

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser

Transsexuality and “right to the bathroom” in Brazilian Supreme Court: a reflection based on Post, Siegel and Fraser

Maria Eugenia Bunchaft

Sumário

INOVAÇÃO INSTITUCIONAL E RESISTÊNCIA CORPORATIVA: O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	14
Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE EM MEIO À TENSÃO ENTRE O DEVER DE PRESTAR CONTAS E A GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	30
Marcelo Roseno de Oliveira	
THE END OF THE WORLD AS THEY KNEW IT: SHOULD FORMER JUDGES BE DENIED ADMISSION TO THE BAR AFTER THE TRANSITION TO DEMOCRACY?	42
Stefan Kirchner	
CONDICIONANTES E DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	52
João Pedro Schmidt	
GESTÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: TEORIA DO ESTADO E TECNOLOGIAS DE GOVERNANÇA DIFUSA PARA CONTROLE SOCIAL	74
Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover	
A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PESSOAS JURÍDICAS. A EMPRESA COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO EMPRESARIAL CONSTITUCIONAL	100
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello	
DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	121
Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá	
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: SEMELHANÇAS E INCOMPATIBILIDADES	141
Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite	

A CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DA COMPANHIA DOS TECIDOS DE JUTA (1914). NOTAS SOBRE SEUS REFLEXOS NORMATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	157
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz	
CONDITIONAL CASH TRANSFERS (CCT) IN LATIN AMERICA: ANALYZING THEIR POTENTIALS AND CHALLENGES SPECIAL REFERENCE TO THE ARGENTINE REPUBLIC	178
Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiapello e Florencia Cabrera	
A CONTRADIÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE E A COMPLEXIDADE DOS FATOS REAIS NO CASO DAS DROGAS PARA DOENÇAS NEGLIGENCIADAS	194
Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Alan Rossi Silva	
A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL	210
Francisco Antonio Morilhe Leonardo	
TRANSEXUALIDADE E O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DE POST, SIEGEL E FRASER	223
Maria Eugenia Bunchaft	
CHINA’S NEW CONCEPT OF DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS	245
Di Zhou	
CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO	260
Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki	
SOLAR PANELS IN BRAZIL: A FEASIBLE PUBLIC POLICY	279
Henrique Pissaia de Souza	
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO ESTADO DO AMAPÁ: COMO DESENVOLVER UM ESTADO CUJO TERRITÓRIO ESTÁ 70% PROTEGIDO POR LEIS?	290
Linara Oeiras Assunção	
A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS GUARANI E KAIOWÁ NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL	310
Isabelle Dias Carneiro Santos	

**ESTADO E RELIGIÃO. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CRISTIANISMO: INVENTÁRIO DE
POSSIBILIDADES ESPECULATIVAS, HISTÓRICAS E INSTRUMENTAIS330**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

O RIO E A CIDADE: O DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE O PLANO HÍDRICO E O PLANO DIRETOR360

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser*

Transsexuality and “right to the bathroom” in Brazilian Supreme Court: a reflection based on Post, Siegel and Fraser

Maria Eugenia Bunchaft**

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 845779 à luz dos referenciais teóricos de Post, Siegel, Honneth e Fraser. Pretende-se demonstrar que o argumento utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, relativo ao papel contramajoritário do STF na proteção de grupos vulneráveis, se aproxima dos pressupostos do Constitucionalismo Democrático defendido por Post e Siegel. Sustenta-se que, a despeito da preocupação do eminente Ministro-Relator com a efetivação dos direitos de transexuais e do conteúdo progressista de seu voto, sua argumentatividade não revela alcance teórico para desestabilizar a estrutura binária inerente às práticas normalizadoras que estabelecem padrões heteronormativos, posto que pressupõe, implicitamente, o paradigma da autorrealização delineado por Honneth. O trabalho é original, pois propugna-se que, somente, uma nova teoria - um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* - pode desmascarar assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais vinculadas a concepções heteronormativas. Utilizam-se a análise discursiva crítica feminista e os métodos de indução analítica e monográfico. A técnica de pesquisa é a documentação indireta.

Palavras-chave: transexualidade; Constitucionalismo Democrático; reconhecimento.

ABSTRACT

This study aims to investigate the contents of Justice Luís Roberto Barroso’s vote on the judgment of the Allegation of Unconstitutionality number 845779 under the light the theoretical frameworks of Post, Siegel, Honneth and Fraser. The work intends to demonstrate that argument used by the Minister Luís Roberto Barroso regarding counter-majoritarian role of the Brazilian Supreme Court in protecting vulnerable groups resembles the assumptions of Democratic Constitutionalism defended by Post and Siegel. It is argued that, despite the Minister’s concern with the effectiveness of transgender rights and the progressive content of his vote, its argumen-

* Recebido em 06/06/2016
Aprovado em 24/11/2016

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Doutora e Mestre em Teoria DO Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-doutora em Filosofia pela UFSC. Graduada em Direito pela PUC-Rio. Este artigo é resultado da Coordenação do projeto de pesquisa “Judicialização, Constitucionalismo Democrático e direitos fundamentais de minorias LGBT: uma reflexão à luz dos contextos brasileiro e norteamericano” aprovado pelo CNPq, referente à Chamada Universal/MCTI/CNPq N°14/2014 e resultado de um segundo projeto aprovado pela FAPERGS, relativo ao edital Pesquisador Gaúcho 2014, intitulado “Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norteamericano.

tativity not reveal theoretical power to destabilize the binary structure inherent in normalizing practices that establish heteronormative standards, since it implicitly assumes the paradigm of the self-realization outlined by Honneth. The paper is primordial, because it proposes that only a new theory - an Egalitarian Democratic Constitutionalism - can unmask power asymmetries arising from the own official public sphere and that are reflected in court decisions linked to heteronormative conceptions. It is used the feminist critical discourse analysis and the methods of analytical induction and monographic. The research technique is the indirect documentation.

KEYWORDS: transexuality; Democratic Constitutionalism; recognition.

1. INTRODUÇÃO

O debate constitucional que se promove sobre o uso de banheiros públicos por transexuais femininas abarca a relevância teórica e política que contempla desde questões constitucionais e bioéticas até discussões filosóficas sobre a temática do binarismo e dos desafios da despatologização à luz da *Teoria Crítica do Gênero*. As questões relativas ao protocolo dos centros de saúde que realizam a cirurgia de redesignação e à obrigatoriedade de psicoterapia em todo processo transexualizador, por exemplo, remetem à multiplicidade de indagações concernentes a um conjunto de discursos científicos que atribuem às pessoas *trans* uma identidade marcada por desordem psíquica sem possibilidade de autodeterminação autônoma e de desenvolvimento de suas identidades de gênero por meio de escolhas próprias em relação a seus corpos.

Em novembro de 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 845779, votou, favoravelmente, ao direito de uma transexual utilizar o banheiro feminino. O referido Recurso tratou da reparação de danos morais no caso de constrangimento por parte de um funcionário de um *shopping center* de Florianópolis/SC contra a transexual, ao pretender usar o banheiro feminino.¹

Na configuração fática que fundamentou o pedido do Recurso Extraordinário, a transexual aduziu que, após ter sido impedida de ingressar no referido recinto, terminou por fazer as necessidades fisiológicas nas próprias vestes. Dessa feita, interpôs o RE no Supremo Tribunal Federal (STF), impugnando a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que indeferiu o reconhecimento do direito à indenização de quinze mil reais.

O tema teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do STF e a decisão atingirá, no mínimo, 778 processos semelhantes, que foram suspensos enquanto aguardavam julgamento do RE em questão. Votaram, favoravelmente, os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, pelo provimento do RE nº 845779 e pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau que determinou a indenização de quinze mil reais, a ser paga pelo *shopping* à transexual. No entanto, o Ministro Fachin, que acompanhou o voto do Ministro-Relator, propôs que a condenação da requerida fosse elevada para cinquenta mil reais.

