando o valor epistêmico do processo deliberativo. Assim, o Poder Judiciário assume papel importante no abrandamento de disparidades sociais, dando sensibilidade e ouvindo os movimentos sociais sub representados nas outras esferas de poder.

Sustentam, ainda, Post e Siegel<sup>27</sup> que, as controvérsias constitucionais, assim como todos as controvérsias políticas, não são passíveis de solução por uma metodologia

<sup>22</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 375. Tradução do autor.

<sup>23</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 379.

<sup>24</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 132.

<sup>25</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 390.

<sup>26</sup> BERNSTS, Luísa Giuliani. *A (in)efetividade da tutela dos direitos das mulheres e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ: contrapúblicos interpretativos e a busca pela resposta correta*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuista.org.br/handle/UNISINOS/8761>>. Acesso em 10 ago. 2020. p. 52.

<sup>27</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 385.

mágica e o desacordo não deixará de existir apenas porque a Corte escolheu um argumento ou outro argumento: “O constitucionalismo democrático nos convida a prestar atenção a como a Corte de fato responde às condições de desacordo e contestação.”<sup>28</sup>

E nesse “como” é necessário incorporar os movimentos sociais no processo hermenêutico-decisório, como bem reconhecido pelo Ministro Fux em seu voto na ADO 26:

Os limites entre o plausível e o implausível, em termos de interpretação, move-se pela interação dos movimentos sociais com a Constituição, que remodela a percepção compartilhada pelos juízes, transformando argumentos outrora extravagantes em argumentos razoáveis, processo esse que pode se estender por décadas.<sup>29</sup>

Todavia, é necessário esclarecer que a atuação mais ativa da corte não é sempre recomendável. Frente às demandas que versam sobre controvérsia moral é necessário que se analise as condições institucionais que ensejam e necessitam uma resposta do Poder Judiciário, para que essa tenha o maior grau de legitimidade possível num determinado contexto político-social, até para que se respeite o clássico princípio da divisão dos poderes. Nesse sentido, a noção de Constitucionalismo Democrático, por si só, não é suficiente para a defesa da atuação mais ativa das Cortes na defesa de direitos de minorias. É necessário incorporar concepções que criticam as exclusões sistemáticas desses grupos.

### **As contribuições de Nancy Fraser para a construção de paridade participativa e a incorporação de seus conceitos nas deliberações da Corte na ADO 26 e MI 4733**

Entende-se que, na busca de legitimidade de decisões que tratam a respeito de controvérsias morais, para que o Tribunal possa construir sua argumentação de modo dialógico, plural e aberto aos movimentos sociais, é necessário incorporar a noção de paridade de participação defendida pela filósofa Nancy Fraser, professora da *New School for Social Research*. Além disso, a partir da compreensão desse conceito será possível visualizar criticamente as exclusões sistemáticas das minorias em outros espaços deliberativos que resultam na ausência de legislações que visam proteger seus direitos.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 385. Tradução do autor.

<sup>29</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 415.

<sup>30</sup> Não se desconhece a tese da prof. Maria Eugenia Bunchaft, que também se debruça nesta articulação entre Fraser, Post e Siegel, sendo o Constitucionalismo Democrático Paritário semelhante aquilo defendido na presente pesquisa.

Em sua teoria do reconhecimento, Nancy Fraser busca dissociar com a noção de reconhecimento tradicional que estava atrelada a “identidade” - tal como defende Charles Taylor e Axel Honneth<sup>31</sup> - e defende o reconhecimento como uma questão de *status social*:

Dessa perspectiva – que eu chamarei de modelo de status – o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social.<sup>32</sup>

Dessa forma, Fraser<sup>33</sup>, defende que para reparar as injustiças, no modelo de *status*, é necessário romper com os padrões institucionais que privam os indivíduos de participarem como pares na sociedade, superando a subordinação. Somente quando os padrões sociais concebem os atores como parceiros, que possam participar como iguais, é que haverá, então, reconhecimento de status. Por outro lado, quando os padrões institucionais concebem alguns atores como inferiores, ou, simplesmente os invisibiliza, temos caracterizado o não reconhecimento de *status*. Por isso, as demandas por reconhecimento “objetivam, assim, desinstitucionalizar padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam.”<sup>34</sup>

Percebe-se que, em Fraser<sup>35</sup> há uma preocupação em investigar as estruturas que privam os atores sociais de participarem como iguais na vida em sociedade, que, por consequência, resulta em uma exclusão sistemática, vez que a participação é condição necessária para realização em sociedade. Isto é, podemos considerar que as múltiplas privações de direitos que tornam os indivíduos vulneráveis, se dão a partir da impossibilidade de participação social.

