

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS SUJEITOS TRANS NO BRASIL E OS PROCESSOS DIALÓGICOS DE JUDICIALIZAÇÃO

Amanda Brum*
Renato Duro Dias**

RESUMO

O presente estudo abarca a análise da efetivação dos direitos dos sujeitos trans no Brasil e os processos de judicialização a partir da teorização de Post e Siegel e Bunchaft. Utilizando-se da técnica de pesquisa da documentação indireta da pesquisa bibliográfica, objetiva-se repensar - frente ao *déficit* legislativo - a atuação jurisdicional das reivindicações dos sujeitos em subalternização, como fundamentalmente dos sujeitos trans. Para tanto, tem-se como questão de pesquisa a seguinte indagação: a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans? Parte-se, então, da hipótese que a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans. Acredita-se, portanto, que o Constitucionalismo Democrático-Paritário se revela fundamental no contexto brasileiro, posto que se constitui potente para atender aos desafios da cultura constitucional brasileira sensível aos direitos dos sujeitos subalternizados, como dos sujeitos trans.

Palavras-chave: efetivação de direitos; sujeitos trans; processos dialógicos de judicialização; constitucionalismo democrático; constitucionalismo democrático-paritário.

Data de submissão: 16/08/2022
Data de aprovação: 02/05/2024

* Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS).

** Doutor em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

THE REALIZATION OF THE RIGHTS OF TRANS SUBJECTS IN BRAZIL AND THE DIALOGICAL PROCESSES OF JUDICIALIZATION

Amanda Brum
Renato Duro Dias

ABSTRACT

The present study covers the analysis of the implementation of the rights of trans subjects in Brazil and the processes of judicialization based on the theorization of Post and Siegel and Bunchaft. Using the research technique of indirect documentation of bibliographical research, the objective is to rethink - in the face of legislative deficits - the jurisdictional action of the claims of subjects in subalternation, as fundamentally of trans subjects. To this end, the research question is the following question: does the understanding of jurisdictional action based on dialogical processes of judicialization enable sensitive responses to the rights of subordinates, such as trans subjects? The starting point, then, is the hypothesis that the understanding of jurisdictional action based on dialogical processes of judicialization enables sensitive responses to the rights of subordinates, such as trans subjects. It is believed, therefore, that Democratic-Paritarian Constitutionalism proves to be fundamental in the Brazilian context, as it is powerful in meeting the challenges of Brazilian constitutional culture, sensitive to the rights of subordinated subjects, such as trans subjects.

Keywords: realization of rights; trans subjects; dialogical processes of judicialization; democratic constitutionalism; democratic-parity constitutionalism.

Date of submission: 16/08/2022

Date of approval: 02/05/2024

INTRODUÇÃO

Muitas têm sido as discussões no Direito Constitucional sobre a judicialização da política e seus reflexos sob o ponto de vista da legitimidade democrática, uma vez que um dos aspectos fundantes das democracias constitucionais contemporâneas, segundo ensina Bunchaft (2015), abarca a expansão da atuação jurisdicional das Cortes Superiores, conforme ocorre no cenário brasileiro - particularmente, na proteção e na efetivação dos direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades¹ de forma plural - como no caso dos sujeitos trans.

Indubitavelmente, não obstante o processo democrático seja o mecanismo mais adequado para a transformação social, a promoção e a efetivação de direitos aos sujeitos submetidos a situações de não reconhecimento, os sujeitos submetidos a tais situações não têm a obrigação de esperar a atuação legislativa que efetive os direitos fundamentais - razão pela qual certas formas de judicialização revelam-se, diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário, fundamentais na proteção de direitos destes sujeitos.

Nesse panorama, o Judiciário pode funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos subalternizados - como os sujeitos trans. Daí a importância de repensar a atuação jurisdicional frente às reivindicações desses sujeitos. Assim, com o intuito de compreender as atitudes da Corte Superior brasileira, isto é do STF (Supremo Tribunal Federal) a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização e de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de sujeitos em subalternização², assume relevância o estudo das construções teóricas do Constitucionalismo Democrático, pautado por Post e Siegel (2007), e fundamentalmente, o Constitucionalismo Democrático-Paritário, construção teórica cunhada por Bunchaft (2016a) e adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil.