Ao pedir vista do caso, o Ministro Luiz Fux expressou que o STF não tem representatividade para decidir sobre a temática sem consultar a sociedade, invocando argumentos de pessoas que alegaram constrangimento e vulnerabilidade psicológica. Os demais Ministros do STF ainda irão se manifestar sobre o referido recurso.

Neste trabalho, tenciona-se analisar os fundamentos jurídicos expressos e a argumentatividade implícita ao voto do Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso, no RE nº 845779, à luz dos referenciais teóricos pre-

1 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

conizados por Nancy Fraser, Axel Honneth, Robert Post e Reva Siegel e seus reflexos na interpretação e na crítica das formas de ativismo judicial que resguardam os direitos das minorias *trans*.

Nesse sentido, os principais problemas enfrentados por este artigo indagam:

- a) em que medida a estratégia discursiva do voto do Ministro-Relator do RE nº 845779, ao invocar o direito à *busca da felicidade*, consagra um conjunto de discursos implícitos vinculados ao paradigma da autorrealização delineado por Honneth?
- b) a *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser revelaria maior alcance teórico para legitimar, filosoficamente, formas de *Constitucionalismo Democrático* suscetíveis de potencializar direitos fundamentais de pessoas *trans*, desconstruindo a estrutura binária do sistema sexo-gênero e confrontando estruturas de poder normalizadoras?
- c) configura papel do *Constitucionalismo* resguardar os pressupostos para a autorrealização ou desconstruir mecanismos que estabelecem a subordinação de *status* na esfera do reconhecimento, da redistribuição e da representação?
Por fim, averigua-se:
- d) pode o Judiciário resguardar direitos fundamentais de grupos vulneráveis sem anular as condições de legitimidade democrática? Como resolver a oposição entre Constitucionalismo e democracia?

Uma das formas de resolver a tensão entre Constitucionalismo e democracia é a estratégia preconizada pelo *Constitucionalismo Democrático* - que presume que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. Na observação de Post e Siegel, todos esses atores têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando a cultura constitucional. Assim, na medida em que o constitucionalismo revela-se sensível a cada um desses atores, potencializa-se a legitimidade democrática da Constituição.

Sob essa ótica, enquanto o *Constitucionalismo Democrático* constitui o marco teórico jurídico que legitima determinadas formas de judicialização dialógicas voltadas para proteção de minorias vulneráveis, o debate entre Honneth e Fraser evidencia-se como marco filosófico fundamental capaz de legitimar expressões de *Constitucionalismo Democrático* direcionadas para efetivação de direitos de transexuais.

Como objetivo geral, esta pesquisa pretende investigar - à luz da articulação conceitual entre *Teoria Crítica do Gênero* e *Constitucionalismo Democrático* - os recursos conceituais que potencializam a desconstrução de concepções assimétricas de mundo, confrontando estruturas de poder regulatórias e normalizadoras atreladas ao dismorfismo heteronormativo que estigmatiza pessoas *trans*. Para tal empreendimento, assume relevância o estabelecimento de uma nova teoria sobre o *Constitucionalismo Democrático* adaptada às especificidades de países latino-americanos. Em suma, a versão específica de *Constitucionalismo* que propõe este estudo para países periféricos - como o Brasil - assume a forma de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que articula as pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* às concepções de contrapúblicos subalternos e de paridade de participação delineadas por Fraser.

No Brasil, Bento direciona sua análise não para o indivíduo, mas para as relações sociais - especificamente, em como se estrutura, em um campo de poder, um conjunto de discursos que estabelecem o que é normal e o que é patológico.² O “dispositivo da transexualidade”, para a autora, representa um conjunto de práticas discursivas que envolvem teorizações, critérios diagnósticos e práticas biomédicas que atribuem à transexualidade o *status* de patologia.³ Tal dispositivo atua sobre corpos e subjetividades das pessoas *trans* com vistas a comprovar a suposta normalidade da coerência entre sexo, gênero e sexualidade.

2 BENTO, Berenice. *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

3 Idem.

Nessa perspectiva, no presente artigo, afirma-se a necessidade de recursos normativos e conceituais por meio dos quais o movimento *trans* possa criar redes de contrapúblicos subalternos que possibilitem potencializar a contraposição a regimes regulatórios responsáveis pela patologização do gênero e oportunizem a tematização discursiva de questões controversas - a saber, uso do nome, despatologização, *direito dos banheiros* - criando assim formas renovadas de reconhecimento. Ademais, enfatiza-se, como primeira hipótese, que, somente por meio da circulação de discursos alternativos em públicos subversivos, as normas disciplinares e as estruturas de poder que estabelecem a matriz binária e o dismorfismo heteronormativo podem ser confrontadas e desconstruídas.

Com efeito, tem-se como segunda hipótese para este trabalho a tese segundo a qual, a despeito da preocupação do eminente Ministro-Relator com a efetividade dos direitos de transexuais e do seu conteúdo progressista, sua argumentatividade não revela alcance teórico para desestabilizar a estrutura binária inerente às práticas normalizadoras que estabelecem padrões heteronormativos, posto que pressupõe, implicitamente, o paradigma da autorrealização delineado por Honneth.

Por fim, salienta-se como terceira hipótese que somente uma nova narrativa simbólica - um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* - pode desmascarar assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais vinculadas a concepções patologizantes e a narrativas heteronormativas.

O primeiro objetivo específico propugna contextualizar brevemente a temática da transexualidade e da despatologização à luz da doutrina nacional. Como segundo objetivo específico, visa-se à análise dos referenciais teóricos de Honneth e de Fraser, para que se possa elucidar como, partindo de aportes teóricos diversos, delineiam o tema do reconhecimento e quais os reflexos filosóficos na investigação da efetivação dos direitos fundamentais de minorias *trans* pelo STF, especificamente no tocante ao conteúdo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779.⁴ O terceiro objetivo específico consubstancia-se na proposta de investigar o argumento suscitado pelo Ministro Luís Roberto Barroso relativo ao papel contramajoritário do STF vinculado à concepção material de democracia e sua aproximação conceitual com os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*.

Incorpora-se, então, como quarto objetivo específico a proposta de revelar e criticar a estratégia discursiva implícita pressuposta ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779, com base na estrutura conceitual de Honneth e de Fraser, investigando se tal argumentatividade ainda mostra-se atrelada ao paradigma da autorrealização defendido pelo filósofo alemão. Por fim, o quinto objetivo específico traça os contornos fundamentais da temática da transexualidade à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*.

Para tanto, a pesquisa se fundamenta pelo método monográfico (estudo de caso), incorporando, também, o método da análise discursiva crítica feminista, que pretende desmascarar ideologias de gênero e relações de poder assimétricas que são produzidas, sustentadas e negociadas em diferentes contextos. Indubitavelmente, estas são pressupostas parcialmente na estratégia argumentativa do Ministro Luís Roberto Barroso à medida que este, embora defenda a efetivação do direito sanitário pretendido, ainda se atém a uma estrutura sexual binária.

O método de indução analítica (método de abordagem) também assume relevância no trabalho. De acordo com Deslauriers, trata-se de um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando os atributos fundamentais de um fenômeno.⁵ Pressupondo a indução analítica, a pesquisa trabalha de *baixo para cima*, iniciando-se pela análise contínua e aprofundada dos fundamentos ex-

4 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

5 DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução Analítica. In: A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 337-354.

pressos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em relação ao RE nº 845779 para estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. As construções explicativas são desenvolvidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo do voto.

Por conseguinte, convém, ainda, mencionar que a técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por meio da investigação bibliográfica assentada nos aportes teóricos de Post, Siegel, Fraser e de Honneth.

