

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO

ELDER PAES BARRETO BRINGEL

**O princípio da soberania popular e a questão das minorias: a
legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia
política do reconhecimento**

**RECIFE
2015**

ELDER PAES BARRETO BRINGEL

O princípio da soberania popular e a questão das minorias: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como um dos requisitos à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

**Recife
2015**

O princípio da soberania popular e a questão das minorias: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento

ELDER PAES BARRETO BRINGEL

Dissertação defendida e aprovada no dia 14 de abril de 2015, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (UNICAP)

Examinador externo: Prof^a. Dra. Maria Eugênia Bunchaft (UNISINOS)

Examinador interno: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Sousa Allain Teixeira (UNICAP)

Dedico este trabalho à minha família.

AGRADECIMENTOS

Este talvez seja um dos momentos de maior realização profissional de minha vida, uma vez que contempla anos de estudo e esforço que vão para muito além dos singelos dois anos de formalidades acadêmicas dentro dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNICAP e da UNISINOS. Sem a ajuda de todos, sem medo de errar ou meias verdades, eu não conseguiria.

Refiro-me às incontáveis horas que tive de abdicar ao lado dos meus pares para preencher todas as exigências que a situação me impunha, esperando e recebendo sempre, de todos, todo o apoio de que precisava. Aos meus pais, à minha esposa, aos meus amigos.

Em especial, antes de todos, mais que todos, ela: minha companheira, amiga, amante, conselheira, parceira, esposa e agora mãe do meu primogênito, Maria Ferraz Bringel. A essa mulher que é forte, que sempre esteve presente, que me aconselha em tudo, que me acalma quando preciso, que me anima quando a apatia chega, que me instiga quando já não há mais forças. Sem essa mulher, sem medo de errar ou meias verdades, eu não conseguiria.

Deles também não há como esquecer, como deixar de lado, como não trazê-los à evidência. Aos meus pais por tudo. Por me darem vida, por fazerem de mim quem eu sou, por custearem os meus estudos, por me mostrarem o caminho, por não me deixarem fraquejar, por me entenderem, por me apoiarem, por andarem ao meu lado. Meus pais, sem medo de errar ou meias verdades, sem vocês eu não conseguiria.

Ao meu irmão, às minhas cunhadas, aos meus sobrinhos, aos meus tios, primos e avós, consanguíneos ou afins, à minha sogra, a Romerinho. A vocês todo o meu amor e a minha dedicação. Sem o amor de vocês, sem medo de errar ou meias verdades, eu não conseguiria.

Adentrando em um ninho ainda distante mas do qual ainda farei parte um dia, *locus* este de muita sabedoria, compaixão e apreço ao próximo, ao meu orientador não oficial, orientador da vida, sem brasões ou títulos, ao meu muitíssimo amigo José Elias Doubard de Moura Rocha.

A quem teve um papel de protagonista na construção das ideias, na percepção do problema, no aprofundamento teórico, por sua disposição e presteza, à Professora Maria Eugênia Bunchaft.

Ao orientador desta dissertação, Professor Gustavo Ferreira Santos, pelos ensinamentos e considerações.

Aos Professores Lênio Streck e Fernanda Bragato pela guarida e ensinamentos quando da passagem pela UNISINOS.

Ao Padre Paulo Henriques, a Daniel Carneiro Leão, à Carol Salazar, à Ivna Feliciano, à Louise Dantas, a Pedro Luciano, a Érico Bruno, a Fabio Paiva, a Albérico Viana, a Avner Pinheiro, a Manoel Correia e a Renan Marques. Com estes eu passei os últimos dois anos de dedicação e estudo e a eles todo meu apreço e gratidão.

Aos amigos que sempre dividem comigo as incertezas, angústias, felicidades e satisfações da pesquisa e da vida acadêmica, Danilo Heber, Pablo Feitosa, Pedro Spíndola, Adalgício Correia, Cícero Ricardo, Mateus Pereira e José Mário.

Àqueles que passaram boa parte de sua vida ao meu lado, dando-me apoio, conforto, carinho e orgulho, Felipe Lacerda, Júlio César, Mariane Borba, Leonardo Porto, João Paulo Bahia, João Paulo Ribeiro, Paulo Ernesto, Alexandre José, Fábio Torres, Mateus Belfort e tantos outros, que por falta de espaço não irei nominar, mas que sabem fazer parte de minha vida.

A todos vocês, sem medo de errar ou meias verdades, sem vocês eu não conseguiria.

Eu tenho um sonho...

Martin Luther King Jr

A lei de ouro do comportamento é a tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos.

Mahatma Gandhi

RESUMO

Esta dissertação de Mestrado se atem a uma discussão que tomou fôlego no debate constitucional da contemporaneidade, tendo como ponto fulcral o embate entre o princípio democrático da soberania popular e a jurisdição constitucional quando esta toma um rumo diverso daquele apontado pelos representantes eleitos pelo povo para o exercício da função criativa do direito. Para tanto, procuramos estabelecer, em primeira linha de raciocínio, a origem mais recente da forma democrática de governo, concluindo pela estruturação tricotômica do instituto, pautado tanto na soberania popular, quanto no controle de constitucionalidade e nos direitos humanos. Partindo do pressuposto de que os estados democráticos de direito da contemporaneidade estão sustentados nestes três pilares (soberania popular, controle de constitucionalidade e direitos humanos), apontamos para a necessidade premente de vislumbrar um exercício democrático que ultrapasse um critério meramente quantitativo, incluindo necessariamente os interesses das minorias na pauta de debates e escolhas de políticas públicas. Neste viés, o presente trabalho realoca a questão das minorias para o centro do debate que discute o aparente embate entre democracia e jurisdição constitucional, levantando a hipótese de que existe uma compatibilização entre institutos a partir do momento em que vislumbramos as minorias como parte integrante da engrenagem decisória. Defendemos ao longo deste escrito que o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais, ainda que sigam um caminho diverso do escolhido pelo legislador originário ou derivado – e ser, por isso, classificado como contramajoritário –, é legítimo nos casos em que tenham sido proferidas decisões sob o auspício de reconhecer direitos fundamentais às minorias sub-representadas democraticamente. Por oportuno, concluímos pela legitimidade das decisões contramajoritárias proferidas pela Suprema Corte na defesa de direitos de minorias, sustentado esta possibilidade sob os pilares teóricos da filosofia política do reconhecimento-redistribuição, mais detidamente a inspirada nos escritos de Axel Honneth e Nancy Fraser, e do constitucionalismo democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel.

Palavras-chave: Decisões afirmativas. Legitimidade. Minorias. Reconhecimento.

ABSTRACT

This master's thesis focuses on a discussion that was raised in the constitutional debate of contemporaneity, having as the main point, the conflict between the democratic principle of popular sovereignty and the constitutional jurisdiction when it takes a different turn from the one indicated by the representatives, elected by the people, for the exercise of the creative function of law. Therefore, we seek to establish, in the first line of reasoning, the latest source of the democratic form of government, ending with the trichotomic structuring of the institute, based on popular sovereignty, and constitutionality review and human rights. Assuming that democratic states of the contemporary law are supported in these three pillars (popular sovereignty, constitutionality review and human rights), we point to the urgent need for envisioning a democratic exercise that goes beyond a purely quantitative criteria, including necessarily the interests of minorities on the agenda for debates and public policy choices. In this bias, the present study relocates the issue of minorities to the center of the debate discussing the apparent conflict between democracy and constitutional jurisdiction, raising the hypothesis that there is a compatibility between institutes from the moment you envision minorities as part of the operative gear. We defend throughout this writing that the constitutionality review exercised by constitutional courts, although they follow a different path chosen by the legislator derivative - and be therefore classified as majority against - is legitimate where decisions have been made under the auspices of recognizing fundamental rights to democratically underrepresented minorities. At last, we conclude with the legitimacy of majority against decisions taken by the Supreme Court in defense of minority rights, sustained this possibility under the theoretical pillars of the political philosophy of recognition-redistribution, the more closely inspired by the writings of Axel Honneth and Nancy Fraser, and the democratic constitutionalism defended by Robert Post and Reva Siegel.

Keywords: Affirmative decisions. Legitimacy. Minorities. Recognition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA VISÃO PANORÂMICA	15
1.1. Democracia e suas origens modernas.....	15
1.1.1. Gênese antiga e diferença moderna.....	15
1.1.2. A base filosófica e política: o subjetivismo e o individualismo.....	19
1.1.3. A soberania popular, o liberalismo político e os direitos do homem.....	24
1.2. A gênese da jurisdição constitucional.....	30
1.2.1. O modelo norte-americano.....	30
1.2.1.1. O debate entre federalistas e antifederalistas.....	31
1.2.1.2. A doutrina Marshall.....	37
1.2.2. O modelo austríaco.....	40
1.2.2.1. O controle de constitucionalidade de Hans Kelsen.....	41
2. A QUESTÃO DAS MINORIAS: POR UMA FILOSOFIA DO RECONHECIMENTO-REDISTRIBUIÇÃO	47
2.1 Por uma definição de minoria: o majoritarismo da democracia liberal moderna e o problema do critério numérico na definição de minoria.....	47
2.2 A luta por reconhecimento e a evolução moral das sociedades: por uma concepção formal de eticidade.....	51
2.3 A crítica de Nancy Fraser ao monismo moral de Axel Honneth: o binômio reconhecimento-redistribuição.....	67
3. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE POST E SIEGEL: UMA POSSIBILIDADE PARA O RECONHECIMENTO-REDISTRIBUIÇÃO DE MINORIAS	76
3.1 A proposta democrática de constitucionalismo de Robert Post e Reva Siegel.....	76
3.2 A mutação dos sentidos constitucionais à luz dos precedentes de Plessy, Brown e Grutter.....	82
3.3 As políticas de ação afirmativa como efeitos do embate racial.....	93
4. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132: UMA EXPERIÊNCIA DE RECONHECIMENTO ATRAVÉS DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL AFIRMATIVA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	100
4.1 As origens e informações gerais acerca da ação.....	100
4.2 Os votos e a decisão do Supremo Tribunal Federal.....	104
5. CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se debate acerca das consonâncias e dissonâncias entre jurisdição constitucional e democracia, bem como das tentativas de conciliar o controle de constitucionalidade com o princípio democrático¹. Facilmente se encontram argumentos aduzindo que a afirmação da força normativa das constituições modernas, pautadas pelas ideias de rigidez constitucional e de limitação do legislador, notadamente sentida com mais força depois das experiências das cartas de direitos declaradas ao longo dos dois últimos séculos, produz perda de legitimidade se confrontadas com o sentimento de soberania do povo representado pelo majoritarismo. Neste sentido, cumpre registrar de início que este trabalho traz como pano de fundo esta discussão que tenta refletir a relação existente entre o princípio democrático da soberania popular² e o controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional na defesa de direitos fundamentais³. Desta feita, a simbiose entre democracia e jurisdição constitucional será a tônica que inspirará todo o construto teórico desenvolvido ao longo desta dissertação, mas que será melhor

¹ “Nos últimos anos, parece mesmo haver se formado um consenso em relação à premência de uma ampla reforma política, que permita ao Estado brasileiro cumprir eficientemente com a sua missão constitucional, muito embora exista dissenso em relação à natureza e extensão das medidas a serem adotadas. Ora, se é certo, por um lado, que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação dos Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada” (RAMOS, 2013, p. 26).