Assim, neste escrito, estrutura-se como questão de pesquisa: a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans? Tem-se, então, como hipótese que a compreensão da atuação jurisdicional a partir dos processos dialógicos de judicialização possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans.

Este estudo se estrutura por meio do método bibliográfico de cunho narrativo e é composto de em dois momentos, além de contar com uma introdução e uma conclusão. Assim, se fará, de início, breves apontamentos acerca dos avanços - a partir da atuação jurisdicional, especialmente da Suprema Corte brasileira - acerca da efetivação de direitos aos sujeitos que experimentam seus gêneros e sexualidades de forma plural, e, posteriormente, assevera-se a necessidade de repensar a atuação jurisdicional frente às reivindicações destes sujeitos, assim como compreender a atuação judicial baseada na teorização dos processos dialógicos de judicialização - em especial, os postulados por Post e Siegel (2007) e por Bunchaft (2016a).

¹ Grafa-se gênero e sexualidade no plural no sentido de pluralizar tais categorias.

² Vale-se do aporte de Spivak (2010) para compreender tal categoria.

A análise proposta - da teorização dos processos dialógicos de judicialização - justifica-se, por fim, pela necessidade proeminente de se legitimar cientificamente as construções teóricas das formas dialógicas de judicialização, já que, pela defesa de Bunchaft (2016a), quando os processos dialógicos de judicialização, como fundamentalmente o Constitucionalismo Democrático-Paritário, pautam as decisões judiciais, estas não são marcadas pelo solipsismo judicial³ e não ofendem os limites dos Estados Democráticos de Direito, bem como possibilitam respostas sensíveis aos direitos dos subalternizados, como dos sujeitos trans.

1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS SUJEITOS TRANS NO CENÁRIO BRASILEIRO: BREVES APONTAMENTOS

No cenário constitucional brasileiro não existe expressamente nenhum direito atinente aos sujeitos trans. A efetivação desses tem ocorrido a partir da atuação do Judiciário, isto porque, como dito, os sujeitos submetidos a situações de não reconhecimentos não têm outra escolha senão recorrer ao Judiciário, diante da inefetividade da atuação legislativa na efetivação de direitos fundamentais. Frente a isso, o Poder Judiciário adquiriu amplas funções e dimensões políticas em um período recente no atual contexto social (Escrivão Filho; Sousa Júnior, 2016).

O Judiciário é chamado, atualmente, a intervir em diversas demandas de interesse social, como aquelas que tangem às necessidades dos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural. Neste contexto, não se pode deixar de reconhecer que, no Brasil, diante da omissão legislativa, é a partir da atuação do Judiciário - em especial, do STF - que muitos avanços ocorreram (e vêm ocorrendo) quanto à efetivação de direitos fundamentais aos sujeitos subalternizados, como os sujeitos trans.

Chama-se atenção, neste contexto, que o atendimento das demandas dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de maneira plural, no Brasil, inicialmente não ocorreu na Corte Superior - isto é, no STF - mas nas instâncias inferiores do Judiciário nacional. Inúmeros foram os julgamentos, de vários Tribunais Federais e Estaduais, que reconheceram os efeitos jurídicos de uniões estáveis vivenciadas por casais do mesmo sexo antes das demandas aportarem

³O solipsismo deve ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista anterior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo” (Streck, 2017a, p. 273). Streck, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito - matriz teórica estruturada com a publicação da primeira edição da sua obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, atualmente intitulada como *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial* (Streck, 2017b) - alerta conjuntamente com a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria integrativa de Dworkin, cada uma ao seu modo, para a problemática do solipsismo judicial. (Streck, 2017a). Procuram, “em seus estudos, controlar esse voluntarismo e esse subjetividades a partir da força da tradição, do círculo hermenêutico e da incidibilidade entre interpretação e aplicação”. (Streck, 2017a, p. 276). Para Streck (2017a, p. 276) “uma advertência deve ser feita para melhor compreender aquilo que denomino de ‘solipsismo judicial’. Com efeito, na teoria da decisão devemos, fundamentalmente, evitar que esta seja dada por ideologia, subjetividade ou interesses pessoais, porque esse é o espaço em que entre o sujeito solipsista mais especificamente. Isso não quer dizer que o juiz seja uma figura inerte, neutra. Criticar e denunciar o solipsismo não implica proibição de juízes interpretarem [...]. Tenha-se claro que a crítica ao subjetivismo ou qualquer forma de voluntarismo, em que se encaixa o solipsismo, não tem absolutamente nada a ver com o repristinamento do juiz boca da lei ou outras coisas do gênero no Direito”.