2. TRANSEXUALIDADE E DESPATOLOGIZAÇÃO E A QUESTÃO DO “DIREITO DOS BANHEIROS POR PESSOAS TRANS”.

Em consonância com o que preconiza *The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - Fifth Edition* (DSM-V) - ou Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais -, as “pessoas cujo sexo de nascimento é contrário ao que se identificam” recebem o diagnóstico de “disforia de gênero” e não de “transtorno de identidade de gênero” (DSM-IV), o que diminui um pouco o estigma suscitado pela expressão *transtorno*. Todavia, a transexualidade, segundo especificam a *American Psychiatric Association* e o *Sexual and Gender Identity Disorders Work Group*, permanece como condição mental sujeita a diagnóstico e a tratamento.

No que concerne à Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), o “transexualismo” foi incluído no rol de transtornos mentais e comportamentais. No Brasil, as resoluções do Conselho Federal de Medicina receberam referidas diretrizes internacionais, direcionando o tratamento médico do “transexualismo”. Na visão difundida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010, o transexual é “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo e tendência a automutilação e/ou extermínio.”

Bento e Pelúcio pontuam que “[...] essa é uma estratégia discursiva que retira a autonomia e não reconhece a condição de sujeitos das pessoas transexuais e travestis.”⁶ Também em conformidade com as reflexões de Bento e Pelúcio, o gênero torna-se uma categoria medicalizável sobre a qual incidem instrumentos para curar suas anomalias.

De acordo com a GATE (Ação Global pela Igualdade *Trans*) e a STP (campanha internacional *Stop Trans Pathologization*), a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou uma nova proposta sobre saúde *trans* na versão da CID-11. A publicação contempla novas categorias reivindicadas pelo Grupo de Trabalho da OMS: incongruência de gênero na adolescência e na idade adulta e incongruência de gênero na infância. Ambas as categorias integram um novo capítulo da CID-11: o capítulo 6, que trata das “condições relacionadas com a saúde sexual”, como um capítulo separado do capítulo que abarca os “transtornos mentais e de comportamento”.⁷

De fato, a patologização e a matriz binária do sistema sexo-gênero anulam a condição dos transexuais de parceiros nas interações sociais, sendo mais pertinentes os protocolos alternativos e o pleno acesso aos

6 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.576.

7 Nesse sentido, a CID-11 será votada somente na Assembleia Mundial de Saúde, no ano de 2017. A GATE e a STP recomendam a análise e o debate sobre a questão que se refere à categoria “incongruência”, a qual poderia repatologizar as questões *trans* na CID-11, defendendo também que o acesso à saúde e o reconhecimento da identidade de gênero são direitos humanos cujo cumprimento não deve depender de categorias diagnósticas. O movimento *trans* tem denunciado as inconsistências e contradições das normas brasileiras que estabelecem o atendimento à saúde por transexuais. No Brasil, tal movimento tem sustentado a necessidade de substituição do termo “transgenitalismo”, a diminuição do requisito da idade para a realização das cirurgias de 21 para 18 anos e a retirada da exigência de dois anos de acompanhamento prévio. O Conselho Federal de Psicologia, na “Nota Técnica ao Processo Transexualizador”, reitera que a transexualidade e travestilidade não constituem “condições psicopatológicas.” Todavia, aludindo à Portaria do Ministério da Saúde n. 1707/2008, o CFP exige a obrigatoriedade da psicoterapia em todo o processo transexualizador. Portanto, o mito do índice de arrependimento ou suicídio da pessoa *trans* após a cirurgia ainda restringe a liberdade em relação ao próprio corpo.

banheiros femininos, que atribuem a esses grupos o papel de protagonistas capazes de participarem de maneira paritária nas interações sociais.

Dentre os argumentos frequentemente invocados no direito nacional e norte-americano contra o direito sanitário pretendido, elencam-se o direito à privacidade e à segurança de determinadas usuárias do banheiro, que sentir-se-iam incomodadas com a presença das transexuais femininas. Em relação à segurança, inexistem evidências efetivas que demonstrem ameaças concretas ou violência às demais usuárias do banheiro, pressupondo autocompreensões assimétricas e estigmatizantes decorrentes de estruturas de poder atreladas ao dismorfismo heteronormativo que estabelecem a subordinação de status.

No que tange ao direito à privacidade, o argumento, também, não se desvela pertinente, uma vez que violaria, igualmente, o referido direito fundamental a proposta de compelir o/a transexual a frequentar o banheiro que não condiga com sua identidade de gênero

O não reconhecimento do direito fundamental à utilização do banheiro resulta em violação ao direito fundamental à autodeterminação, que - na tese que aqui se defende - sintetiza pressuposto para a paridade de participação. No entanto, a questão é: como pode o Constitucionalismo atuar de maneira juridicamente sensível às demandas das minorias *trans*, efetivando direitos fundamentais sem violar os pressupostos democráticos? Nesse ponto, assume relevância o movimento denominado *Constitucionalismo Democrático*.

3. O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE Nº 845779 À LUZ DOS APORTES TEÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Robert Post e Reva Siegel defendem a Teoria do *Constitucionalismo Democrático*, a qual busca analisar e entender a forma como os direitos constitucionais foram instituídos em uma sociedade plural e divergente. Nesse prisma, a divergência interpretativa simboliza um pressuposto normal para a evolução do direito constitucional, não devendo ser refutada, visto que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.⁸

Para os autores do *Constitucionalismo Democrático*, o direito constitucional é moldado a partir de interações dialógicas que se delineiam entre diversos atores: o governo, o congresso, o tribunal, os movimentos sociais, os partidos. Sustenta-se que cada um tem a responsabilidade pelo efetivo cumprimento das normas constitucionais, contribuindo para delinear o desenvolvimento do direito constitucional. Assim, o constitucionalismo contemporâneo deve ser sensível ou receptivo a essas instâncias, porque sua legitimidade depende dessas interações discursivas.

É premente ponderar 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. Post e Siegel advogam que *backlash* é a expressão do desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei.⁹

Diferentemente do *Constitucionalismo Popular*, o *Constitucionalismo Democrático* não objetiva afastar a Constituição dos Tribunais, afirmando a centralidade dos direitos constitucionais aplicados judicialmente na política norte-americana. Também - e opostamente ao foco juricêntrico - o *Constitucionalismo Democrático* sublinha o papel fundamental que o envolvimento do público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.

8 POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

9 Idem.

Os defensores do *Constitucionalismo Democrático* afirmam ser errôneo equiparar a relação entre concretização judicial constitucional e democracia como um jogo de soma zero, como se o incremento de um suscitasse necessariamente a redução do outro. Com efeito, *como* e *se* um tribunal deve concretizar o direito envolvem um julgamento específico, o que necessita verificação ao nível dos casos individuais, por meio do exercício do raciocínio jurídico.¹⁰

Post e Siegel ponderam que algum nível de conflito pode ser efeito inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, independentemente se tais direitos são concretizados pela legislação ou pela efetivação judicial. Para Post e Siegel, o *backlash* suscitado pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios para a ordem constitucional norte-americana, pois os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam se convencer, mutuamente, para abraçar seus entendimentos constitucionais.¹¹

A postura ativa da Suprema Corte na decisão em *Roe v. Wade*, frequentemente, foi interpretada por muitos doutrinadores como o único fator que teria inspirado o *backlash*, ou o realinhamento dos partidos em torno do aborto e da nacionalização do conflito. Sunstein assevera que a decisão impossibilitou a evolução da opinião pública, esvaziando as bases do engajamento democrático do movimento feminista. A história do *backlash* em torno do aborto no período anterior a *Roe* acarreta uma multiplicidade de indagações que problematizam a tese centrada no ativismo da Corte, o que torna imprescindível a investigação histórica mais profunda sobre as fontes da polarização.