² “A soberania do povo, base do poder constituinte, inicialmente tratada por Marsílio de Pádua e durante a Revolução Francesa fortalecida por La Fayette e Condorcet, foi reduzida pelo Abade de Sieyès ao conceito homogêneo de nação, resultando na “subsequente exploração nacional-plebiscitária e desfiguração populista do poder constituinte. Com a Revolução Francesa, o conceito, capturado no domínio da representação, tornou-se um intrincado paradoxo lógico e uma formulação legal enigmática que produziu apropriações politicamente suspeitas e refutações polêmicas” (KALYVAS, 2013, p. 60-61).

³ “A tensão entre o princípio constitucional e o princípio democrático é em grande parte reflexo da tensão entre direitos fundamentais e democracia. A ideia de direitos fundamentais que se firmou no constitucionalismo moderno representa em geral o estabelecimento de limites negativos e positivos ao processo democrático. (...) Quando um determinado Estado vive sob um regime democrático, no qual a competência pela criação legítima do Direito é monopolizada pelo Poder Legislativo, a exclusão de determinados conteúdos normativos do poder de disposição legislativa da população, e a conseqüente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis, parece entrar em choque com a própria razão de ser da democracia” (MELLO, 2004, p. 143).

entendida a partir da inclusão da questão das minorias dentro do centro de debates.

Assim, em primeira linha de trincheira, já no primeiro capítulo, tentamos entender um pouco mais acerca da origem e formação dos institutos da democracia e da jurisdição constitucional, pelo que dividimos o capítulo em dois grandes tópicos que tratam pormenorizadamente de cada instituto. O primeiro tópico do primeiro capítulo cuida em definir as duas noções preliminares e discrepantes sobre o sentido e alcance da democracia – a dos antigos e a dos modernos, além de estabelecer a base filosófica e política do instituto na modernidade⁴ – apontando para o subjetivismo filosófico e o individualismo político como pilares de formação do instituto, para, ao final, concluir que a democracia dos estados modernos têm como base de sustentação uma visão tricotômica que alia soberania popular, jurisdição constitucional e direitos humanos. Já o segundo tópico do primeiro capítulo trata da gênese da jurisdição constitucional dos estados modernos, que tiveram como berço as experiências norte-americana e austríaca, apontando para a ideia de que a jurisdição constitucional foi garantida a partir do princípio da supremacia da constituição, que implementou o ideal de vinculação e limitação legislativa aos direitos humanos no centro das democracias contemporâneas.

Ato contínuo, o segundo capítulo deste escrito discute a relação existente entre a forma democrática de exercício do poder, pautada na vontade da maioria, e os reflexos sentidos pelos grupos sociais que não a compõem – aqui considerados os grupos minoritários que de alguma forma não obtêm uma representatividade adequada para a defesa de seus direitos e valores. Partindo da ideia de que o critério numérico/quantitativo é insuficiente para tratar das minorias democráticas, defendemos a posição de que o ponto de partida para entender apropriadamente a questão das minorias se liga aos fluxos e impulsos de transformação de identidades e relações de poder fora da ordem jurídica institucionalizada. A partir de então, inspirados nos escritos de Axel Honneth e

⁴ “A modernidade possui tantos sentidos quantos forem os pensadores ou jornalistas. Ainda assim, todas as definições apontam para, de uma forma ou de outra, para uma passagem de tempo. Através do adjetivo moderno, assinalamos um novo regime, uma aceleração, uma ruptura, uma revolução do tempo. Além disso, a palavra encontra sempre colocada em meio a uma polêmica, em uma briga onde há ganhadores e perdedores, os Antigos e os Modernos” (LATOURET, 2009, p. 15).

Nancy Fraser, evidenciamos a importância das lutas por reconhecimento e redistribuição para o debate constitucional da contemporaneidade.

Seguindo uma lógica própria, depois de contextualizarmos a interação existente entre democracia e constitucionalismo no primeiro capítulo e asseverar pela importância do reconhecimento das minorias numa sociedade democrática e pluralista no segundo, apontamos, no terceiro capítulo, para uma alternativa de exercício constitucional que compatibiliza essas variáveis. As principais instituições do poder público, bem como as organizações civis em geral têm como função primordial garantir o cumprimento das constituições, mas de uma forma que reconheça as controvérsias morais como características das sociedades pluralistas da contemporaneidade, oportunizando um diálogo construtivo e inclusivo aos mais variados grupos sociais. Nesse ínterim, trouxemos à baila o desenvolvido teórico propugnado por Robert Post e Reva Siegel na seara do constitucionalismo norte-americano, defendendo a tese de que é legítima a defesa de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário por parte do judiciário quando do exercício da jurisdição constitucional.

Por fim, no último capítulo, ilustramos uma experiência de reconhecimento através da atuação jurisdicional afirmativa do tribunal constitucional brasileiro quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, oportunidade em que foram julgados procedentes os pedidos das ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico, à qual deverão ser aplicadas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Cumprir registrar, ainda, que todo o trabalho foi erigido a partir de uma metodologia bem específica, tendo sido adotado o referencial teórico da Filosofia Política do Reconhecimento-redistribuição (mais detidamente do debate travado entre Axel Honneth e Nancy Fraser) para dar cabo às discussões acerca da legitimidade das decisões contramajoritárias proferidas pelos Tribunais Constitucionais, alinhando o entendimento desenvolvido nos primeiros capítulos ao modelo de Constitucionalismo Democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel. Para tanto, revisamos a literatura referente à fundamentação teórica exposta, construindo um quadro teórico que foi capaz de estruturar

conceitualmente o desenvolvimento da pesquisa. Não obstante, também nos utilizamos da análise de conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, evidenciando toda a exposição de motivos e fundamentos sustentados pelos Ministros no acórdão publicado, tudo para ilustrar uma experiência de reconhecimento por meio da atuação jurisdicional afirmativa do tribunal constitucional brasileiro.

1. DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA VISÃO PANORÂMICA

1.1 Democracia e suas origens modernas

1.1.1 Gênese antiga e diferença moderna

Remete-se a origem do termo democracia, bem como a construção de suas bases teóricas e práticas, ao gênio do povo grego. Desenvolvido por volta do século V a.C. na cidade de Atenas, em excessiva simplificação, o instituto pode ser atrelado ao significado de “governo do povo”. Etimologicamente democracia vem da junção de dois termos, quais sejam, “demos” ou “demo”, que significa povo, e “kratos” ou “krateia”, que significa poder (FERREIRA, 2004, p. 605).

Assim, democracia seria o poder que advém do povo, que é exercido pelo povo, o que nos faria pensar em uma adequação ao sentido moderno de democracia enquanto forma de governo atrelada às ideias contratualistas⁵ de soberania popular. Mas a essência de democracia exercida àquela época em muito se difere dos anseios e desdobramentos da sociedade moderna⁶, fazendo-se necessário um aprofundamento preliminar acerca dos fundamentos do instituto em sua origem mais remota, distinguindo-o do conceito e significação modernos.

Falando na democracia constituída na antiguidade, Bobbio nos adverte que o pensamento político grego foi capaz de nos transmitir uma tipologia das formas de governo muito bem estruturada, da qual a democracia seria uma das

⁵ “Os contratualistas partem da ideia de que o Estado moderno precisa de um contrato social para criar o direito positivo. Na concepção dos contratualistas, não existe a desconsideração do Direito Natural. Os contratualistas apenas dizem que o Direito Natural não é suficiente para sustentar o Poder do Estado moderno. (...) Os contratualistas sempre fazem uma construção bastante abstrata, criando um “estado de natureza”. Os direitos naturais do estado de natureza não sustentam o Poder do Estado moderno; precisa-se criar algo que o sustente, o Direito Positivo. (...) A concepção de que o contrato social é o instrumento que capacita o Estado moderno a ter o poder é uma ideia que sobrevive até os dias de hoje” (ROCHA, 2007, p. 66).

⁶ “A modernidade era uma concepção de movimento e mudança que acabaria por fazer das movimentações e transformações algo redundante, obrigando-as a operar fora de suas próprias atividades – uma concepção de movimento e mudança, mas com uma linha de chegada. O horizonte que a modernidade mirava era a visão de uma sociedade estável, solidamente enraizada, da qual qualquer desvio mais acentuado apenas pode ser uma mudança para pior.” (BAUMAN, 2010, p. 12).

espécies. Para ele, a democracia dos antigos poderia ser definida como um governo de muitos, dos mais, da maioria, como um governo do povo (BOBBIO, 2013, p. 31); em contraposição ao governo de uns poucos, conformador da forma aristocrática, cuja origem etimológica remonta à junção dos termos “aristoi” ou “aristo”, que significa “melhores” ou “os bons” em sentido social, e “kratos” ou “krateia”, que significa poder (FERREIRA, 2004, p. 208).