na Corte Superior (Rios, 2011)⁴. Também, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado acerca das necessidades dos sujeitos que vivenciam suas sexualidades e seus gêneros de forma plural. Desse modo, esta Corte se manifestou em alguns julgamentos que tematizaram acerca das necessidades desses sujeitos, como ocorreu no julgamento do RE nº 1.008.398/SP e do RE nº 1.626.739.

Na trajetória jurídica do STF, apenas em 2011 o órgão pleno manifestou-se acerca da temática. Contudo, antes do julgamento histórico de 2011, em alguns momentos, a partir de decisões monocráticas, Ministros do STF expressaram-se quanto à efetivação de direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural. Ganharam relevância, neste cenário, as decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, em 2003, e pelo Ministro Gilmar Mendes, em 2004.

Assim, ilustram esses avanços quanto à efetivação de direitos fundamentais aos sujeitos que vivenciam suas sexualidades de forma plural, especificamente no STF, o reconhecimento por essa Corte da constituição da união estável entre pessoas do mesmo sexo - em 2011. Nesse julgamento, os Ministros do STF decidiram, por unanimidade, no julgamento da ADI nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que a união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo constitui união estável, em outras palavras, entidade familiar.

Na situação específica dos sujeitos trans, o julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 670.422- interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que confirmou decisão de primeira instância, permitiu a alteração do nome no registro civil, embora condicionasse a alteração de sexo à cirurgia de transgenitalização, e ainda, da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.275. A Procuradoria Geral da República propugnou a ação, conferindo a interpretação em consonância com a Constituição Federal brasileira do artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) para assegurar aos sujeitos trans o direito de alteração do nome e do gênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Há que se pontuar, no entanto, que ainda que tais reivindicações tenham sido asseguradas pelo STF e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha publicado o provimento 73/2018, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento de pessoas transgêneros no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) — o provimento estabelece regras para que a alteração do nome e gênero dos sujeitos trans sejam requeridos ao ofício do RCPN desde que sejam maiores de 18 anos⁵ e habilitados às práticas de todos os atos da vida civil e impossibilita que a alteração referida seja negada desde que o pedido seja formulado conforme estabelecido —, ainda assim, os sujeitos trans, atualmente, encontram dificuldade para realizar tal alteração, conforme apontado pela Antra (Associação Nacional de Travestis e Transexuais).

⁴ Dentre eles, podem se listar os seguintes processos: AI nº 599.075.496/TJRS; AI 2004.04.01.045598-4 - TRF- 4ª Região; AC nº 70001388982 - TJ/RS-7 Turma; EI nº 70003967676 - TJ/RS.

⁵ Ressalta-se que a alteração da Lei 14.382 ainda se demonstra recente para que os impactos sejam mensurados.

Já, acerca da possibilidade de utilização de banheiros públicos por sujeitos trans de acordo com a identidade de gênero, esta demanda, tramita desde 2014 no STF - RE nº 845.779 SC. Nele, pleiteia-se a reforma de decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que indeferiu indenização por danos morais a transexual proibida de utilizar o banheiro feminino de *shopping center* e que, em razão desse impedimento e do abalo que tal situação ocasionou, teve as necessidades fisiológicas em suas roupas, diante das demais pessoas que circulavam no estabelecimento. No mesmo ano, 2014, o STF reputou constitucionalidade à questão e reconheceu repercussão geral da matéria. O julgamento de mérito teve início em 2015, mas foi suspenso e até o momento não houve alteração quanto ao momento processual.