Nas ponderações de Post e Siegel, o *backlash* desempenha papel positivo e democrático, já que seria inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e os movimentos sociais se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para se mobilizarem em lutas por ampliação de direitos. Com efeito, o presente trabalho sustenta que o *Constitucionalismo Democrático* revela alcance teórico para incrementar a efetivação de direitos de minorias estigmatizadas quando suas demandas são inviabilizadas pela ausência de valor epistêmico do processo político. Sob esse prisma, ao focar, apenas, em argumentos estreitos e superficiais, o Poder Judiciário pode contribuir para a perpetuação da subordinação de status de minorias estigmatizadas - tão criticada pela teórica Nancy Fraser.

Direcionando-se, agora, para a análise do argumento referente ao papel contramajoritário do STF - suscitado no voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso - percebemos nitidamente uma preocupação crítico-emancipatória que cristaliza o papel civilizatório do direito. O Ministro Luís Roberto Barroso postulou uma concepção substantiva de democracia por meio da qual a Corte deve atuar como guardião dos direitos fundamentais de minorias contra os riscos da tirania da maioria.¹²

Assinalou ser papel do STF garantir que “segmentos alijados do processo majoritário tenham seus direitos fundamentais observados.”¹³ Diante dessa estrutura conceitual, consagrou, implicitamente, alguns dos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*, que defende determinadas virtudes ativas das Cortes, as quais devem exercer uma forma distinta e singular de autoridade, declarando e efetivando os direitos das minorias e dos cidadãos.

No que concerne à ideia de democracia constitucional, Jaramillo informa que a tensão entre democracia e constitucionalismo “sintetiza-se no conceito de democracia constitucional, que transcende a noção puramente formal de democracia e a concepção estritamente procedimental de Constituição.”¹⁴ Em suma, a

10 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

11 Idem.

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

13 Idem.

14 JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre Constitucionalismo y Democracia? Uma Perspectiva

democracia constitucional embora afirme o autogoverno democrático, não pode ser exercida de qualquer forma, posto que deve respeitar os direitos fundamentais.

De acordo com Jaramillo, o progressismo defendido pelo *Constitucionalismo Democrático* é dialógico: ele nem assume concepções populistas e agregativas de democracia - em que prevalece a vontade das maiorias na configuração político institucional - nem se contrapõe ao controle de constitucionalidade. Os tribunais não devem ter a última palavra na interpretação da Constituição, posto que a realização das normas constitucionais “adquire sua legitimidade e sua efetividade como produto de um diálogo progressivo”.¹⁵

No mesmo sentido, Gargarella ressalta que o Judiciário deve dialogar com o Legislativo, com a administração pública e com os movimentos sociais com o intuito de definir o sentido do texto constitucional. Por sua vez, ao Judiciário não cabe nem a primeira nem última palavra, mas o trabalho conjunto com atores políticos na definição do significado da Constituição, invocando valores progressistas.¹⁶

Post e Siegel compreendem que não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais. Ambos realizam papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte só pode efetivar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular.

Não obstante, em determinadas circunstâncias, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade popular, uma vez que tal papel proativo não representa postura autoritária. Além disso, a interpretação é justificável se a postura proeminente da Suprema Corte estiver fundamentada na proteção dos compromissos fundamentais assumidos pelo próprio povo e sob a ameaça de violação por maiorias eventuais.¹⁷

Tal interpretação aproxima-se da preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso, no que concerne ao papel contramajoritário do STF. No entanto, a decisão proativa das Cortes é passível de superação pelo debate democrático, que pode inspirar uma Emenda Constitucional ou a retomada de uma discussão jurídica nova.¹⁸

Como já salientado, em concordância com o pensamento de Post e Siegel, os cidadãos esperam que os tribunais resguardem valores sociais importantes, restringindo o governo sempre que este ultrapassar as limitações constitucionais. A autoridade constitucional, para fazer cumprir a Constituição, em última análise, pressupõe a confiança dos cidadãos. Com efeito, sustenta-se, à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que, quando o processo deliberativo não assume seu papel efetivamente democrático, o Judiciário - diante das reivindicações dos movimentos sociais - pode demonstrar sensibilidade jurídica diante de tais demandas para alcançar a plenitude da paridade de participação, efetivando direitos de grupos vulneráveis, ainda que por meio de processos decisórios com contornos maximalistas.

No momento, assinala-se que a divergência interpretativa seria, para a corrente do *Constitucionalismo Democrático*, um pressuposto intrínseco ao desenvolvimento do direito constitucional, resguardando o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer com que a Constituição seja efetivada ao mesmo tempo em que confirma o papel do Judiciário em utilizar o raciocínio jurídico profissional para a interpretação da Constituição.

desde el Constitucionalismo Democrático. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 73, 2015. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13.01.2015

15 JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático- Por uma Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

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

17 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático- Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

18 Idem.

Com isso, é essencial complementar as breves considerações teóricas descortinadas com base nos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* com as contribuições de *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser e sua crítica à essencialização identitária com vistas à necessidade de superação de padrões binários heteronormativos.

4. O DEBATE HONNETH-FRASER

A estratégia conceitual de Honneth é renovar a teoria crítica por meio do giro teórico do reconhecimento. Pretende delinear uma nova Teoria da Justiça por meio da categoria do reconhecimento que revelaria maior alcance e pertinência às formulações da Teoria Crítica, possibilitando perceber a base motivacional das lutas sociais.

Pretendendo explicar as experiências sociais de injustiça na sociedade, resgata os escritos do jovem Hegel e sua contraposição à perspectiva estratégico-instrumental da realidade sociopolítica. Mas em contraposição a Hobbes, para Honneth, o conceito de luta social não encontra fundamento somente na luta entre interesses materiais em oposição. Diferentemente, o conceito de luta social está atrelado também aos sentimentos morais de injustiça que surgem das experiências de ausência de reconhecimento.¹⁹

A experiência de não ser reconhecido inspira a vulnerabilidade de determinados indivíduos e a injustiça pode se converter na base motivacional da luta social. Consoante Fascioli, todas as mudanças sociais (e boa parte delas) são inspiradas por “[...] lutas moralmente motivadas de grupos sociais que pretendem coletivamente obter um maior reconhecimento mutuo institucional e cultural.”²⁰ Contudo, para ter potencial de mobilização dos movimentos sociais, é essencial que a ofensa que atinge um indivíduo seja passível de universalização em uma linguagem comum, suscitando a efetiva mobilização política. Honneth incorpora as ideias de Dewey, para quem os sentimentos são interpretados como “[...] a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”²¹

Honneth, em *Luta por Reconhecimento*, elenca três formas de reconhecimento - a dedicação emotiva (o amor), o autorrespeito (o direito) e a estima social (solidariedade) - as quais revelam o poder de suscitar três formas de desrespeito, que são pressupostos para conflitos sociais.²²

Nos primeiros meses de vida, o bebê se percebe como parte da mãe, vislumbrando uma unidade simbiótica, mas de forma progressiva, vai aprendendo a autocompreender-se como ser independente. Quando a mãe vai, progressivamente, retornando às suas atividades rotineiras, o bebê rebela-se contra tal independência, dirigindo contra a genitora atos agressivos. Cristaliza-se uma luta por reconhecimento, pois “[...] só na tentativa de destruição da mãe, ou seja, na forma de uma luta, a criança vivencia o fato de que ela depende da atenção amorosa de uma pessoa, existindo independentemente dela, como um ser com pretensões próprias.”²³

Configura-se “[...] a medida de autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública.”²⁴ Segundo Bunchaft, Honneth pondera que, após a evolução nos estudos psicanalíticos sobre o desenvolvimento da personalidade humana, “[...] seria intrínseco às relações afetivas entre mãe e filho uma articulação entre autonomia e ligação, porquanto, como leciona Hegel, o amor deve ser compreendido como ‘um ser-si-mesmo em um outro.’”²⁵

19 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

20 FASCIOLI, Ana. Justicia Social em clave de capacidades y reconocimiento. Areté-Revista de Filosofia, vol. 33, n. 1, p. 53-77, 2011, p. 56.