Na ADO 26, o Ministro Fux reconheceu implicitamente que há, de fato, padrões que impedem as minorias LGBT de terem acesso à paridade de participação e colocarem suas pretensões em pauta:

Dentre as soluções possíveis para o presente caso, é imperioso se reconhecer que estamos diante de mais um notável episódio para a agenda do movimento LGBT, em que a Corte se torna um **lócus de discussão para visibilizar as**

---

<sup>31</sup> “Fraser (2008) aponta um distanciamento cada vez mais frequente entre distribuição e reconhecimento que, em alguns casos, se converte em polarização (de um lado a redistribuição como dissolução das diferenças e do outro o enaltecimento das diferenças pela valorização da identidade). O que seria, segundo a autora, uma falsa antítese, pois a justiça exigiria tanto a redistribuição quanto o reconhecimento, sendo a paridade de participação o meio possível de conjugá-los.” (AIDAR, 2016, p. 161). Em Taylor e Honneth o processo de reconhecimento de um sujeito pelo outro se faz como condição imperativa para a formação de subjetividades sem distorções. (HONNETH, 1995; TAYLOR, 1994).

<sup>32</sup>FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 107.

<sup>33</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 108.

<sup>34</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 109.

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 107.

**necessidades de um grupo cujas demandas, por vezes, não conseguem permear os debates parlamentares.**<sup>36</sup> (grifo dos autores).

O Ministro Celso de Mello reconheceu que há “padrões de valoração cultural” que tornam inviáveis a defesa das pautas LGBT no Congresso Nacional brasileiro, tal qual está configurado atualmente:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.<sup>37</sup>

Ricardo Lewandowski reconheceu a dimensão de luta por reconhecimento que estava envolvida na discussão que reclamava pela criminalização da homotransfobia e citou a própria Nancy Fraser em seu voto:

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico – a transformação cultural – também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de status” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, “o não reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social (FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça*. In: D. Sarmento; D. Ikawa, F. Piovesan (Orgs.); *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167”<sup>38</sup>.

Mais adiante, afirma que:

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na

---

<sup>36</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 415.

<sup>37</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 177.

<sup>38</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 501.

concretização de direitos fundamentais, **principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política.**<sup>39</sup> (grifei).

Tais estruturas inviabilizam os fluxos comunicativos das demandas das minorias sexuais para o espaço político formal contraria a noção de paridade participativa que está na base da teoria de Nancy Fraser, que: “De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros”<sup>40</sup>. Assim, para que haja paridade de participação, a autora defende que é necessário garantir duas condições.

Em primeiro lugar, como condição objetiva da paridade de participação, os discursos materiais devem estar distribuídos de modo a garantir a “independência e voz dos participantes”. Essa condição pretende excluir os arranjos sociais que normalizam e institucionalizam as diferenças econômicas que negam a alguns indivíduos os instrumentos e possibilidades de interação com os outros, como um igual<sup>41</sup>.