Recentemente, em 2021, em decisão monocrática, na medida cautelar na ADPF nº 527, foi determinada, pelo Ministro do STF, que as presas transexuais femininas e travestis tenham a opção por cumprir a pena em estabelecimento prisional femininos, assim como os presos transexuais em estabelecimento prisional masculino, deste que em área reservada que garanta a segurança dos/as apenados/as.

Diante disso, cumpre dizer, outra vez, que não obstante o processo democrático seja o mecanismo mais adequado para a transformação social, a promoção e a efetivação de direitos, os sujeitos submetidos a situações não reconhecimento certas formas de judicialização revelam-se, como demonstrado - diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário -, fundamentais na proteção de direitos dos subalternizados. Passa-se, então, no tópico seguinte, ao estudo dos processos dialógicos de judicialização, fundamentalmente do Constitucionalismo Democrático e do Constitucionalismo Democrático-Paritário, isto porque, acredita-se, como Bunchaft (2016), que as Cortes Superiores devem, na construção de sentidos inerentes, reinterpretar os princípios constitucionais que são introduzidos no debate democrático e apropriados por sujeitos subalternizados em lutas por reconhecimentos.

2 REPENSANDO AS ATUAÇÕES JUDICIAIS: PROCESSOS DIALÓGICOS DE JUDICIALIZAÇÃO

A inscrição dos/das trans nos espaços públicos diante da insuficiência da atuação do processo político majoritário demanda a atuação do Poder Judiciário, compreendida e baseada em processos dialógicos de judicialização - fundamentalmente, o preconizado por Bunchaft - no contexto pós-westfaliano (Bunchaft, 2016b), haja vista que a instância judiciária é crucial à efetivação das reivindicações sociais e à concretização dos direitos fundamentais. No contexto atual, observa-se no Brasil o intenso debate acerca da expansão da presença e da interferência da justiça sobre temas tradicionalmente atribuídos ao campo político, o que suscita a análise de seus reflexos sob o ponto de vista da legitimidade democrática (Bunchaft, 2015).

Justamente nesse cenário que se faz necessário reinterpretar as atuações jurisdicionais e compreendê-las a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização - propostos por Post e Siegel (2007) e especialmente por Bunchaft (2016a) - já que tais construções teóricas podem representar ferramentas potentes, ao promoverem diálogos institucionais entre os poderes para suprir a insuficiência

da atuação do processo político majoritário no que se refere à efetivação dos direitos de sujeitos que vivenciam não reconhecimentos, como os sujeitos trans.

Chama-se atenção que, no mesmo contexto, por vezes, detectam-se argumentos que visam discutir e validar a questão da expansão da política da justiça a partir do fenômeno do ativismo judicial, todavia, de acordo com a adução de Streck (2014), o fenômeno da judicialização “exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado - pensamos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção da justiça constitucional” (Streck, 2014, p. 589), e não se confunde com o ativismo judicial, pois aquele “vem da inércia de alguns dos outros Poderes do Estado - do Poder Legislativo, por exemplo - num fenômeno que está ligado diretamente ao funcionamento inadequado das instituições ante suas funções constitucionais”, enquanto este ocorre “quando um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado” (Streck, 2016, p. 724).

Além do mais,

É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial (Streck, 2016, p. 724).

A rigor, como as vertentes dos processos dialógicos de judicialização - o Constitucionalismo Democrático, proposto por Post e Siegel (2007), e o Constitucionalismo Democrático-Paritário, teorizado por Bunchaft (2016a) - pautam-se em diálogos institucionais, nos quais o Judiciário não profere a última palavra, não se confundem com perspectiva do ativismo judicial, o qual sempre é “ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada construída à margem da linguagem pública” (Streck, 2016, p. 724).

À vista disso, a vertente teórica do Constitucionalismo Democrático pressuposta por Post e Siegel (2007) procura analisar e compreender a forma como os direitos constitucionais foram estabelecidos e como ocorrem suas práticas em uma sociedade democrática marcada pelas controvérsias (Post; Siegel, 2007). É premente ponderar, inicialmente, “que o Constitucionalismo Democrático não exclui a política do âmbito do direito. Em contraste, visa equacioná-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática” (Bunchaft, 2016a, p. 219).