21 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 221.

22 Idem.

23 Idem, p. 170.

24 Idem, p.178.

25 BUNCHAFIT, Maria Eugenia. Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados: Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Cu-

Resgatando o pensamento de Winicott, distancia-se das linhas psicanalíticas que interpretam a criança como objeto de investigação independente. Honneth, apoiando-se em pressupostos intersubjetivos, sustenta que o amor constitui uma forma de reconhecimento que floresce em razão do modo específico pelo qual o sucesso “[...] das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a auto-afirmação.”²⁶

Apenas na medida em que direitos universais são atribuídos aos membros dos grupos sociais de maneira isonômica a todos os seres humanos, independentemente de uma ordem de status, que se pôde alcançar a ideia de autorrespeito. A partir do reconhecimento jurídico, surgiu uma esfera marcada pela possibilidade de autocompreensão positiva em relação a si mesmo. Honneth relata a luta do movimento negro por direitos civis na década de 1950 e de 1960 como reflexo do “[...] significado psíquico que o reconhecimento jurídico possui para o autorrespeito dos grupos excluídos.”²⁷

Já a estima social “[...] se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais.”²⁸ A estima configura um *medium* social que remete às diferenças de atributos entre os seres humanos de maneira intersubjetivamente vinculante. A estima, assim, consubstancia em forma de integração social que investiga as contribuições positivas dos indivíduos para a concretização de metas sociais em uma comunidade de valores. À vista disso,

[...] sob condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto das relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum.²⁹

Em consonância com as ideias de Honneth, o fundamento motivacional das lutas por reconhecimento são os sentimentos morais de vergonha e de desprezo, os quais, também, pressupõem a esfera social na qual os indivíduos estão inseridos.

Para chegar a uma autorrelação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas como a vergonha ou a ira. Daí a experiência do desrespeito estar sempre acompanhada de sentimentos afetivos que, em princípio, podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas.³⁰

Porém, em *Direito da Liberdade*, Honneth passou a sustentar que as três esferas de reconhecimento descritas em *Luta* são expressões da liberdade, que é hierarquicamente superior àquelas.³¹ Desde *Sofrimento de Indeterminação*, Honneth³² passou a fundamentar-se nos *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel, reformulando seu posicionamento em relação às obras deste e assumindo como sua principal inspiração a filosofia hegeliana da maturidade.

Como se sabe, algumas teorias da justiça puramente normativas estabelecem princípios de abstratos independentemente e de forma transcendente ao contexto. Outros teóricos, de inspiração hegeliana, procuram estabelecer a ideia de justo de forma imanente ao contexto social. Para Honneth, a ideia de justiça não pode ser assumida de forma independente, transcendente ao contexto, às práticas e às instituições. Nas

ritiba: Juruá, 2014, p. 61.

26 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 163.

27 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 198.

28 Idem, p. 199.

29 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais, op.cit., p. 210.

30 Idem.

31 Honneth, apud SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovanni. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. Civitas. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

32 HONNETH, Axel. Sofrimento de Indeterminação. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

ponderações do autor, se a própria sociedade percebe a injustiça no processo histórico, não seria possível estabelecer e identificar tal experiência de forma transcendente ao contexto. É precisamente nesse sentido que critica a Teoria da Justiça Rawlsiana, a qual assume a possibilidade de justificar princípios normativos independentemente da história.³³

Fraser, por sua vez, interpreta as reivindicações por reconhecimento como reivindicações de justiça que, portanto, se integram à esfera da moralidade. Diferentemente do modelo psicológico de Honneth - em que o não reconhecimento se apresenta como depreciação de identidade -, sua estratégia teórica é interpretar as reivindicações de reconhecimento por meio de uma estrutura deontológica. As injustiças provenientes da subordinação de *status* só podem ser desestabilizadas pela política de reconhecimento que conduza não à essencialização identitária, mas à sua desconstrução.³⁴

Em suma, para Fraser, o modelo de *status* “permite a cada um justificar alegações por reconhecimento como moralmente vinculantes sob condições modernas de pluralismo valorativo.”³⁵ Depreende que a estratégia que tenta justificar reivindicações de reconhecimento identitárias associadas a concepções de autorrealização inspira a perspectiva sectária. Nas reflexões da filósofa, “o modelo de status é deontológico e não sectário”, pois “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem”.³⁶

O modelo de *status* de Fraser rompe com a abordagem psicológica inerente ao paradigma da autorrealização - delineado por Honneth - pois minimiza os padrões institucionalizados de desvalorização cultural que impedem os indivíduos de se tornarem parceiros plenos na esfera da paridade de participação. A estratégia conceitual de Fraser é desconstruir “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, políticas de bem-estar social que estigmatizam mães-solteiras como parasitas sexualmente irresponsáveis, e práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade”.³⁷

Em *Scales of Justice*, a estrutura bidimensional é reformulada, passando a conglobar uma terceira dimensão da justiça: o *político*. Obstáculos políticos à paridade de participação têm impacto nos processos políticos decisórios que discriminam pessoas independentemente da existência de problemas de má distribuição ou de falso reconhecimento. O remédio para essa terceira forma de injustiça é a democratização.³⁸

A terceira dimensão da justiça também remete à proposta de explicar as injustiças no plano metapolítico/global, que se consubstanciam quando há o estabelecimento da divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. Pergunta-se, então: como delimitar adequadamente o enquadramento de forma a garantir que a justiça seja efetivamente justa? Presenciam-se injustiças de enquadramento, que florescem quando não membros “[...] são excluídos do universo daqueles mercedores de reconhecimento dentro da entidade política no que tange a questões de distribuição, reconhecimento e representação política ordinária.”³⁹ Com efeito, como injustiça de enquadramento, em nível transnacional, cita-se a globalização da pobreza que ultrapassa as fronteiras territoriais.

Nesse ponto, o *político* é a arena em que as lutas por redistribuição ou por reconhecimento são desenvolvidas. Tal dimensão da justiça associa-se ao procedimento e à demarcação de fronteiras no espaço político.

33 SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovanni. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. Civitas. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

34 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003a, p.23.

35 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics, op.cit., p. 30.

36 Idem, p. 31.

37 FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics, op.cit., p. 29-30.

38 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

39 Idem, p. 22.

Quando as delimitações de fronteiras no espaço político ou as regras do procedimento decisório impossibilitam que alguns indivíduos participem das interações sociais em condições de igualdade com outros indivíduos, surge a injustiça política. A dimensão do político remete à inclusão ou à exclusão da comunidade e à distribuição de legitimidade de indivíduos que poderiam ter a prerrogativa de fazer reivindicações de justiça quanto ao reconhecimento e à redistribuição.

Em um segundo nível, verifica-se se os processos decisórios da comunidade atribuem a todos os membros oportunidade de manifestação e justa representação nas deliberações democráticas e mecanismos de tomada de decisão. Com o enquadramento Keynesiano Westfaliano estabelecido, envolvidos na disputa sobre *o que* da justiça não sentiam necessidade de problematizar o *quem*, pressupondo-se que este corresponderia aos cidadãos nacionais.⁴⁰ Esse enquadramento vem se revelando contrafactual a partir da globalização e do contexto político mundial Pós-Guerra Fria. Muitas vezes, decisões assumidas em um Estado produzem efeitos que transcendem as fronteiras territoriais, causando impacto na vida indivíduos que se situam fora delas e criando formas específicas de subordinação de *status*.