Por sua vez, em Fraser a condição intersubjetiva da paridade participativa pretende que “os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social.” Isto é, ela se preocupa em desconstruir com as hierarquias sociais que instituem valores que privam outros indivíduos de serem tidos como “parceiros iguais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de ‘diferença’, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo”<sup>42</sup>

A Ministra Rosa Weber, em seu voto, reconheceu a importância do direito de participação dos indivíduos no espaço público: “A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.”<sup>43</sup>

Acredita-se que os valores heteronormativos que impedem LGBT’s de serem visto como parceiros iguais na interação social, resultam em sua ausência e invisibilidade nos espaços deliberativos formais – Congresso Nacional, por exemplo –. Na concepção de Nancy Fraser, isso pode ser visto como ausência de paridade de participação, que se traduz na omissão dos grupos dominantes e “hierarquicamente superiores” na deliberação de propostas legislativas que buscam minimizar os impactos da manutenção de certos valores culturalmente instituídos que concebem os integrantes da sigla LGBT como inferiores. Assim, feitas essas considerações teóricas, buscaremos, no próximo tópico analisar se os discursos dessa minoria sexual, como *amici curiae*, se fizeram audíveis nos votos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.

<sup>39</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 541.

<sup>40</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 118.

<sup>41</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 119.

<sup>42</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 119-120.

<sup>43</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 392.

## A participação dos *Amici Curiae* na ADO 26 e MI 4733: houve um processo decisório dialógico e paritário participativo?

O *amicus curiae*, expressão em Latim que significa “amigo da Corte”, é instrumento incorporado em nossa estrutura processual para funcionar como fonte de informações relevantes para a formação dos entendimentos. O conhecimento técnico dos juízes não é suficiente para dar uma resposta aos casos que exigem mais elementos e visões múltiplas, incorporando aqueles que também vivenciam os reflexos daquela demanda, em seu dia-a-dia, buscando estabelecimento de um diálogo e a construção de um procedimento discursivo-dialógico. Pessoas ou entidades, que não são parte do processo trazem elementos importantes em ações que normalmente possuem interesse público. Ainda que se observe a dispositivos semelhantes ao *amicus curiae* desde a década de 1970 no Brasil (Lei 6.385/1976), apenas em 1999, com a Lei 9.868/99 (Ação de Inconstitucionalidade), o instituto ganha os contornos que observamos atualmente (“Artigo 7º, §2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”).

Assim, esse diálogo ocorre de forma democrática, quando juízes e cortes deixam de lado uma postura e posição de superioridade na interpretação da realidade fática, quando do controle de constitucionalidade das leis, e se permitem a participação dos afetados na constituição dos sentidos e a aplicação da Constituição. Portanto, por estarem em uma posição privilegiada no processo deliberativo, juízes e cortes devem fazer com que sejam incluídas e escutadas as vozes daqueles que, na maioria das vezes, estão excluídos do processo democrático, aperfeiçoando, assim, a arena democrática<sup>44</sup>.

Caberia ao Supremo Tribunal Federal assegurar um espaço público de discussão na qual seja efetivada e incluída as vozes de todos os atores sociais, possibilitando que eles participem, de forma paritária, da construção da decisão que os atinge<sup>45</sup>. Lembra, ainda, que o próprio Ministro Barroso abriu audiência pública esclarecendo que a democracia atualmente busca três concepções: representativa (através do voto); substantiva (incumbindo ao Estado assegurar os direitos, inclusive das minorias sociais e deliberativa, pressupondo que o debate público se realize para buscar alcançar decisões baseadas nas melhores razões.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 175.

<sup>45</sup> DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo\\_gabriela\\_definitivo\\_31\\_3\\_2017.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf)>. Acesso em maio 2020. p. 9.

<sup>46</sup> DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo\\_gabriela\\_definitivo\\_31\\_3\\_2017.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf)>. Acesso em maio 2020. p. 9.

Como já mencionado neste trabalho, a ADO26 contou seis amici curiae ligados diretamente a defesa de interesses do grupo LGBT, dentre eles; Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – AGLBT; Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA.

Verifica-se que, as contribuições do *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia foram levadas em consideração no voto do Ministro Relator Celso de Mello que se valeu dos dados por eles trazidos, no que diz respeito aos números da violência contra a população LGBT:

Os dados estatísticos revelados pelos “amici curiae” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira. Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “amicus curiae” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT.<sup>47</sup>

Além dele, o Ministro Alexandre de Moraes também fez referência expressa ao “Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros”, “ANTRA- Associação Nacional dos Travestis e Transexuais”, “GADVS – Grupo de Advogados pela diversidade sexual” e “Grupo Gay da Bahia” e defendeu que a pretensão do requerente encontrava respaldo em vários *amici curiae*: “O posicionamento do autor é reforçado pela manifestação de diversos amici curiae, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas”<sup>48</sup>.