Há que se frisar, todavia, que essa maioria, esses muitos, esse povo referenciado pelos antigos não tem a mesma significação, ou amplitude, dos modernos. Isto por uma razão muito simples: o estrato social dos gregos era muito bem definido por alguns poucos cidadãos aptos à coisa pública. Boa parte da população que compunha o povo grego era formada por escravos impedidos do exercício político (BARBOSA, 2014, p. 37). As mulheres e estrangeiros também eram excluídos do exercício de cidadania. Não obstante, todos os outros, estes sim, cidadãos, eram conclamados às discussões públicas e exerciam seu poder-dever comunitário através de uma participação direta na tomada de decisões. Não se tem notícia nessa época de uma organização através de partidos políticos. A democracia em Atenas não era exercida através de representantes, razão pela qual as decisões eram tomadas pela opinião individual de cada cidadão grego que era livre para participar das assembleias que tratavam das questões civis.

Aqui já se antevê uma enorme disparidade com o exercício democrático moderno, emoldurado, como se verá mais adiante, em uma estrutura de tomada de decisões por meio da representação (BOBBIO, 2013, p. 36). O exercício do poder se dará, então, séculos adiante, de forma indireta, por representantes escolhidos pelo povo para defender seus interesses nas assembleias constituídas para esse fim. A justificativa moderna pela escolha representativa de democracia se baseava no argumento de que as sociedades antigas, diferentemente das modernas, eram menos complexas e populosas. Além disso, suscitavam uma certa instabilidade no exercício democrático grego justamente em razão da participação direta, sob o auspício de que os antigos estariam mais sujeitos às paixões momentâneas e sentimentos deveras descentralizados na voz inconstante de todos.

Segundo Bobbio, os modernos justificavam sua convicção de que a democracia indireta era melhor que a direta argumentando que os

representantes eleitos pelos cidadãos estariam em melhores condições para avaliar quais seriam os interesses gerais que melhor aproveitariam os próprios cidadãos. Estes estariam fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares, alcançando a democracia indireta os fins a que se predispõe a soberania popular (BOBBIO, 2013, p. 34).

Uma outra questão fulcral, e que merece igual preocupação, diz respeito ainda ao conceito de liberdade que também diverge entre antigos e modernos. Enquanto a liberdade dos antigos estava relacionada à distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; a liberdade dos modernos se resume na segurança nas fruições privadas garantidas pelas instituições.

Nesse sentido, uma transcrição de Benjamin Constant:

O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições (CONSTANT, 1965, p. 252).

Aos antigos era aberta a possibilidade de decidir sobre quaisquer assuntos da *res pública*, e sua opinião tinha igual valor, mesmo peso, de todas as outras manifestações individuais, cabendo-lhe decidir sobre a guerra ou paz, a vida ou a morte, sempre dentro do exercício do poder democrático do cidadão grego considerado como um corpo coletivo e orgânico; mas no que se referia à vida privada ele estava adstrito à vontade coletiva deste grupo social orgânico considerado como todo, nunca como partes individuais.

Mais uma transcrição de Benjamin Constant:

Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida; e, se, em épocas determinadas, mas raras, durante as quais ainda é cercado de precauções e impedimentos, ele exerce essa soberania, é sempre para abdicar a ela (CONSTANT, 1985, p. 01-02).

Os modernos, por sua vez, elevaram o indivíduo ao mais alto grau de preferência. A independência privada e os interesses particulares dos cidadãos para a fruição dessa autonomia é que dão fundamento para existência do Estado, que se justifica pelo respeito aos direitos individuais e pela proteção da independência dos particulares e suas ocupações. Mas este é um tema que será melhor abordado nos tópicos seguintes, pelo que sua simples menção já cumpre os anseios designados para este tópico.

Assim, o ideal a ser defendido pela sociedade constituída também era diversa nos antigos e nos modernos, influenciando sobremaneira a composição conceitual de democracia. Distinguir a noção de igualdade entre igualdade formal ou igualdade substancial, ampliar ou restringir esse conceito de igualdade evidenciará mais uma vez em que termos está se falando de democracia. Para os neófitos do exercício democrático bastava assegurar condições formais que assegurassem uma participação igualitária no processo de tomada de decisões; noção que não se mostrava suficientemente adequada aos antigos.

Nesse sentido, uma passagem da obra de Bobbio:

É inegável que historicamente “democracia” teve dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se coloca em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático deveria se inspirar, que é o da igualdade. À base dessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. (BOBBIO, 2013, p. 37-38).

Enfim, estas são algumas preocupações preliminares que tratam da construção de um ideal moderno de democracia que ainda será mais bem delineado no seguir dos tópicos que compõem este capítulo. Ocupamo-nos, aqui, em definir as duas noções preliminares discrepantes sobre o sentido e alcance da democracia para, em seguida, apontar para um possível novo direcionamento acerca do exercício democrático de tomada de decisões.

Mas cumpre a partir de agora traçar com mais detalhes a formação do ideal moderno que formatará a noção de democracia que será trabalhada no decorrer deste escrito.

1.1.2 A base filosófica e política: o subjetivismo e o individualismo

Para bem construir o significado e amplitude dada a democracia na era moderna imprescindível tratar, mesmo que rapidamente, dos pilares filosóficos e políticos que deram sustentação ao instituto. Não se pode fazer um corte epistemológico que trate diretamente das teorias contratualistas fundadoras do ideal democrático moderno sem antes mencionar aquilo que serviu de substrato para conformação dos movimentos sócio-político-econômico-culturais⁷ que deram vazão ao ideal de vida moderna⁸.

O ideal moderno, e por consequência a democracia desenvolvida a partir do século XVIII, não emergiu do nada como em passe de mágica. Ele é fruto de um longo e gradativo processo de negação que culminou, nas palavras de Sérgio Paulo Rouanet, em um novo projeto de civilização (ROUANET, 2003, p. 44). Seguindo as bases hegelianas e sua filosofia da história, a humanidade passou por infindáveis processos dialéticos de constante afirmação, negação e ressurgimento, podendo, a modernidade, ser entendida, desta forma, como a síntese da negação de uma afirmação. Mas que afirmação era esta e qual foi a negação capaz de desestabilizar o antigo regime, culminando na modernidade? Resumindo em poucas palavras, a afirmação pode ser entendida como a tradição medieval, e a negação como o Iluminismo. Deste choque, nos ensinamentos de Nicola Abbagnano, surge o renascimento do espírito que já fora próprio do homem da época clássica:

Escritores, historiadores, moralistas e políticos, todos estão de acordo em que se teria verificado na Itália, a partir da segunda metade do século XIV, uma mudança radical na atitude dos homens perante o mundo e a vida. Convencidos como estão do início de uma época nova, constituindo uma ruptura radical com o mundo medieval, procuram explicar a si mesmos o significado dessa mudança. Esse significado, atribuem-no então à renascença de um espírito que já fora próprio do homem na época clássica e se perdera durante a Idade Média: um espírito de liberdade, pelo qual o homem reivindica a sua autonomia

⁷ Entendo o Iluminismo como um movimento que surgiu na Europa e que pregava o uso da razão (as “luzes”) em confronto ao teocentrismo (as “trevas”) na construção do conhecimento humano. Interessante notar também que o liberalismo político e econômico foram a tônica do movimento que promoveu profundas mudanças políticas, econômicas e sociais, dentre as quais destacamos a reforma protestante, a mercantilização da economia, a expansão comercial, o surgimento da classe burguesa, dentre muitas outras.

⁸ “A era da modernidade (isto é, a era marcada pela presença de valores duais de autonomia pessoal e racionalidade social) não pode terminar; só pode se consumir. Ela ainda não se consumou. Continua sendo função dos intelectuais levar o projeto de modernidade rumo à sua realização” (BAUMAN, 2010, p. 260).

de ser racional e se reconhece como intimamente ligado à natureza e à história, apresentando-se resolvido a fazer de ambas o seu reino. (ABBAGNANO, 2000, p. 09).

O embrião da era moderna havia sido semeado.

Em grosseira síntese, mas de fundamental necessidade aos fins a que se propõe este tópico, algumas considerações sobre estas fases de “desenvolvimento”, de “evolução” do pensamento humano merecem ser declinadas.

O abalo sísmico renascentista capaz de ruir com os pilares medievais, ditando novos rumos, pode ser inicialmente representado pelas ideias de Leonardo Da Vinci, Galileu e a revolução copernicana, aperfeiçoada por Kepler, reestruturando – ou se levarmos em conta o conceito de ciência de hoje, inaugurando – as bases da ciência moderna. A verificação, observação, constatação e experimentação passaram a integrar a produção de verdades científicas e a natureza ganhou a possibilidade de representação matemática, atacando a antiga tradição baseada em verdades reveladas⁹.

Acontece que a investigação científica, tal como se revelou nas instituições de Leonardo e na obra de Galileu, era uma investigação baseada na observação e na experiência. E a observação e a experiência não são coisas que possam limitar-se a ser anunciadas e programadas, não podem permanecer na fase de simples ideias, têm que se empreender e levar efetivamente a cabo. Não podem, porém, empreender-se nem levar-se a cabo se não se apoiarem num interesse vital, interesse este que só pode ser constituído pela convicção de que o homem se encontra firmemente implantado no mundo da natureza e de que as suas faculdades cognoscitivas mais eficazes e adequadas são precisamente aquelas que derivam de suas relações com a natureza (ABBAGNANO, 2000, 17).

A política não ficou imune à renovação iluminista, e Maquiavel, considerado o primeiro escritor político medieval, abriu as possibilidades para as

⁹ “Monod (1970) já afirmava que ‘as sociedades modernas são construídas sobre a ciência’. Considera que, ao adotarem o conhecimento objetivo como fonte única de verdade, as sociedades modernas romperam com tradições milenares e se impuseram uma renúncia a outras fontes de alimento para o espírito. Entretanto, a ideia de conhecimento científico se impôs em virtude de seu prodigioso poder de realização. As sociedades modernas aceitaram as riquezas e os poderes que a ciência lhes oferecia e parecem ter-se encantado com a perspectiva de um desenvolvimento prodigioso da humanidade. E mais: as fontes de valores que antes se fundiam ficaram então separadas. As sociedades modernas tentaram se manter vinculadas às tradições anteriores, animistas, religiosas, para justificar seus valores, sua ética, mas abandonaram essas tradições como fonte de conhecimento e de verdade. Instalou-se a disjunção entre conhecimento científico e ética, então pertencentes a domínios diferentes (VASCONCELLOS, 2012, p. 17).

novas práticas políticas, introduzindo as noções do seu objetivismo histórico e realismo político. Seus escritos escancararam os bastidores políticos da época e inculcaram um sentimento de necessidade de atividade política, não devendo mais o homem se sujeitar, a partir de então, ao curso passivo dos acontecimentos.