É patente a centralidade das organizações internacionais e supranacionais e da opinião pública transnacional que se delinea independentemente dos limites territoriais. De fato, percebe-se que os transexuais, no mundo inteiro, mobilizam-se em campanhas de reforma das legislações internacionais que consagram categorias diagnósticas patologizantes. Como salienta Bento, “A luta pela despatologização da transexualidade e a luta para retirada do CID de todas as classificações relacionadas ao gênero (travestilidades, fetichismos, transexualidade) é uma das pautas da contemporaneidade que unificam teóricas (os) em várias partes do mundo.”⁴¹

Não obstante tais grupos estarem sujeitos a formas de subordinação de *status* dentro dos limites territoriais, também estão se articulando em diásporas *queer* e se engajando em contrapúblicos subalternos - situados em um enquadramento Pós-Westfaliano e suscetíveis à mobilização da opinião pública internacional. Ademais, como salientam Bento e Pelúcio, há mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul que estão mobilizadas na luta contra a retirada da transexualidade do DSM e da CID.⁴²

A circulação de discursos de oposição de minorias sexuais não hegemônicas excluídas da esfera pública oficial - como transexuais e travestis - tem, progressivamente, desconstruído mecanismos institucionais nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação que impedem a princípio da paridade de participação de transexuais, superando o déficit de liderança política de tais grupos. Paulatinamente, há um maior protagonismo político das lideranças das ONGs que representam grupos transexuais e travestis.⁴³

Esse recente processo de amadurecimento político do movimento é viabilizado por contrapúblicos subalternos situados em uma esfera pública transnacional Pós-Westfaliana. A partir da práxis discursiva das identidades *trans*, em um enquadramento Pós-Westfaliano, o movimento tem reivindicado o slogan de que a identidade de gênero é uma questão de direitos humanos, o que pode ser elucidado com base no referencial teórico de Fraser, assumindo a perspectiva de Fraser⁴⁴, mas relacionando-a à interpretação de Bento⁴⁵, sustenta-se que a proposta de desvincular o gênero do âmbito do saber biomédico representa um passo fundamental para reconhecer o *status* das pessoas transexuais como parceiras plenas e capazes de participarem

40 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world, op.cit.

41 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. Estudos Feministas, 20 (2), Florianópolis, 2012, p. 110.

42 BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

43 BUNCHAFT, Maria Eugenia. Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

44 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

45 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. Estudos Feministas, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.569-581.

no mesmo nível que os outros nas interações sociais.

Portanto, “não é apenas a substância da justiça, mas também o enquadramento que está em disputa. O resultado é um desafio maior para as nossas teorias sobre justiça social.”⁴⁶ Estabelecendo regras de decisão, a terceira dimensão da justiça - o político - estabelece procedimentos e mecanismos decisórios por meios dos quais questões de redistribuição e de reconhecimento são resolvidas. Nas afirmativas de Fraser, “ela revela não apenas *quem* pode fazer reivindicações por redistribuição e reconhecimento, mas também *como* tais reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas.”⁴⁷

Sob esse prisma, segundo Bunchaft⁴⁸, atualmente, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos que lei que tratam dos direitos dos transexuais, como, por, exemplo, os Projeto de Leis 2.976/08⁴⁹, 1.281/11⁵⁰, 658/11⁵¹ e 4.241/12⁵²

Enquanto tais propostas legislativas não são aprovadas, o Judiciário supre a lacuna legal. Sob esse aspecto, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, contemplando a terceira dimensão da justiça - a representação - a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando a atuação dos órgãos políticos não atende às expectativas normativas de minorias insulares, em razão da insuficiência de representação de grupos vulneráveis, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o deficit inerente às suas condições de abertura e de participação.

A questão fundamental é analisar se tais formas de *Constitucionalismo Democrático* vinculam-se ao princípio da paridade de participação ou ao paradigma da autorrealização. Para tal empreendimento, importa aprofundar a reflexão sobre o debate Honneth-Fraser, que assume especial relevância na investigação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

46 FRASER, Nancy. Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2009, p. 16.

47 Idem p. 19.

48 BUNCHAFT, Maria Eugénia. Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

49 DIOGO, Cida. Projeto de Lei 2976/08. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 13.10.2013.

50 LIMA, João Paulo. Projeto de Lei da Câmara 1.281/11. Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501425>>. Acesso em: 13. 10. 2013.

51 RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053>. Acesso em: 13 out. 2013.

52 KOKAY, Erica. Projeto de Lei da Câmara 4.241/12. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552237>>. Acesso em: 13.10.2013. Outrossim, a principal proposta legislativa é o Projeto de Lei nº 5.002/2012, que tramita na Câmara dos Deputados, estabelecendo o direito à identidade de gênero, concebida como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (art. 2º). Segundo esse projeto, o SUS e os planos de saúde estariam obrigados a custear tratamentos hormonais integrais e cirurgias de transgenitalização a todos os interessados maiores de 18 anos. Esses últimos não estariam obrigados a satisfazer qualquer requisito relativo a um tipo de diagnóstico, tratamento ou autorização judicial. Além disso, o projeto prevê que os maiores de 18 anos podem mudar o prenome independentemente de autorização judicial. E libera também para estes a mudança do *status* sexual nos documentos pessoais com ou sem cirurgia. Sob esse aspecto, permite a manutenção dos números dos documentos, omitindo-se os nomes originais. Nas hipóteses de tratamento hormonal, cirurgia de transgenitalização e de mudança de nome e de sexo nos documentos, se o interessado for menor de dezoito anos, é necessário requerimento dos pais ou representantes legais. Se este se opuser, o adolescente pode recorrer à defensoria pública para requerer a autorização judicial mediante procedimento sumário. Até 3 de maio de 2016, o projeto encontrava-se na comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, tendo sido designado como relator o Deputado Luiz Couto, que deu parecer favorável à aprovação, com emenda.

2. REFLEXÕES FILOSÓFICAS SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE Nº 845779 À LUZ DO DEBATE HONNETH-FRASER

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto estabelecendo a sofisticada diferenciação entre igualdade formal, igualdade material (demandas por distribuição de poder riqueza e bem-estar) e igualdade como reconhecimento - que, para o Ministro, representa “o respeito devido às minorias, suas identidades e suas diferenças sejam raciais, religiosas sexuais ou quaisquer outras.”⁵³ Afirma que o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, “[...] é assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade.”⁵⁴ Ao invocar a igualdade como reconhecimento, resgata explicitamente - embora, de forma parcial - o pensamento de Nancy Fraser⁵⁵, quando doutrina que o remédio contra discriminação envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença.

Diante dessa estrutura conceitual, reflete que todos os indivíduos têm direito ao igual valor moral, o qual fundamenta a igualdade como reconhecimento. Nesse ponto em particular, aparentemente assume uma perspectiva deontológica. Em um primeiro momento, aduz que a perspectiva da igualdade como reconhecimento pretende “[...] combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem, ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos.”⁵⁶ No entanto, posteriormente revelará uma ambiguidade conceitual, desvinculando-se do paradigma deontológico em seguida, quando invoca o argumento teleológico da *busca da felicidade*.

Confirma-se que tal argumentatividade reflete um conjunto de discursos implícitos que essencializam a identidade *trans* e consagram a ideia de reconhecimento como autorrealização - insuscetível de superar o binarismo sexual. Nesse panorama, partindo-se da distinção entre sexo e gênero, o Ministro deslinda, expressamente, que os transgêneros são aquelas pessoas que “não se identificam plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao sexo biológico.”⁵⁷ Em suma, o eminente Ministro, embora tenha se preocupado com a efetivação do direito sanitário pretendido, desconsidera que o sexo é uma categoria construída sócio-historicamente.