Fundamentando-se então na leitura do Constitucionalismo Democrático, apura-se que a divergência interpretativa não deve ser refutada, visto que simboliza um pressuposto normal para a evolução do Direito Constitucional. (Post; Siegel,

2007). A autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática (Post; Siegel, 2007), e assim, as Cortes têm importância fundamental no processo, já que devem, em consonância com Post e Siegel (2007), assumir uma forma distinta de autoridade, declarando e efetivando direitos dos subalternizados. Para efetivar a Constituição, a autoridade constitucional, todavia, em última análise, depende da confiança dos cidadãos (Post; Siegel, 2007).

Dito isso, a vertente teórica proposta defende “o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que defende o papel dos tribunais em usar o raciocínio legal jurídico para interpretar a Constituição”. (Post; Siegel, 2007, p. 379). De fato, Bunchaft e Limberger, ao analisar as ideias de Post e Siegel, afirmam que “não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição das virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais” (Bunchaft; Limberger, 2016, p.86), já que “ambos realizam papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais”. (Bunchaft; Limberger, 2016, p.86).

Na explicação de Bunchaft (2014, p.125) às proposições de Post e Siegel, “o Judiciário tem a capacidade de interagir com os movimentos sociais, interpretando a Constituição a partir de uma cultura constitucional juridicamente sensível a suas demandas”. Ademais, Post e Siegel (2007) averiguam determinadas condutas proeminentes do Poder Judiciário como legítimas somente quando o processo político formal não atuou no sentido de efetivar os direitos aos subalternizados, e também a Corte somente pode concretizar normas constitucionais pressupondo que a interpretação tenha sido sedimentada na consciência popular (Post; Siegel, 2013). Portanto,

[...] não há efetivamente 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, ambos desempenham papéis relevantes na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais, e em princípio, a Suprema Corte somente pode concretizar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular (Post; Siegel, 2013, p. 373-433).

O Constitucionalismo Democrático presume, a partir da leitura de Bunchaft (2016a, p. 231), “que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos”. Para além disso, na argumentação de Post e Siegel, “todos esses atores têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando a cultura constitucional.” (Bunchaft, 2016a, p.216). Já Post e Siegel (2007) aduzem que a vertente do Constitucionalismo Democrático potencializa a legitimidade democrática da Constituição na medida em que se revela sensível a cada um desses atores.

Resta claro que o Constitucionalismo Democrático postula formas dialógicas de judicialização, nas quais, ainda que o Judiciário tenha legitimidade

para efetivar direitos dos subalternizados, não estabelece a última palavra, isso porque, em concordância com a vertente teórica, o aprofundamento democrático para com os movimentos sociais, o Congresso, os partidos políticos e a sociedade se inviabilizariam, caso a palavra final fosse proferida pelo Judiciário - especialmente, pela Suprema Corte. (Post; Siegel, 2007).

Ao seu turno, articulando-se os pressupostos da teoria do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel (2007) com os conceitos centrais da teorização de Fraser - respectivamente, contrapúblicos subalternos⁶ e de paridade participativa⁷ - Bunchaft (2016a) desenvolveu a construção teórica do Constitucionalismo Democrático-Paritário, teoria que representa uma expressão dos processos dialógicos de judicialização adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil, designando que

Quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam de forma efetiva, contemplando a terceira dimensão da justiça teorizada por Fraser (2010) - representação - a necessidade e de intervenção judicial proeminente minimiza-se, contudo, quando a atuação dos processos políticos formais não atende às expectativas normativas de grupos vulneráveis, a tendência é a atuação judicial assumir contornos maximalistas, de forma a suprir o *déficit* intrínseco às suas condições de abertura e de participação (Bunchaft, 2016a, p. 229).

Isto é, à luz do Constitucionalismo Democrático-Paritário proposto por Bunchaft, quando "o processo deliberativo não assume seu papel efetivamente democrático, o Judiciário - diante das reivindicações dos movimentos sociais - pode demonstrar sensibilidade jurídica frente a tais demandas para alcançar a plenitude da paridade de participação" (Bunchaft, 2016a, p.221), efetivando assim "direitos de grupos subalternizados, ainda que por meio de processos decisórios com contornos maximalistas" (Bunchaft, 2016a, p.221).