A objetividade histórica e o realismo político são, pois, as condições fundamentais do regresso às origens. Estas duas condições constituem, na verdade, as características da obra de Maquiavel, o qual, por um lado, se volta para a história, procurando encará-la na sua objetividade, no seu fundamento permanente, que é a substância imutável da natureza humana, e, por outro, observa a realidade política que o rodeia e a vida social na sua verdade efetiva, renunciando a toda e qualquer atitude de êxtase perante repúblicas e principados cuja existência real jamais foi vista ou reconhecida (ABBAGNANO, 2000, p. 43).

A vida religiosa toma novos horizontes pela reforma protestante de Lutero, Zwingli e Calvino, que eliminam a intermediação da autoridade religiosa para o exercício da fé, libertando os fiéis das revelações eclesiais do divino, aproximando-os dos textos religiosos traduzidos para várias línguas. O divino, a fé, a religiosidade passa a ser defendida como um sentimento individualizante de um todo, como um sentimento de um, mas vivido por todos.

Tal foi a tarefa da reforma religiosa, à qual se liga necessariamente, tal como no Humanismo, um momento filológico: restabelecer na sua pureza e genuinidade o texto bíblico. Mas, precisamente como no Humanismo, o momento filológico é o instrumento de uma exigência mais profunda, a de regressar ao significado verdadeiro e original da palavra divina para se fazer valer com toda a eficácia do seu poder de renovação (ABBAGNANO, 2000, p. 96).

Giordano Bruno, Nicolau de Cusa, Guilherme de Occam e Bacon, dentre outros, abrem novas possibilidades filosóficas, garantindo o fundamento do novo direcionamento renascentista. Eles não garantem um novo fundamento para o afloramento da racionalidade moderna, mas semeiam uma filosofia mais aberta, menos dependente da metafísica medieval e mais próxima aos anseios da nova ciência.

O princípio da douta ignorância leva Nicolau de Cusa a uma nova concepção do mundo físico, a qual, por um lado, vai se ligar às pesquisas dos últimos escolásticos, especialmente de Occam e, por outro, preludia diretamente a nova ciência de Kepler, Copérnico e Galileu (ABBAGNANO, 2000, p. 65).

Diante de todo este turbilhão de novas ideias e acontecimentos, o pensamento moderno, a transposição do paradigma medieval, pode ser considerado inaugurado com afloramento das ideias de Descartes. Considerado o pai da filosofia moderna, e, via de consequência, fundador da nova forma de pensar e ver o mundo, Descartes cria um sistema garantidor das novas descobertas.

Descartes parte do pressuposto de que os homens teriam algo de comum entre eles e que isto os diferenciaria dos outros animais, concluindo que esta igualdade humana seria a razão, a capacidade de pensar e compreender-se pensante. A partir daí ele se percebe diante de uma realidade tão florescente e fértil, mesmo comparando-a com épocas passadas, que supôs poder tomar a liberdade de julgar por si próprio tudo o que lhe aprouvesse.

Decidi fazer de conta que todas as coisas armazenadas no meu espírito até aquele momento eram tão ilusórias como meus sonhos. Mas logo percebi: no mesmo instante em que pensava sobre a falsidade do meu conhecimento, era necessário que pelo menos eu, que pensava, fosse alguma coisa. Esta verdade – eu penso, logo existo – era tão firme e certa que as mais extravagantes suposições dos cétricos não abalariam. Julguei que podia aceitá-la sem receio, como o princípio fundamental da filosofia que procurava (DESCARTES, 2008, p. 14)

Esta foi a razão e o fundamento para tentar construir algo de novo, algo seu, sem influências. Soltar-se das amarras dos estudos letrados, das verdades reveladas, ir diretamente à fonte: o mundo e o seu próprio espírito. Essa premissa primeira, como se vê na segunda e terceira parte do *Discurso do Método*, parte da ideia de “Penso, logo existo”, da ideia de “cógito”, de “ser pensante”, e assim semeia o ressurgimento da subjetividade clássica (DESCARTES, 2008, p. 14).

Foi esta subjetividade cartesiana que foi capaz de dar sustentação teórica aos novos enlacs modernos. Mas Descartes foi apenas o primeiro dentre os que se seguiram na construção de um subjetivismo moderno propriamente dito, a exemplo de Immanuel Kant, dentre outros.

O próprio Kant declina ter acordado do sono dogmático, remetendo à lembrança de David Hume¹⁰:

¹⁰ “A percepção é sempre relativa ao observador. Esta é a conclusão definitiva que Kant retira do empirismo cético de Hume. Diante da ambiguidade do conceito de “subjetividade”, porém,

Confesso francamente: a lembrança de David Hume foi justamente o que há muitos anos interrompeu pela primeira vez meu sono dogmático e deu às minhas pesquisas no campo da filosofia especulativa uma direção completamente nova. Eu estava bem longe de dar ouvidos a suas conclusões, que resultavam simplesmente do fato de ele não se ter proposto sua tarefa em toda a sua amplitude, mas de ter visto apenas uma de suas partes, que, sem levar em consideração o todo, não pode dar informação alguma. Quando se parte de um pensamento já fundado, apesar de não mais ter sido desenvolvido, que um outro nos deixou, pode-se esperar ser possível levá-lo, através da reflexão, mais além do que o perspicaz homem, a quem se deve a primeira centelha de luz, o levou (KANT, 1980, p. 10).

A partir de então é relatado pela história uma mudança radical de comportamento que se seguiu pelos séculos XVII e XVIII, tendo sido detectado um movimento cultural desenvolvido na Inglaterra e França, caracterizado pela inovação intelectual, dando origem a ideias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia insurgente.

Eis as sementes do individualismo político moderno.

Mas a subordinação ao Estado e às minorias favorecidas da época começa a incomodar esta crescente e cada vez mais forte classe burguesa que, embora não sofresse todo o mal acometido à casta menos abastada de trabalhadores, se sentia desprestigiada com as injustiças cometidas. E é com a influência dessa nova classe, a burguesia, que John Locke, Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, seguidos por Montesquieu, nas suas teorias contratualistas, permitiram uma reviravolta política, até então subordinada ao absolutismo da época. Uma crescente ideia de valorização do homem enquanto homem, de combate aos privilégios de poucos, de resistência ao pagamento de tributos expropriatórios para financiamento de guerras vazias foi tomando conta do espírito do povo, pondo em cheque a ideia de súdito (BOBBIO, 1992, p.58-59).

Rousseau afirmava:

E assim, o primeiro olhar que lançou sobre si mesmo lhe produziu o primeiro movimento de orgulho; assim, mal sabendo ainda distinguir as ordens e contemplando-se como o primeiro por sua espécie, preparava-se já para pretender o mesmo como indivíduo (ROUSSEAU, 2005, p. 30).

isso não significa que, em Kant, a percepção seja subjetiva no sentido de peculiar a cada indivíduo, mas sim que o ser humano enquanto tal nada pode dizer da coisa em si devido às determinações subjetivas de sua constituição, por assim dizer, genética” (ADEODATO, 2005, p. 30-31).

O soberano e sua ideia de governar para o povo enquanto nação, enquanto conjunto, coletividade, sai de cena e o individualismo político aflora com toda sua amplitude, trazendo à baila as noções de igualdade e de soberania do povo.

Acerca da concepção de individualismo político Bobbio assevera:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; (...) Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. A mesma inversão ocorre com relação à finalidade do Estado, a qual, para o organicismo, é a *concordia* ciceroniana (a *omónoia* dos gregos), ou seja, luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre de condicionamentos externos (BOBBIO, 1992, p. 60).

Ainda acerca da ideia de individualismo na construção da lógica moderna, cumpre transcrever uma passagem de Celso Lafer:

É neste contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensejou o tema dos direitos humanos, a saber, o individualismo na sua concepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêm no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade (LAFER, 1988, p. 120).

Nascem, assim, as bases da democracia moderna. O subjetivismo filosófico e o individualismo político desenvolvidos na modernidade conseguiram dar fundamento e sustentabilidade às transformações sociais sentidas à época. A ideia de organizar o Estado e a sociedade através da razão e da vontade, da subjetividade, da individualidade, pondo em cheque a tradição e os costumes, foi a grande novidade da Ilustração (LAFER, 1988, p. 123).

1.1.3 A soberania popular, o liberalismo político e os direitos do homem

A forma democrática de governo estabelecida na modernidade, como dito alhures, não emergiu do nada como em passe de mágica. Ela é fruto de um processo de reformulação que se seguiu pelos séculos XVIII e XIX, de inspiração

iluminista, que tentava submeter o *ancien regime* a uma nova proposta civilizatória.

Na baixa idade média (entre meados do século XI até o século XV), depois da feudalização da economia, da hierarquização da sociedade através dos estamentos e da ruralização da Europa, a força política e econômica restou titularizada pelos senhores feudais que o exerciam de forma descentralizada e fragmentada, o que enfraquecia severamente a força dos monarcas. Estes, por sua vez, logo trataram de expandir suas influências e, no afã de concentrar o poder em suas mãos, promoveram a distribuição de títulos e benefícios às lideranças locais, conclamando o povo a segui-los. A estratégia deu certo e em pouco tempo os Estados Estamentais foram transformados em Estados Absolutos, como assevera Miranda:

Mas o Estado estamental cedo seria substituído pelo Estado Absoluto, o qual, afirmando o princípio da soberania, não mais aceitaria qualquer interposição a separar o poder do príncipe e os súbditos. Ora, desaparecendo as ordens e as classes (enquanto portadoras de faculdades políticas), perante o poder soberano todos os grupos e todos os homens são iguais. O rei atinge todos e todos estão sujeitos ao rei. Sob este aspecto, o Estado absoluto — que, aliás, se pretende legítimo, e não tirânico — viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades. (MIRANDA, 2000, p. 06).

O poder, assim, passou a ser concentrado nas mãos dos monarcas e justificado pela vontade divina alardeada pela igreja, resultando em pouco ou quase nenhum filtro de limitação, o que gerou um sentimento de absolutismo por parte dos detentores do poder que passaram a exercer sua vontade soberanamente.