Argumenta que podem sentir “por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros.”⁵⁸ No caso em tela, segundo Nicholson, com a terceira fase do movimento feminista, o binarismo feminino/masculino é substituído pela compreensão mais ampla, em que o sexo não pode ser independente do gênero, uma vez que deve ser algo que possa ser subsumido pelo gênero.⁵⁹ Butler, nessa fase, explica que tanto sexo como gênero passam a ser concebidos como categorias construídas sócio-historicamente.

Ainda na década de 1980, com o surgimento da Teoria *Queer*, havia uma problematização acerca da Teoria do Binarismo, o que refletiu a multiplicidade de identidades, de vivências e de expressões sexuais possíveis e existentes, questionando-se a ideia de sexualidade desviante. A Teoria *Queer* presume a interpretação antiessencialista de sexualidade, avaliando criticamente as políticas de identidade. A ideia é distanciar-se dos estudos de lésbicas e *gays*, direcionando seu foco para as minorias sexuais não hegemônicas, voltadas para a

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf> >. Acesso em 20 de novembro de 2015.

54 Idem.

55 FRASER, Nancy, Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice. World Culture Report, 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism. UNESCO Publishing, 2000, p. 48-57.

56 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, op.cit.

57 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

58 Idem.

59 NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. Revista de Estudos Feministas. Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.

transformação social e a ruptura com as normas assimétricas socialmente estabelecidas de comportamento sexual, como o travestismo e a transexualidade.

Nesse quadro teórico, os estudos pós-modernos, partindo de pressupostos teóricos semelhantes aos apontados pela Teoria *Queer*, ponderam, também, que as identidades não são perfeitas, fixas, estáveis, coerentes, unificadas, definitivas. Silva⁶⁰ descreve que as identidades são instáveis, contraditórias, fragmentadas, inacabadas, portanto, é possível delinear uma compreensão renovada que desconstrói a divisão binária dos sexos, tendo em vista a multiplicidade de expressões identitárias da sociedade contemporânea.

Fraser⁶¹, por sua vez, contrapondo-se aos remédios afirmativos, se opõe ao binarismo homem-mulher (ou hétero-homo), propugnando desestabilizar o sistema binário de diferenciação sexual que foi expresso, por exemplo, no discurso implícito ao voto da decisão da Ministro Barroso no RE nº 845779.⁶² O reconhecimento afirmativo, direcionado para reparar a injustiça contra homossexuais e transexuais na cultura, engloba a valorização da cultura LGBT, entretanto inspira a reificação identitária, enquanto deixa intacto o código binário homem-mulher que atribui sentido à relação. Assim, a decisão do Ministro contém argumentatividade implícita que reflete remédios afirmativos - tão criticados por Fraser.

Diante do exposto, compreende-se que a estratégia argumentativa ainda reflete a interpretação binária do sistema sexo/gênero - que é questionada também por Fraser - expressa no voto do Ministro-Relator. O binarismo de gênero - enquanto prática aparentemente neutra e sem intenção discriminatória - tem impacto diferenciado e estabelece efeitos capazes de subordinar transexuais femininas.⁶³

Em suma, não é coerente defender a não proibição do uso de banheiros por transexuais e, simultaneamente, invocar a fundamentação teórica atrelada à estrutura binária, a qual engloba pressupostos aparentemente neutros, mas vinculados a padrões heteronormativos - que inspiram sutilmente efeitos estigmatizantes. Com efeito, depreende-se a relevância da necessidade de desconstrução da referida estrutura binária por meio de remédios transformativos estabelecidos em contrapúblicos subalternos. É nesses públicos subversivos que os indivíduos *trans* poderiam tematizar assimetrias da esfera pública oficial que institucionalizam padrões de valores culturais responsáveis pela subordinação de *status*.

Conclui-se, com base nas ponderações de Fraser, pela necessidade de desconstrução da dicotomia hétero-homo, desestabilizando todas as identidades sexuais, o que somente se concretizaria por meio da presença de certos públicos concorrentes que potencializam a circulação de discursos de oposição de grupos excluídos da esfera pública oficial (cujos exemplos são transexuais e travestis).

Fraser pretende revelar como, em processos democráticos da esfera pública, grupos sociais com desigualdade de poder desenvolvem estilos culturais que são desigualmente valorados.⁶⁴ A presença de segmentos do movimento feminista que não consideram mulheres transexuais como tais demonstra as desigualdades de poder nos processos discursivos da esfera pública oficial. Com efeito, as reivindicações de transexuais não se destinam, exclusivamente, aos Estados nacionais nem são tematizadas, apenas, nas esferas públicas nacionais.

De acordo com Bunchaft, a multiplicidade de públicos concorrentes - especificamente no Brasil - proporcionou avanços relevantes nos debates sobre o direito à saúde de transexuais, por meio de acordos e de

60 SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org.). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

61 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.

62 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

63 RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice. Direitos Humanos, transexualidade e o direito dos banheiros. *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 12, 2015.

64 FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.

articulações entre o movimento social de transexuais e o Ministério da Saúde.⁶⁵

O Ministro invocou, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo jurídico inclui:

- a) o valor intrínseco de todos os seres humanos;
- b) a autonomia de cada indivíduo;

O valor intrínseco de todo ser humano pressupõe o princípio do imperativo categórico de que cada pessoa é um fim em si mesmo. No plano jurídico, o valor intrínseco está na base de uma série de direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à igualdade.

Já a dignidade como autonomia implica “o plano filosófico, o livre arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem suas escolhas existenciais e desenvolverem sua personalidade.”⁶⁶ Em síntese, remete à possibilidade de cada indivíduo escolher sua concepção de vida boa. Nessa perspectiva, “Deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.”⁶⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao sustentar o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, propugna-se que, justamente em razão de o Tribunal interpretar a Constituição - e porque os cidadãos se engajam em lutas para convencer-se mutuamente acerca do significado da Constituição -, tais práticas comunicativas de interpretação constitucional inseridas em um enquadramento Pós-Westfaliano fortalecem a paridade de participação de minorias estigmatizadas. Se a paridade de participação contempla a noção de processo, que especifica um padrão procedimental por meio do qual surge a possibilidade de avaliar a legitimidade democrática das normas, então essa reflexividade também congloba processos hermenêuticos de interpretação constitucional. Esse fato singular, então, se cristaliza porque os movimentos sociais contribuem para mudar o ambiente normativo no qual os princípios constitucionais são interpretados, inspirando mutações constitucionais.

Quando a deliberação estiver desprovida de condições que caracterizem seu valor epistêmico, o Judiciário pode inspirar uma nova narrativa simbólica, um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* capaz de transformar a imaginação política da sociedade, suscitando um processo sofisticado de articulação da diferença em uma cultura constitucional aberta e inclusiva. É por meio de contrapúblicos subalternos que as minorias *trans* têm criado arenas discursivas paralelas, não apenas de tematização das assimetrias da esfera pública oficial, mas também de florescimento de influxos hermenêuticos-paritários sobre a Constituição que demonstram o aspecto positivo do *backlash*.

Não obstante, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* incorpora como preocupação central a análise específica e atenta das estruturas de poder que perpassam os processos deliberativos. Nesse sentido, 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.

O conceito central de Fraser - o princípio da paridade de participação - examina a justiça procedimental do processo dialógico, problematizando discursivamente as relações de poder inerentes à deliberação. Ademais, problematiza a justiça substantiva dos resultados do debate. No mesmo ponto de vista, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, potencializando práticas comunicativas de interpretação constitucional dos

65 BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2015.

66 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015.

67 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015, op.cit.