Bunchaft (2016a), em sua tese, descortina a necessidade proeminente do potencial racionalizador do debate democrático contra-hegemônico consubstanciado pelos contrapúblicos subalternos institucionais. Também, a vertente teórica do Constitucionalismo Democrático-Paritário "incorpora como preocupação a análise específica e atenta das estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos". Dessa feita, "resgata a abordagem de Fraser, que confronta diretamente o poder, identificando e tematizando práticas sociais de deliberação em sociedades que estabelecem concepções assimétricas de mundo" (Bunchaft, 2016a, p. 229).

⁶ Contrapúblicos subalternos, conforme pontuado, na concepção de Fraser, como elucida Bunchaft (2016a), abrangem múltiplas esferas públicas contra-hegemônicas nas quais os subalternizados se contrapõem às assimetrias e à dificuldade de acesso à esfera oficial.

⁷ Vale lembrar que, para Fraser, a paridade de participação significa que a distribuição de recursos materiais deve servir de modo a garantir a independência e a "voz" dos participantes. "Este chamarei a condição objetiva de paridade participativa. [...] em contraposição, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam a igualdade de oportunidade para alcançar a estima social. Este chamarei a condição intersubjetiva da paridade participativa" (Fraser, 2003, p. 36).

Logo, o Constitucionalismo Democrático-Paritário potencializa “práticas comunicativas de interpretação constitucional dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário, mensura a injustiça procedimental e substantiva, desconstruindo assimetrias de poder e mecanismos institucionais que impedem a paridade de participação de sujeitos estigmatizados” (Bunchaft, 2016a, p. 228). A vertente defendida por Bunchaft (2016a) também considera as injustiças de enquadramento (desafiando a moldura keynesiana-westfaliana) e infere que a temática do reconhecimento de direitos aos sujeitos que vivenciam suas sexualidades e seus gêneros inspira uma opinião pública transnacional.

Assim, os movimentos sociais, inspirados por uma opinião pública cada vez mais transnacional, problematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça (Bunchaft, 2016a). E é “a partir de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos - inclusive em esferas públicas transnacionais - que os movimentos sociais moldam o desenvolvimento da constituição” (Cristianetti, 2016, p. 143), e conseqüentemente, as demandas por reconhecimento de direitos se encaminham ao Judiciário - especialmente, ao STF.

A Constituição é então encarada como uma “construção social aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais”, e diante disso, “não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública pós-westfaliana na influência da postura proeminente do STF” (Bunchaft, 2016a, p. 226). O Constitucionalismo Democrático-Paritário depreende então a Constituição “como uma construção social aberta a diálogos transnacionais inspirados por esferas públicas pós-westfaliana, de forma que as demandas mais radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBTQI+ não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares” (Bunchaft, 2016a, p. 227).

A construção teórica delineada por Bunchaft evidencia, desse modo, especial alcance teórico para reinterpretar o fenômeno da judicialização no contexto brasileiro, tendo em vista que se estrutura a partir do entendimento de que as Cortes Superiores se mostram sensíveis às reivindicações dos sujeitos subalternizados, como especialmente os trans, e que, sem proferirem a última palavra, influenciam os ramos do poder público em valores constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a expansão, frente *ao déficit* legislativo, da atuação jurisdicional da Corte Superior brasileira nos últimos anos na proteção e na efetivação dos direitos dos sujeitos que vivenciam seus gêneros e suas sexualidades de forma plural - como no caso dos sujeitos trans, impõe-se a necessidade de compreender as atitudes da Corte Superior brasileira a partir da teorização dos processos dialógicos de judicialização e de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de sujeitos em subalternização. Assim, pretendeu-se apontar a necessidade de a partir dos aportes teóricos de Post e Siegel (2007) e, especialmente, de Bunchaft (2016a) repensar as atuações judiciais, para compreendê-las a partir dos processos de dialógicos de judicialização.