Mas como assentado linhas acima, esta subordinação ao monarca e às minorias favorecidas da época começou a incomodar uma classe que ganhou força a partir da reformulação da economia europeia: a burguesia. E é através da influência burguesa e seu espírito não intervencionista que a Escola Clássica

dos Direitos Naturais¹¹ vai formatar as teorias contratualistas¹² que levarão o absolutismo monárquico como forma de governo à decadência, dando vez ao Estado Liberal.

As considerações de Bobbio acerca deste processo, enaltecendo o individualismo em contraposição ao organicismo:

Historicamente, o estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crises mais agudas, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra no século XVII e da França do fim do século XVIII); racionalmente, o estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. Enquanto o curso histórico procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquista de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, através de um processo de gradual liberalização, a doutrina percorre o caminho inverso, na medida em que parte da hipótese de um estado inicial de liberdade, e apenas enquanto concebe o homem como naturalmente livre é que consegue construir a sociedade política como uma sociedade com soberania limitada. [...] O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa, como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, conforme a forma aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes (BOBBIO, 2013, p.14-15).

Em primeira linha de trincheira estava o exercício absoluto e ilimitado do poder por parte do monarca, que logo foi desmentido pelos contratualistas através das ideias de estado de natureza e de pacto ou contrato social. A legitimação do exercício do poder adviria do povo e somente para o bem dele deveria ser exercido. O afloramento desse ideal de bem comum só ganhou força a partir de então, o que ampliou o campo de atuação e influência dos

¹¹ “O jusnaturalismo racionalista procura eliminar a vontade de Deus como elemento exterior ao direito, buscando uma base racional independente. Um bom exemplo é a obra de Pufendorf, *Do direito natural e das gentes*, na qual fixa a função imperativa do direito em detrimento da função indicativa ou permissiva (obviamente, esta não é sua terminologia). Isto porque o direito radica na *imbecillitas* ou desamparo do ser degradado que é o homem; a *imbecillitas* gera a *socialitas*, a sociabilidade, o conceito básico do direito natural” (ADEODATO, 2002, p. 20).

¹² “Os contratualistas partem da ideia de que o Estado moderno precisa de um contrato social para criar o Direito Positivo. Na concepção dos contratualistas, não existe a desconsideração do Direito Natural. Os contratualistas apenas dizem que o Direito Natural não é suficiente para sustentar o Poder do Estado moderno; portanto, os Direitos Naturais de Grócio e Pufendorf devem ser transformados em um Direito Positivo moderno” (ROCHA, 2007, p. 66).

jusnaturalistas¹³. A sociedade passou a ser vista como um artifício para a manutenção dos direitos naturais do homem, indivíduo, singularmente considerado. E foi da junção destes inúmeros e complexos fatores que o homem inicia a construção de seu novo projeto civilizatório.

É nesse sentido que Bobbio traduz o pressuposto filosófico do Estado Liberal em contraposição ao Estado Absoluto:

O pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segunda a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer à força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (BOBBIO, 2013, p. 11).

Ingo Wolfgang Sarlet também trata da doutrina jusnaturalista como fonte de inspiração e fundamentação à limitação do poder do soberano e às primeiras declarações de direitos humanos:

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. (...) A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista (SARLET, 2009, p. 38-40).

Sentiu-se a necessidade de organizar e distribuir o poder através de estruturas formatadas por leis gerais (fundamentais ou constitucionais), que seria exercido dentro destes limites pré-estabelecidos. O Estado de Direito, então, fruto das concepções liberais, passa a vincular e limitar o exercício do

¹³ “O Direito Natural surge no fim da Idade Média e consolida-se no Século XV, opondo-se ao Direito Divino medieval. (...) O Direito Natural é o Direito da condição humana que sai do homem e se traduz em leis formais ou não, mas deixa de lado o divino como parâmetro para julgar e punir aqui na Terra (temporalmente). (...) Basicamente, temos dois tipos de Jusnaturalismo ou Direito Natural: da condição humana – Direito Natural Inato; empírico-social – com base na experiência social e compreende os autores contratualistas do século XVIII” (ROCHA, 2007, p. 57-58).

poder às regras previamente estabelecidas, segundo Rousseau, pelo povo e para o povo. Vale ressaltar que este processo dará vazão e impulso ao movimento que será definido algum tempo depois como Constitucionalismo¹⁴.

Desta interação entre governante e governados que antecede as revoluções americana e francesa é que surge a ideia de direitos humanos como direitos dos indivíduos face ao poder do soberano do Estado Absoluto. A doutrina liberal, portanto, emancipa o poder político e econômico das tradicionais peias de poder (LAFER, 1988, p. 126).

Outrossim, como consequência do influxo do Estado Liberal e consequente limitação do poder do soberano através do Estado de Direito, um sentimento de proteção de alguns direitos mínimos considerados invioláveis, inalienáveis e naturais ao homem foram ganhando força e fundamento a partir dos teóricos do jusnaturalismo e do contratualismo, eclodindo tempos depois em declarações que bradavam a luta e o respeito por tais direitos.

Fábio Konder Comparato sinaliza este berço dos direitos humanos aduzindo:

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada (COMPARATO, 2007, p. 12).

O Estado Democrático de Direito, fruto do liberalismo político, só pode ser considerado maduro, então, depois da inclusão dos direitos naturais, assim considerados como núcleo duro intangível da ingerência estatal, na base dos sistemas jurídicos modernos, que expressamente os declararam em suas constituições.

Mais uma vez uma passagem de Bobbio:

[...] quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal,

¹⁴ “Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se ao constitucionalismo como o movimento político e jurídico que visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas” (FILHO, 2008, p. 07).

Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerias do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis (BOBBIO, 2013, p. 18-19).

Acerca do afloramento das declarações de direitos, Lynn Hunt assenta ainda a diferença das duas grandes cartas de direitos erigidas à época, quais sejam, a norte-americana e a francesa:

Havia duas versões da linguagem dos direitos no século XVIII: uma versão particularista (direitos específicos de um povo ou tradição nacional) e uma universalista (os direitos do homem em geral). Os americanos usavam uma ou outra linguagem, ou ambas em combinação, dependendo das circunstâncias. (...) Em contraste, os franceses adotaram quase imediatamente a versão universalista, em parte porque ela solapava as reivindicações particularistas históricas da monarquia (HUNT, 2009, p. 116-117).

Na mesma linha de raciocínio, uma passagem de Douzinas:

As diferenças entre as aspirações políticas da guerra pela independência dos Estados Unidos e os objetivos sociais da revolução social francesa foram exaustivamente discutidos. O objetivo dos documentos norte-americanos era legitimar a independência política da Grã-Bretanha, ao passo que o do francês era depor a ordem social do *ancien régime* (DOUZINAS, 2009, p. 101).

Tratando da história do constitucionalismo moderno, mais precisamente do impacto das revoluções americana e francesa na formatação dos estados da Europa Ocidental e América Latina, Horst Dippel aponta para um processo ainda em formação, dependente de novas leituras:

Em vez de perguntar quando e onde ideias e instituições americanas ou francesas foram copiadas, como tem sido feito até agora, o desenvolvimento constitucional dos dois países aparece com uma nova áurea, exigindo novas respostas. A história do constitucionalismo moderno deliberadamente se afasta das etapas da história constitucional nacional e inicia uma perspectiva global. Os documentos para esta nova abordagem estão todos aí. Tudo o que precisamos é de uma nova leitura, comprometida em abrir maiores espaços, novos panoramas¹⁵ (DIPPEL, 2005, p. 19).

¹⁵ "En vez de preguntar cuando y donde las ideas e instituciones americanas o francesas fueron copiadas, como se ha hecho hasta ahora, el desarrollo constitucional de ambos países aparece con una nueva luz, demandando nuevas respuestas. La historia del constitucionalismo moderno deliberadamente se aleja de los pasos de la historia constitucional nacional e inicia una perspectiva global. Los documentos para esta nueva aproximación están todos allí. Todo lo que

Cumpra registrar por derradeiro que não é intenção deste escrito tecer considerações mais contundentes e profundas acerca da discussão filosófica que permeia o construto teórico de crítica¹⁶ aos direitos humanos, na esteira de Hannah Arendt, Celso Lafer, Costas Douzinas, Walter Mignolo, Chandra Muzaffar e outros mais.

Apresentadas, ainda que perfunctoriamente, as noções acerca da origem e estruturação do Estado moderno, centrado no ideal democrático advindo do liberalismo político, passemos agora a nos deter à jurisdição constitucional, estabelecendo um panorama geral acerca do instituto.

1.2 A gênese da jurisdição constitucional

1.2.1 O modelo norte-americano

Não se pode olvidar da história do constitucionalismo norte-americano caso se intente falar com um mínimo de justeza em jurisdição constitucional. É no escorço da independência americana e nos ajustes de formação de sua soberania que se moldam os primeiros debates acerca dos conceitos basilares que desenvolverão o atual panorama acerca do envolvimento entre democracia, jurisdição constitucional e direitos humanos.

necesitan es una nueva lectura, que promete abrir un enorme espacio, de nuevos panoramas" (DIPPEL, 2005, p. 19).

¹⁶ "Os primórdios do movimento de crítica no Direito foram gestados no final dos anos 60, através da influência sobre juristas europeus de ideias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre poder. O movimento afetado por teses de inspiração neomarxista e de contracultura começa a questionar o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas instâncias institucionais. Projetava-se, assim, para o campo do Direito investigações que desmistificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam análises sóciopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar. (...) Na verdade, tratava-se de discursos críticos aproximados, mas 'produzidos a partir de diferentes perspectivas epistemológicas com a pretensão de diagnosticar os feitos sociais do legado tradicional do Direito em suas características normativas e centralizadoras'. Assim, os discursos críticos do Direito desvinculam-se 'do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica'. Pretendia-se, desse modo, revelar como, através do ensino dessas doutrinas idealistas e formalistas, eram 'encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas'" (WOLKEMER, 2008, p. 17-18).