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 minorias estigmatizadas.

Indivíduos *trans* estão se engajando e reivindicando a categoria de parceiros plenos nas interações sociais, contrapondo-se à subordinação de *status*. À vista disso, somente a desinstitucionalização de padrões de valores culturais transfóbicos - vinculados a saberes biomédicos e a concepções normalizadoras de sexo e gênero - pode validar a paridade de participação desses grupos.

Disso infere a centralidade dos contrapúblicos subalternos, enquanto esferas públicas paralelas nas quais cristalizam-se desde interpretações alternativas de grupos marginalizados da esfera pública oficial até impulsos hermenêuticos-interpretativos dos movimentos sociais que propugnam desconstruir práticas aparentemente neutras, mas com impacto desproporcional em relação a grupos vulneráveis.

Com isso, em arenas discursivas subalternas se estabelecem debates a respeito de questões como, por exemplo, a possibilidade de uso dos “banheiros neutros”, do ponto de vista de gênero, destinados, apenas, a transexuais. Essa estratégia tem se revelado como prática estigmatizante, que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, constitui mecanismo aparentemente neutro, porém que inspira discriminação inconstitucional e efetiva subordinação de *status*.

Os movimentos sociais, resgatando o discurso dos princípios constitucionais de abertura argumentativa - mas inspirados pela opinião pública, cada vez mais transnacional - problematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça. E o Judiciário responde a essas demandas de forma juridicamente sensível.

A mudança do paradigma epistemológico biológico para o psicológico ainda não demonstrou potencial para desconstruir a matriz binária e o dimorfismo heteronormativo do sistema sexo-gênero. Os indivíduos, ainda, permanecem sujeitos a um processo de categorização sexual que incorpora uma estratégia discursiva decorrente de uma estrutura binária do sistema sexo-gênero. A preocupação com a descoberta da identidade sexual dos indivíduos faz parte de um conjunto de saberes científicos que, embora englobe o paradigma psicológico, ainda presume a irreversibilidade sexual.

Na medida em que surgem cidadãos politicamente ativos na interpretação da Constituição - engajados em contrapúblicos subalternos hermenêuticos -, o Judiciário pode responder a essas reivindicações, reconstruindo práticas sociais vigentes e padrões heteronormativos normalizadores.

A Constituição simboliza uma construção social e aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais, e não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública Pós-Westfaliana na influência da postura ativa do STF. É por meio de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos - inclusive, em esferas públicas transnacionais - que os movimentos sociais, as minorias e os cidadãos moldam o desenvolvimento do direito constitucional.

Fraser possui recursos conceituais que revelam maior alcance teórico para interpretar e criticar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779, uma vez que defende uma teoria feminista que se opõe à essencialização identitária e ao binarismo de gênero, sem, porém, anular a autonomia do sujeito, assumindo como objetivos a descrição das desigualdades e a formulação de um projeto emancipatório, por meio de contrapúblicos subalternos. Aqui, o referencial teórico de Fraser é democraticamente informado, pressupondo uma crítica ao binarismo sexual que é, ao mesmo tempo, situada e autorreflexiva, oportunizando compreender criticamente o teor do verdadeiro sentido do voto do Ministro Barroso no RE nº 845779.

Fraser aponta o Fórum Social Mundial como expressão da atuação de movimentos antissistêmicos e de militância independente que se inserem na estratégia de construção de contrapúblicos contra-hegemônicos que oportunizam a formação discursiva da opinião e da vontade, independentemente das esferas do poder

institucionalizado.⁶⁸ A Constituição, - enquanto construção social permanente –, assume que a interpretação dos princípios não pode minimizar os *insights* crítico-reflexivos da opinião pública transnacional.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* concebe Constituição como uma construção social aberta aos diálogos transnacionais inspirados por uma esfera pública Pós-Westfaliana, de forma que as demandas mais radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBT não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares. A ideia de contrapúblicos subalternos pode promover o autogoverno e as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com reflexo no desenvolvimento da cultura constitucional.

Logo, com o propósito de evitar que as instituições formais - se transnacionais ou nacionais – limitem, o *imput* dos movimentos sociais, incorporando o último em um processo autopoietico, é fundamental um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* capaz de evitar a lógica da cooptação, a qual permeia questões controvertidas como o uso dos *banheiros neutros* ou a necessidade do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero como requisito para acesso gratuito ao Sistema Único de Saúde (SUS). Exemplificativamente, muitos ativistas receiam que, com a despatologização, possa ocorrer a perda de determinados direitos, como a garantia do acesso gratuito ao processo transexualizador do SUS.⁶⁹ Tais fatos demonstram que uma teoria crítica do reconhecimento deve inspirar uma reflexão sobre a seguinte questão fundamental: como evitar relações de poder político-sociais arbitrarias? O paradigma da autorrealização não responde a essa indagação.

Com efeito, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* demonstra especial alcance teórico para identificar mecanismos aparentemente neutros por meios dos quais as estruturas de poder dominantes manipulam seus argumentos - como por exemplo, reconhecendo o direito sanitário ao uso dos banheiros por transexuais, mas vinculando-se à matriz binária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 845779. Procuradoria-Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015.

BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012, p.569-581.

BENTO, Berenice. *A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados- Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2015.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. *A Indução Analítica*. In: *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 337-354.

DIOGO, Cida. Projeto de Lei 2976/08. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 13.10.2013.

68 FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere: on the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World*. In: FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere*. Massachusetts: Polity Press, 2014.

69 BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. *Estudos Feministas*, 20 (2), Florianópolis, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, *et al.*, v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973.

FASCIOLI, Ana. Justicia Social em clave de capacidades y reconocimiento. *Areté-Revista de Filosofia*, vol. 33, n. 1, p. 53-77, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.

FRASER, Nancy. Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003b.

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

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. *Teoria Crítica no Século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

FRASER, Nancy, *Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice*. World Culture Report, 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism. UNESCO Publishing, 2000, p. 48-57.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77, p. 11-39-2009.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. Transnationalizing the Public Sphere: on the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World. In: FRASER, Nancy. *Transnationalizing the Public Sphere*. Massachusetts: Polity Press, 2014.

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

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

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003b.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de Indeterminação*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. The Point of Recognition: A rejoinder to the rejoinder. In: FRASER, Nancy; HON-

- NETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/New York: Verso, 2003c.
- JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre Constitucionalismo y Democracia? Uma Perspectiva desde el Constitucionalismo Democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 67-95, 2015. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13.01.2015
- JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. *In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Constitucionalismo Democrático-Por uma Reconciliação entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- KOKAY, Erica. Projeto de Lei da Câmara 4.241/12. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552237>>. Acesso em: 13.10.2013.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAZAR, Michelle. *Feminist Critical Discourse Analysis-Gender, Power and Ideology in Discourse*. London: Palgrave, 2008.
- LIMA, João Paulo. Projeto de Lei da Câmara 1.281/11. Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501425>>. Acesso em: 13. 10. 2013.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista de Estudos Feministas*. Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático-Por uma Reconciliação entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 379. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.
- RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice. Direitos Humanos, transexualidade e o direito dos banheiros. *Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 12, 2015.
- RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053>. Acesso em: 13 out. 2013.
- RODRIGUES, Romero. Projeto de Lei do Senado 658/11. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053>. Acesso em: 13 out. 2013.
- SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovani. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. *Civitas*. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.
- STEIN, Ernildo. Sobre a essência do fundamento. *Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- WERLE, Denilson; Melo, Rúrion. Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In: MELO, Rúrion. *A Teoria Crítica de Axel Honneth-Reconhecimento, Liberdade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WYLLYS, Jean; KOKAY, Erica. Projeto de Lei 5.002/13. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei 6.015 de 31.12.1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 04.04.2013.

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