Contextualmente, ambos os marcos teóricos - a saber, de Post e Siegel (2007) e, especialmente, de Bunchaft (2016a) - desvelaram-se substanciais,

pois, em suas teorias, como apontado, objetivam analisar e entender como as Cortes Superiores enquanto instâncias contramajoritárias podem efetivar direitos fundamentais a sujeitos em situação de subalternização, como no caso dos sujeitos trans.

Nesse sentido, resgata-se que, como lembra Bunchaft, um aspecto marcante das democracias constitucionais contemporâneas, em virtude do *déficit* legislativo, é a expansão da atuação jurisdicional na proteção dos direitos fundamentais reivindicados pelos sujeitos subalternizados, como especialmente aqueles que vivenciam suas sexualidades de maneira plural - o que pode ser verificado no decorrer do texto, no caso do Brasil, por meio da atuação do STF em muitas provocações.

Em suma, com a intenção de compreender as atitudes proeminentes das Cortes Superiores, especialmente da brasileira, isto é, do STF e de propor uma nova concepção teórica a respeito da judicialização voltada à proteção e à efetivação de direitos, buscou-se elencar as construções teóricas do Constitucionalismo Democrático preconizado por Post e Siegel e, especialmente o Constitucionalismo Democrático-Paritário, lecionado por Bunchaft - pois como demonstrado, trata-se, da construção teórica adaptada à cultura política-constitucional dos países periféricos, como o Brasil.

A pesquisa oportunizou, então, repensar as atuações jurisdicionais - especificamente do STF - e compreendê-las a partir da teorização Constitucionalismo Democrático-Paritário, considerando-se que tal aporte teórico, possibilita representar ferramentas potentes para romper com autocompreensões majoritárias assimétricas. Entendeu-se, portanto, que a compreensão acerca da atuação jurisdicional frente às reivindicações dos sujeitos que vivenciam suas sexualidades de maneira plural a partir dos processos dialógicos de judicialização, especialmente do Constitucionalismo Democrático-Paritário, revela-se fundamental, posto que respectiva construção teórica constitui-se potente para atender aos desafios da cultura constitucional brasileira sensível aos direitos dos sujeitos subalternizados, como dos sujeitos trans.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Alteração do Registro Civil*. [S.l.]: ANTRA, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.org/>. Acesso em: 1 jan. 2022.

BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo Democrático, Ativismo Judicial e Minorias Sexuais: uma reflexão à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. In: BUNCHAFT, M. E. *Ativismo Judicial e Grupos estigmatizados: Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BUNCHAFT, M. E. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BUNCHAFT, M. E. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2016a. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4112/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BUNCHAFT, M. E. Judicialização, Deliberação e minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiros e norte-americanos. *Relatório Técnico relativo ao Processo n. 2345-2551/14-4*. Porto Alegre: FAPERGS, 2017.

BUNCHAFT, M. E. Transexualidade no STJ: Desafios para a Despatologização à luz do debate Butler-Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 21 n. 1, 2016b. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8770>. Acesso em: 1 ago. 2016.

BUNCHAFT, M. E.; VINCIGUERRA, T. R. D. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BUNCHAFT, M. E.; LIMBERGER, T.; MOREIRA, E. R. O casamento entre pessoas do mesmo sexo na Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento 73/2018*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

CRISTIANETTI, J. *A união homoafetiva no STF e o Constitucionalismo Democrático: contribuição da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser*. 2016. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br>. Acesso em: 20 set. 2016.

ESCRIVÃO FILHO, A.; SOUSA JÚNIOR, J. G. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FRASER, N. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>.

POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo Democrático: Por uma Reconciliação entre Constituição y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

RIOS, R. R. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal (ADPF 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, R. R.; GOLIN, C., LEIVAS, P. G. C. (org). *Homossexualidade e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SPIVAK, G. C. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

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

STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, L. L. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processos*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 2 de jan. de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Processos*. Brasília: STF, 2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 de jan. de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Jurisprudências*. Porto Alegre: TJ-RS, 2022. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 2 jan. 2022.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Jurisprudência*. Porto Alegre: TRF-4, 2022. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 2 jan. 2022.