Nunca é demais lembrar que a Constituição dos Estados Unidos da América, semente do Estado Constitucional Moderno, foi fruto da união das treze colônias contra a coroa inglesa, em nítida concentração de forças para diminuir a intervenção em território americano, aumentando a participação dos colonos na gerência de suas liberdades. É, assim, um movimento revolucionário que visa basicamente a autodeterminação e o autogoverno que – embora atribuídos aos gregos o gênio democrático – traz uma preocupação original, ausentes em quaisquer discussões anteriores: é imprescindível relacionar a ideia de democracia com o apontamento de alguns direitos e garantias mínimas sem as quais aquela não pode prosperar.

O espírito democrático, a partir do constitucionalismo americano, acaba criando raízes entrelaçadas a um novo conceito que deverá ser observado e garantido sob pena de esfacelamento da própria soberania popular, qual seja, o conceito de direitos humanos – ou, menos universalista na seara ianque, direitos dos cidadãos americanos.

Mas até chegarmos neste novo embate teórico antes se faz necessário traçar o longo e tortuoso caminho percorrido por essa nova concepção de soberania popular, revisitando o embate teórico desenvolvido por federalistas e antifederalistas, conformadores do liberalismo e republicanismos americanos, até desaguarmos na Doutrina Marshall, considerado como grande divisor de águas do *Judicial Review*.

1.2.1.1 O debate entre federalistas e antifederalistas

A independência dos Estados Unidos da América foi declarada em meados de 1776, mas sua Constituição somente foi promulgada em 1787, depois de uma Convenção Federal realizada no Estado da Filadélfia que substituiu os artigos da Confederação de 1781. Vê-se, então, que existiu um interregno de 11 anos entre a Declaração de Independência e a Constituição dos norte-americanos, tempo em que houve uma intensa disputa política pela formatação do exercício democrático.

Mais detidamente, indo às minúcias, ante o estabelecimento do autogoverno americano a partir de 1776, uma vez desatado dos compromissos com os ingleses, livres agora para determinar sua marcha local, não era de se

estranhar uma mobilização que tivesse como consequência a desestabilização político-institucional do novo regime. As maiorias de momento passaram a lutar por interesses individuais, estabelecendo privilégios díspares entre as mais variadas legislaturas locais, desorganizando a Federação (GARGARELLA, 2006, p. 171). Vários levantes populares que se disseminaram foram vistos como uma ameaça ao Estado recém estruturado, como faz exemplo o movimento que ficou conhecido como “Rebelião de *Shays*”¹⁷.

Esse enfrentamento de forças restou evidenciado ante as campanhas de ratificação ou não-ratificação do novo texto constitucional por parte das forças políticas presentes na Confederação de 1787, polarizando os favoráveis ao novo texto constitucional como federalistas e os desfavoráveis como antifederalistas. Mesmo ratificada a Constituição Norte-americana o embate perdurou, resultando nas compilações das publicações oficiosas e pseudônimas (isto porque os escritos eram assinados sob o codinome “Publius”) da época da convenção, capitaneadas por John Jay, Alexander Hamilton e James Madison de um lado, e Thomas Jefferson do outro, e que ficaram conhecidas como *O Federalista* e *O Antifederalista*.

Nesse sentido incumbe destacar uma nota de Roberto Gargarella:

Havia os que lutavam por uma Constituição voltada a potencializar a voz das maiorias; havia os que queriam orientá-la, especialmente, a garantir a situação dos grupos minoritários; ao mesmo tempo, quase todos queriam utilizá-la como forma de reorganizar a distribuição de poderes entre o governo central e os diferentes estados. Isso explica o fato de que nem todos dessem o seu consentimento diante da Constituição elaborada pela Convenção Federal de 1787. Aqueles que, ao finalizar a Convenção, a aprovaram, ficaram definitivamente com o nome de federalistas. Enquanto que os que se negaram a respaldar o novo texto com a sua firma foram chamados de antifederalistas. Também receberam esse mote, por extensão, aqueles que foram críticos do texto aprovado (GARGARELLA, 2006, p. 169-170).

O debate dos federalistas com os antifederalistas, e, por via de consequência, do modelo Marshall de jurisdição constitucional, surge justamente

¹⁷ A Rebelião de *Shays* ficou assim conhecida por ter sido liderada pelo veterano de guerra Daniel *Shays*, tendo sido originada no Distrito de Massachusetts. Declarada a independência dos Estados Unidos, as companhias britânicas começaram a exigir o pagamento de seus créditos junto aos colonos americanos, na sua maioria pequenos e médios fazendeiros. Se vendo sem alternativas, em meio a uma depressão econômica, vários tiveram de vender suas terras para saldar as dívidas, gerando uma grande revolta armada, que logo foi suprimida pelas milícias de Lincoln.

a partir desta dinâmica: estabelecer limites às legislações locais, mas preservar o espírito do jogo democrático.

Mais uma vez merece transcrição uma passagem da obra de Gargarella:

É de se notar, igualmente, que esse debate em torno dos alcances do Poder Legislativo e a relação representantes-representados apareceu, não por acaso, nos momentos iniciais da Convenção Federal. Não foi estranho, então, que a maior parte dos delegados constituintes chegasse à Convenção animada por iguais convicções: devia-se mudar, de forma radical, o sistema de tomada de decisões, se é que se queria evitar, no futuro, que as Legislaturas fossem meras caixas de ressonância das demandas populares. A Legislatura –assumiam– devia ter a possibilidade de discutir com calma e com cuidado as propostas apresentadas pela cidadania. Isso diante da certeza de que a estrutura de governo então vigente não havia sido capaz de garantir uma suficiente “independência” dos representantes, que costumavam ficar à mercê do clamor majoritário (GARGARELLA, 2006, p. 173).

Restando evidenciada a importância do debate entre federalistas e antifederalistas na estruturação e justificação deste escrito, cumpre de logo adentrar nas razões e fundamentações dos convencionistas defensores da ratificação da nova constituição para em seguida esmiuçar os contrários, partidários da ilimitação da vontade popular.

Embora também se tenha atribuído a autoria dos escritos que deram origem ao *O Federalista* a John Jay e Alexander Hamilton, não restam dúvidas que a maior liderança dos partidários da limitação do legislador pode ser atribuída à James Madison (GARGARELLA, 2006, p. 175). Sua maior preocupação estava voltada para a possibilidade de um tirania das maiorias, ou seja, de um governo liderado por facções descomprometidas com o bem comum. As experiências mais recentes sentidas entre a Proclamação da Independência de 1776 e a Convenção Federal de 1787 serviram de inspiração às ideias intervencionistas. Vários foram os governos constituídos de paixões efêmeras e maiorias momentâneas, empobrecendo o debate público e oprimindo minorias não representadas democraticamente. Para Madison, esta forma de governar somente revestia de legalidade aquilo que antes era conseguido através da força e das armas.

Vale transcrever uma passagem de autoria de Madison em *O Federalista* nº 10:

Instabilidade, injustiça e confusão introduzidas nos conselhos públicos foram doenças mortais, que fizeram perceber governos populares por toda parte, e continuam sendo os tópicos favoritos e frutíferos a inspirar as mais capciosas arengas dos adversários da liberdade. Certamente nunca se poderá admirar em demasia os valiosos aperfeiçoamentos que as constituições americanas fizeram nos modelos mais populares, tanto antigos como modernos; seria uma parcialidade injustificável, porém, afirmar que eliminaram efetivamente o perigo por esse lado, como desejávamos e esperávamos. De toda parte se ouvem queixas de nossos cidadãos mais conscienciosos e virtuosos, partidários ao mesmo tempo da fé pública e privada, e da liberdade pública e pessoal, de que nossos governos são demasiado instáveis, o bem público é desconsiderado nos conflitos entre partidos rivais, e que, com muita frequência, adotam as medidas não segundo as normas da justiça e os direitos do partido minoritário, mas pela força superior de uma maioria interessada e despótica (MADISON, 1993, p. 133).

A centralidade do debate entre federalistas e antifederalistas se resumia, então, em adotar ou não um sistema que fosse capaz de frear o ímpeto de uma maioria casual e descomprometida com o espírito coletivo, capaz de, no frescor do novo regime, desestabilizar as instituições recém inauguradas. O ponto chave da Convenção Federal foi justamente o de erigir ou não controles sobre o poder, criando um sistema de freios e contrapesos. Os federalistas, adeptos da limitação, defendiam a criação de um sistema em que os poderes estivessem parcialmente separados e parcialmente vinculados entre si, de modo que houvesse um mútuo controle capaz de evitar desmandos e posturas desarrazoadas. De outro lado, os antifederalistas lutavam pelo estabelecimento de uma separação simples e estrita dos poderes constituídos, erigindo a vontade popular no mais alto grau das estruturas de poder.

Não custa citar mais uma vez o gênio de Gargarella:

Frente ao diagnóstico anterior, não era de se estranhar que toda a artilharia teórica da Convenção Federal se orientasse a erigir controles sobre o poder. A grande “criação” dos convencionais consistiu, por isso, no sistema de “freios e contrapesos” –um óbvio reflexo daquela urgente preocupação por remediar os males que até então não se havia sido capaz de evitar. Como disse Hamilton, “[se dermos] todo o poder às maiorias, elas oprimirão a minoria. [Já se dermos] todo o poder à minoria, ela oprimirá as maiorias. Do que precisamos, então, é dar poder a ambos os grupos [para evitar assim o risco das opressões mútuas]” (Hamilton, em Farrand, 1937: vol. 1: 288). Essa e não outra foi a origem do desde então famoso sistema de “freios e contrapesos” (GARGARELLA, 2006, p. 176).

Nesse sentido, as publicações de *O Federalista* lograram êxito e a Constituição de 1787 foi ratificada sob a inspiração de um sistema de freios e

contrapesos, tendo adotado algumas medidas de limitações mútuas entre os poderes estabelecidos: dividiu o legislativo em duas câmaras (sistema bicameral); previu o veto presidencial; e prescreveu a possibilidade de sobreposição do legislativo sobre o veto presidencial, todas de forma expressa e explícita na constituição.

A revisão judicial, no entanto, seguiu outros rumos. Embora fosse defendida pelos federalistas, como se pode retirar da passagem de *O Federalista* nº 78¹⁸, não foi consagrada expressamente na Carta Magna de 1787, tendo sido seu reconhecimento inferido pela prática dos tribunais no célebre caso *Marbury versus Madison*. Mas esta temática será trabalhada oportunamente no tópico seguinte, pelo que nos incumbe agora dar continuidade e finalizar as pretensões pertinentes ao debate entre federalistas e antifederalistas.