Os dados da ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais foram relevantes para construção do voto do ministro Fux:

Consoante aos dados expostos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o Disque Direitos Humanos registrou 2.353 violações homofóbicas, em 2011; 6.136 casos, em 2012; e 3.398, em 2013. Assim, como bem sintetizado pelo Grupo Gay da Bahia, na condição de *amicus curiae*, casos pormenorizados

<sup>47</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 72.

<sup>48</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 239.

de crueldade contra esse segmento populacional são recorrentes e podem ser vistos em torno de todo o território brasileiro.<sup>49</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski também considerou as contribuições estatísticas do Grupo Gay da Bahia, bem como de outras entidades admitidas representantes dos interesses LGBT:

Durante a tramitação dos presentes feitos (ADO e MI), a participação de entidades representantes da sociedade civil – sobretudo aquelas habilitadas na forma de amici curiae – expandiu a compreensão deste Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos LGBT no Brasil. As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas.<sup>50</sup>

Após transcrição dos dados da violência contra essa minoria sexual, concluiu o Ministro que “Esses dados afastam qualquer dúvida acerca da relevância da atuação desta Suprema Corte diante da omissão legislativa ora impugnada”<sup>51</sup>.

Esses foram os ministros que fizeram referências explícitas aos amici curiae, enquanto que os ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Carmem Lúcia e Barroso fizeram referência implícita aos argumentos por eles mencionados em suas manifestações juntadas ao processo.

Desse modo, a partir das considerações dos amici curiae, verifica-se que a atuação do Judiciário na ADO 26 se legitimou através da utilização de princípios constitucionais no processo argumentativo da hermenêutica constitucional, vez que potencializou o engajamento das minorias organizadas em movimentos sociais com a Corte, que, segundo Maria Eugênia Bunchaft, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel essa é a forma de legitimação da atuação jurisdicional:

o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 423.

<sup>50</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 528.

<sup>51</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 529.

<sup>52</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 158.

Desse modo, os fluxos comunicativos dos movimentos sociais com a Corte contribuíram nesse processo de construção de uma decisão que foi elaborada considerando múltiplos pontos de vista, inclusive daquele que também vivencia esses processos de subordinação e de exclusão que o impedem de participar como par na comunidade política. Isto é, a inclusão dos grupos representativos possibilitou um processo decisório paritário-participativo e legitimou a atuação contramajoritária da Corte.

Ainda, tal inclusão faz parte processo de aprendizagem constitucional que considera que, na construção de uma sociedade livre, igual e justa é necessário que haja maior participação democrática com maior número de indivíduos. Sendo que tal participação democrática não se restrinja apenas aos direitos políticos, mas “significa que a esfera pública deve aceitar, conviver e reconhecer o maior número de concepções de vida boa”<sup>53</sup>.

Portanto, a efetiva participação democrática desses grupos nas esferas de deliberação está para além do exercício do voto, de modo que o déficit da sua presença no espaço político formal deve ser compensado com mecanismos de permeabilidade do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar demandas por reconhecimento das minorias sistematicamente excluídas, cumpre com o mandamento constitucional de corrigir as omissões inconstitucionais que prejudica o exercício de direitos de indivíduos.

É nesse sentido que se entende que a prática dialógica entre Cortes e movimentos sociais está inserida no marco de uma Teoria Crítica da Constituição, “cujo sentido normativo se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política”<sup>54</sup>.

Portanto, acreditamos que essa abertura ao *por vir* contribui na afirmação de uma Constituição Radical, que se realiza através da ação de seus destinatários que não se restringe “aos mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, arriscando-se a ser mais do que isso, ou seja, objeto e sujeito da política democrática. Os direitos estão na Constituição, na medida em que ela permite a sua constante reinvenção e demanda (dos direitos).”<sup>55</sup>

## Considerações Finais

A partir do percurso teórico-metodológico empregado, constatou-se que as contribuições dos estudos teóricos do Constitucionalismo Democrático Post e Siegel<sup>56</sup> podem contribuir como chave interpretativa para defesa da atuação do Judiciário nas questões que envolvem discussões de direitos de minorias que muitas vezes são

<sup>53</sup> SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 179.