O debate, assim, não restará completo se não adentrarmos no legado deixado pelas argumentações antifederalistas. Estes, por sua vez, como já explanado linhas acima, defendiam uma maior abertura do princípio democrático, pregando uma participação massiva do povo na gestão da coisa pública. Thomas Jefferson, mais detidamente, acreditava na soberania popular como representante suprema do bem comum, demonstrado um certo receio de retomadas aristocráticas.

Mas os antifederalistas não rechaçavam enfaticamente o *Judicial Review*. Derrotados na Convenção Federal, temendo o modelo de democracia representativa propugnado e ratificado pelos convencionistas, prevendo possíveis experiências aristocráticas que concentrassem o poder nas mãos de pequenas elites, exigiram a inclusão no texto constitucional de um carta de direitos que garantissem um mínimo substancial aos cidadãos americanos. Foi assim que o *Bill of Rights* foi incorporado na Carta Maior em 1791.

É o que atesta Bianca Stamato:

Logo, para garantir que a maioria que detivesse o poder não atentasse contra os direitos inerentes à personalidade, que cada cidadão possui

¹⁸ “A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do poder legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1987, p. 480).

pelo simples fato de ser uma pessoa humana, os Antifederalistas entendiam ser necessário acrescentar à Constituição americana uma carta de Direitos, a chamada “Bill of Rights”, que, em 1791, foi incluída ao texto constitucional por meio das dez primeiras emendas. Como decorrência do rol de direitos individuais na Constituição, justificava-se a necessidade do exercício de controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo pelo Poder Judiciário (STAMATO, 2005, p. 33-34).

Eis o grande legado dos anseios antifederalistas: positivar um núcleo de direitos individuais dos cidadãos americanos que não pudesse ser tocados por futuras reformas legislativas. O temor de se ver governado por elites políticas e econômicas levou os antifederalistas ao império dos direitos, abrindo mão, de certa forma, da ilimitação da soberania popular. É claro que isso leva a uma transformação no conceito de governo democrático, até então capitaneado pelo princípio popular, que agora passa a representar uma nova tessitura na teoria política moderna. Ao se falar em democracia, depois das experiências americanas, está necessariamente se incluindo dentro de um sistema positivado de distribuição e separação de poderes uma noção de direitos mínimos emoldurado em uma estrutura rígida de transformação constitucional.

A Revisão Judicial será, assim, uma decorrência lógica da necessidade prática que os governos pautados em uma democracia de direito passaram a ter para fiscalizar a criação legislativa. Geridos por um conteúdo mínimo inalienável propugnado constitucionalmente, o Poder Legislativo não poderá ultrapassar a barreira de direitos estendida pelos convencionalistas, necessitando da ingerência externa e controladora do Judiciário.

Flávia Santiago Lima assenta a ideia de que o novo arranjo político-jurídico da democracia norte-americana se sedimenta então nestas duas perspectivas contrastantes: soberania popular e constitucionalismo (LIMA, 2014, p. 37).

Mas estas são ilações construídas através de um raciocínio lógico-hermenêutico, inferidas implicitamente, portanto, do texto constitucional pós 1791. Para alçar status de imprescindibilidade e ganhar legitimidade, o *Judicial Review* precisou ser fortalecido pela prática constitucional dos tribunais americanos da época. É o que passaremos a estudar no tópico que segue.

1.2.1.2. A doutrina Marshall

Como dito alhures, o controle jurisdicional não encontrou respaldo expresso na constituinte americana, tendo sido fundamentado e legitimado pela prática constitucional perpetrada pelos tribunais a partir da decisão proferida pelo juiz Marshall. Além disso, percebemos a importância que o debate entre federalistas e antifederalistas teve na formação da jurisdição constitucional, introduzindo no cenário oitocentista americano não só o ideal de limitação do legislador derivado, como também de uma carta de direitos. Incumbe-nos agora entender um pouco mais acerca das circunstâncias que levaram a criação e aplicação do novel instituto garantista, nos debruçando com mais atenção sobre os acontecimentos da época e as justificações utilizadas pelos principais atores deste processo.

De início, cumpre esclarecer que havia um intrigante jogo político por detrás do julgamento do caso que acabou virando o mártir do controle de constitucionalidade, qual seja, *Marbury versus Madison*. Os federalistas, vitoriosos na Convenção Federal, logo ascenderam à presidência dos Estados Unidos, através de seu ilustre representante John Adams. Acontece que Adams foi derrotado por Thomas Jefferson na eleição seguinte, e, às vésperas de dar posse ao novo presidente, nomeou vários juízes federais, dos quais um era William Marbury – este caso ficou conhecido como *Midnight Judges*. Jefferson, por sua vez, assim que iniciou seu mandato, nomeou James Madison como seu Secretário de Governo, dando ordens para que este não desse posse a Marbury. Diante da negativa de Madison, Marbury impetrou um mandado de segurança na Suprema Corte. Coube então ao juiz Marshall a decisão do *mandamus* (STAMATO, 2005, p. 61).

Não é demais esclarecer que Marshall era um juiz federalista, nomeado por Adams, mas que logo preocupou-se em não alardear a conjuntura política que envolvia o caso. Marshall, então, buscou proferir uma decisão cautelosa, já que a força política e o apoio popular de Jefferson poderiam inviabilizar a execução da decisão, mas ao mesmo tempo uma decisão apta a consagrar a supremacia constitucional e a vinculação do legislativo a constituinte (STAMATO, 2005, p. 62).

Segundo Marshall, a Constituição dos Estados Unidos confere ao Presidente determinados poderes políticos, dentre os quais a nomeação de juízes é um deles. Não obstante, a nomeação de Marbury foi aprovada à unanimidade no Senado, tendo sido revestida dos mais amplos aspectos de legalidade. Não caberia a Madison, desta forma, qualquer razão para negar posse ao juiz nomeado na legislatura antecedente, lhe cumprindo tão somente o estrito cumprimento do dever legal de nomear Marbury.

É interessante mencionar uma transcrição nesse sentido:

Quando elle já houver feito qualquer nomeação, é certo que já terá exercido aquelle poder em toda sua plenitude, e que de todo já terá applicado ao caso sua discricção. Si por lei o funcçionario é amovivel *ad libitum* do presidente, nesse caso outra nova nomeação poderá ser feita immediatamente, e os direitos do funcçionario se perimem. Porém, como um facto que existiu não pode de forma alguma ser tido como si nunca tivesse existido, a nomeação não pode ser reduzida a nada; e, conseguintemente, si o funcçionario não é, por lei, amovivel a vontade do presidente, os direitos que elle adquiriu são amparados pela lei e permanecem fora da alçada da acção presidencial. Taes direitos não podem ser extinctos pela vontade executiva; e assiste ao funcçionario jús e acção para defendel-os do mesmo modo como se derivassem de outra fonte (MARSHALL, 1997, p. 15).

Mas havia uma questão preliminar a ser analisada antes da concessão do *mandamus*. A Lei Judiciária do país somente previa o Mandado de Segurança junto à Suprema Corte, exceto para embaixadores e cônsules, em sede de apelação, em segundo grau de jurisdição, portanto. Marshall então nega a ordem, aduzindo vários argumentos que sustentam a repartição do judiciário em órgãos inferiores e superiores, cabendo a este último o reexame das questões constitucionais. Há de se ressaltar, assim, que o controle de constitucionalidade estabelecido no modelo norte-americano optou pela estratégia difusa, partindo da análise prática dos casos levados a cabo pelos particulares litigantes. Marshall deixa claro na fundamentação de sua decisão que todos os juízes terão legitimidade para apreciar as questões constitucionais (STAMATO, 2005, p. 63-64).

Destacamos mais uma passagem da decisão de Marshall:

Declara-se na distribuição do poder judiciario que o Supremo Tribunal terá jurisdição originaria em todas as causas concernentes a embaixadores outros ministros publicos e cônsules, e nos litigios em

que for parte um Estado. Em todas as outras causas o Supremo Tribunal terá jurisdição em grão de recurso (MARSHALL, 1997, p. 22).

Abre-se, todavia, uma margem para ilações críticas quando os americanos estabelecem um sistema de precedentes judiciais de efeito vinculante a todos os juízes e demais tribunais, no sentido de concentrar o poder decisório nas mãos de alguns poucos componentes da Suprema Corte.

Cumpre destacar, ainda, que ao final de sua decisão o juiz Marshall faz menção ao que depois será chamado de princípio da Supremacia da Constituição e Jurisdição Constitucional:

Não é de todo indigno de nota que ao declarar que será a suprema lei do país, a constituição a si mesma se nomeia em primeiro lugar e não dá tão alta graduação as leis dos Estados Unidos em geral, mas só aquelas que se decretarem para a execução da constituição. Assim a phraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompatível com a constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por este instrumento (MARSHALL, 1997, p. 29).

Para justificar esta posição, extraindo o conceito e a legitimidade do princípio da supremacia da constituição, Marshall teve que fazer uma inferência lógica do artigo VI da Constituição de 1787, que, em parte, aduz:

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição (EUA, 1787, p. 10).

Não se pode deixar de notar, portanto, que a conjuntura que envolveu o caso nada mais foi que uma reedição do já propalado debate entre federalistas e antifederalistas. Marshall acaba por conceber o controle de constitucionalidade, inserindo-o no sistema de freios e contrapesos consagrado pelos convencionistas de 1787, promovendo um controle dos atos do poder legislativo por parte do judiciário. Mas ele toma o devido cuidado ao justificar a possibilidade de controle externo, aduzindo que este não passava de um

provimento meramente declaratório inferido do próprio texto constitucional, o que não caracterizaria uma interferência nos atos de governo.

Esta preocupação também é sentido por Stamato, quando assevera:

Enfrentava-se, assim, situação difícilíssima. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Croskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação, era resultado insatisfatório. A corte de modo muito inteligente e hábil, procurou, então, mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, assim decidiu: Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar posse a Marbury; e, de acordo com os princípios do Common Law, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa lei, que atribuía À Corte Suprema Competência originária para expedir ordens de *mandamus* (STAMATO, 2005, p. 64).