<sup>54</sup> CATTANI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 116.

<sup>55</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 58, dez. 2013. p. 29.

<sup>56</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

silenciadas pelo processo político majoritário. Assim, os movimentos sociais podem contribuir na renovação da interpretação da Constituição e na legitimação da atuação contramajoritária da Corte em casos controversos.

Contudo, verifica-se que é necessário e relevante incorporar a noção de paridade de participação de Nancy Fraser<sup>57</sup> que defende que a justiça requer arranjos que incorporem os indivíduos de modo paritário a impedir que certos indivíduos sejam excluídos da esfera público-política. Ou seja, a garantia da participação paritária na vida social é condição para defesa de outros direitos.

Como visto, minorias LGBT têm sido sistematicamente privadas de participarem da esfera do Executivo pra propositura de políticas públicas voltadas a seus interesses e, somado à isso, são, também, silenciadas e subalternizadas no Poder Legislativo que cede a pressões diversas e evidenciam o poder de setores conservadores e das bancadas evangélicas, que tem maior poder de organização no espaço deliberativo.

Frente à esse quadro de exclusões sistemáticas e violações de direitos, defendeu-se que o Poder Judiciário pode ser espaço para defesa de direitos das minorias, para que essas lutas por reconhecimento se traduzam na realização dos princípios que constituem um Estado Democrático de Direito: fraterno, plural e sem preconceitos.

Neste cenário, verificou-se que, a presença dos *amici curiae* foi relevante na construção de uma jurisdição constitucional mais democrática e dialógica na ADO 26. Há, no instituto, o potencial para atenuar circunstâncias desfavoráveis de inserção de movimentos sociais nos processos de tomada de decisão. O déficit representativo do grupo LGBT no Poder Legislativo, entretanto, não pode ser superado através da abertura da Corte aos movimentos sociais representativos no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O espaço do Poder Judiciário é limitado em sua própria natureza e não consegue solucionar desigualdades estruturais em nosso sistema democrático. Este processo de transformação passa pela ampliação da representação política, o desenvolvimento de políticas públicas de caráter afirmativo e do fortalecimento dos movimentos e organizações da sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016.

BERNSTS, Luísa Giuliani. *A (in)efetividade da tutela dos direitos das mulheres e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ: contrapúblicos interpretativos e a busca pela resposta correta*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/8761>>. Acesso em 10 ago. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. O longo caminho contra a

<sup>57</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007.

discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

BRASIL. Anais da Constituição. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). *Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias*. Ata da Reunião de instalação realizada em 7 de abril de 1987. P. 16. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1b\\_Subcomissao\\_Da\\_Nacionalidade\\_Dos\\_Direitos\\_Politicos\\_Dos\\_Direitos.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1b_Subcomissao_Da_Nacionalidade_Dos_Direitos_Politicos_Dos_Direitos.pdf)> Acesso em 25 fev. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2021.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia constitucional do reconhecimento*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. 140p.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, 2011, n. 38, p. 154-180, jan-jun.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. 141p.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 58, p. 25-36, 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863>>. Acesso em: 18 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34863>.

DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo\\_gabriela\\_definitivo\\_31\\_3\\_2017.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf)> .Acesso em maio 2020.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Out, p. 7-20, 2002.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, p. 101-138, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em 30 Ago. 2019.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: *Columbia University Press*, 2009.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 264p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Trans. Joel Anderson. Cambridge: Polity Press, 1995.

Oliveira, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019*: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2021/05/14/relatorio-observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-2020/>> Acesso em maio de dezembro de 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 273 p.

SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, apr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>. Acesso em: 18 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.38641>.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 328 p.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Ed. Amy Gutmann. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994.

Data de Recebimento: 05.06.2021.

Data de Aprovação: 20.08.2021.