Conclui-se, então, que a doutrina Marshall conseguiu modular de forma eficiente e hábil as forças que lutavam pela supremacia de seu ideal político, pois manteve as posições adotadas pela Convenção Federal, de maior parte federalista, inaugurou a Revisão Judicial e acalmou o brios dos populares antifederalistas.

Por fim, essas foram as breves considerações acerca da inauguração do controle de constitucionalidade inferidas das experiências norte-americanas. Assegurado o princípio da Supremacia da Constituição, se pode construir todo um arcabouço teórico que formatou a Jurisdição Constitucional mundo afora, implementou o ideal da vinculação aos direitos e reformulou a centralidade do problema democrático. Passemos, no tópico seguinte, a contrapor as ideias americanas com a reformulação austríaca perpetrada por Hans Kelsen e Carl Schimidt.

1.2.2 O modelo austríaco

Diferentemente dos americanos, os austríacos previram um controle de constitucionalidade concentrado para a análise das questões constitucionais, inculcando em um só órgão a legitimidade na constatação de compatibilidade com a lei maior. Havia, ademais, a necessidade de se promover uma ação específica

perante a Corte Constitucional para ver sanada qualquer ilegalidade, caracterizando, assim, a via direta de controle.

Via-se, ainda, uma espécie de controle das leis consideradas em si mesmas, desvinculadas de quaisquer operações de cunho prático, fático ou moral. Acreditava-se que havia um sistema jurídico hermeticamente fechado e sistematicamente legitimado pelas leis postas, ordenadas hierarquicamente a partir da constituição.

Não se pode, todavia, falar do controle de constitucionalidade austríaco sem antes adentrar no espectro da justificação filosófica, bem como no idealizador deste sistema jurídico. Hodiernamente, não se refuta a ideia de que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade é originário da mente engenhosa de um único homem, Hans Kelsen. É da obra deste jusfilósofo que se induz toda estrutura de controle judicial previsto na constituição austríaca de 1920, e que será esmiuçada linhas adiante.

Assim assenta Stamato:

Inicialmente, deve-se destacar, como contraponto, que o controle judicial de constitucionalidade das leis na Áustria não surgiu da prática constitucional, a xemplo dos Estados Unidos, mas sim da construção dogmática de um homem, Hans Kelsen. A jurisdição constitucional na Áustria teve seu advento a partir da previsão expressa no documento constitucional de 1920. Por tratar-se de cláusula formalmente constitucional, ela previu o órgão legitimado para o exercício de tal poder e o modo pelo qual se prestaria a jurisdição nesses casos, instaurando um modelo concentrado e pela via direta de controle de constitucionalidade. Concentrado, porquanto apenas um órgão era dotado de legitimidade para apreciar questões acerca da constitucionalidade. Pela via direta, porquanto a jurisdição era provocada por meio de ação específica, cujo objetivo é a análise *in abstracto* da compatibilidade de uma determinada lei com a constituição, alheia a qualquer lide entre particulares (STAMATO, 2005, p. 74).

Mas para melhor compreender o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, que é feito de forma abstrata e por via direta, concentrando a legitimidade em um único órgão, temos de nos deter deter com mais afinco às proposições de Kelsen.

1.2.2.1 O controle de constitucionalidade de Hans Kelsen

Cumpra esclarecer de início que Hans Kelsen, seguindo os preceitos epistemológicos modernos, procurou elevar o direito à categoria de ciência, excluindo do conceito de seu objeto (o próprio direito) quaisquer referências estranhas, especialmente aquelas de cunho sociológico e axiológico. Kelsen isolou e simplificou o objeto a ser conhecido, integrando o direito às exigências da cientificidade de sua época.

José Manoel de Sacadura Rocha, ao tecer algumas considerações acerca da teoria de Kelsen, assevera:

Kelsen, na tentativa de fazer do Direito uma ciência, nos leva a ‘abrir’ outras discussões sobre um sistema normativo com base em uma lógica jurídica formal. Se essa norma é formal, podemos dizer que é direito posto (feito pelo homem para o homem). Kelsen tem o desejo de elaborar uma teoria pura para uma base científica jurídica, e é por esse motivo que o Direito de Kelsen deixa de ser uma ciência humana para ser uma ciência quase exata (Direito Positivo). E a ciência do Direito se transforma em puro normativismo, fundamentada em uma extrema lógica formal jurídica (ROCHA, 2007, p. 115).

Mas é trabalhando as ideias contidas nos princípios de causalidade e imputação que o filósofo austríaco busca a aproximação do direito às ciências naturais. A guinada cientificista do iluminismo humanista do século XVIII deixou a herança das certezas objetivas e matematizantes atestada pelo princípio causal, que foi muito bem transformado por Kelsen em imputabilidade ou imputação.

Segundo o autor, nas proposições tidas por jurídicas, ou seja, aquelas através das quais o direito descreve seu objeto, é aplicado um princípio análogo àquele visto nas ciências da natureza, tido como uma ordenação de causa e efeito, ou princípio da causalidade. Trata-se do princípio da imputação que adere às condutas humanas uma tipificação legal produzida pela autoridade competente. É assim que ele consegue aproximar o direito do objetivismo asséptico exigido pela ciência positivista (KELSEN, 2012, p. 86-87).

O positivismo normativista de Kelsen propôs, assim, uma reestruturação do que viria a ser chamado de “ciência do Direito”. Isolando o objeto a ser estudado e conhecido, qual seja, as normas postas, e utilizando-se dos frutos advindos do princípio da imputação, o filósofo austríaco cria um sistema fechado e hierarquizado de normas, legitimado por uma norma fundamental posta que

serve como fonte comum de validade a toda estrutura normativa que comporá o ordenamento jurídico.

O Direito, então, ou a Direito concebido enquanto ciência, passou a preocupar-se com o conjunto de normas jurídicas efetivamente postas por um determinado estado a partir de uma norma fundamental que alimentará de legitimidade e autoridade todas as outras normas que dela decorrerão. Esta norma fundamental posta, por sua vez, será estabelecida pelo costume ou pela elaboração de um estatuto global específico que trate da formulação, elaboração e aplicação das demais leis que serão produzidas a partir da primeira. Existirão, assim, diversas camadas ou níveis de normas jurídicas. (KELSEN, 2012, p. 246.)

Há que se pontuar, todavia, e esta será a base de uma série de críticas formuladas ao autor da *Teoria Pura do Direito*, que Kelsen também tratou de uma norma fundamental pressuposta legitimadora da norma fundamental posta. Partindo da ideia de que somente uma norma fundamenta a existência e validade de uma outra norma, o autor conclui que a norma fundamental posta deflui logicamente de uma outra norma, também fundamental, que, desta vez, será pressuposta, preexistente à primeira (KELSEN, 2012, p. 224). Mas mantendo a linha de raciocínio deste escrito, não nos aprofundaremos neste ponto específico.

Interessante uma transcrição neste sentido:

Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta (KELSEN, 2012, p. 260).

Não se pode olvidar, doutra parte, que a construção teórica do controle de constitucionalidade de Kelsen passa necessariamente pela identificação de uma realidade que compõe os sistemas jurídicos em geral, e que ele chamará de estática. Essa condição pode ser muito bem representada pela famosa metáfora da pirâmide das normas jurídicas, em que as normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, em especial os tribunais, compõem

a base da pirâmide, e em sua parte superior estarão as normas gerais criadas pelo legislador (CRUZ, 2004, p. 115).

O que é interessante pontuar aqui é que, a partir de uma estruturação sistemática e hierarquizada de normas que compõem determinado ordenamento jurídico, cunhadas a partir de uma norma fundamental posta, qual seja, a constituição, Kelsen acaba elaborando um modelo eficaz e, de certa forma, objetivo, de controle de legalidade da produção normativa.

Partindo do pressuposto de que o Direito é este sistema hierarquizado de normas dentro de um determinado ordenamento jurídico, processado através da norma fundamental posta, não se pode afastar a ideia de que cada camada de normatividade produzida está alicerçada no seu respectivo grau hierárquico, promovendo um inarredável controle de legalidade.

Mas para bem delinear a proposta kelseniana temos de tratar também da realidade dinâmica do sistema jurídico, em complementação à estática. Para além da estática jurídica, Kelsen insere uma faceta dinâmica ao direito, reconhecendo uma certa atividade criadora aos aplicadores da norma. O ato de aplicação do direito passa a ser visto também como um ato de criação, afastando a velha ideia dualista e reformulando a já consagrada tripartição dos poderes. Incluindo a ideia de volição, de vontade aos atos jurídicos autorizados a pessoas investidas de cargos públicos ligados à aplicação da norma, Kelsen reconhece um certo grau de discricionariedade e criação ao poder judiciário, antes visto tão somente como boca da lei (CRUZ, 2004, p. 117-118).

O direito passaria a regular sua própria criação e o Estado se recriaria incessantemente a partir daí, num eterno e dinâmico processo de criação e recriação. Estaria assegurada a independência do Direito. Ora, como a constituição é quem regula o processo de elaboração das leis e aplicação do direito, o controle de constitucionalidade alimentaria este processo de criação e recriação, torando o Direito autossuficiente e independente. O Direito, ou a ciência do Direito, estaria livre para seguir seu destino prescindindo da política, axiologia ou sociologia.

É partir do desenvolvimento dessa ideia de dinâmica dos sistemas jurídicos que Kelsen vai propugnar pela concentração do controle de constitucionalidade em um único órgão, a Corte Constitucional, que exercerá uma atribuição de verificação não de existência de leis inconstitucionais, mas

sim de validade e eficácia de leis inconstitucionais existentes, mas incapazes de gerar efeitos por contrariar norma hierarquicamente superior. (CRUZ, 2004, p. 122.)

Neste sentido, uma passagem expressa do autor:

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de trata-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável (KELSEN, 2003, p. 140-141).

Desta feita, o controle de constitucionalidade seria um procedimento especial em que se revogaria, se retiraria os efeitos de uma norma existente, mas inválida, ineficaz. Está se falando de uma revogação indireta mesmo, num claro processo de criação normativa. Por isso uma corte especial, um procedimento especial, concentrado, direto e abstrato.

Por fim, salientamos que o modelo de Kelsen contaminou toda a Europa ocidental, ainda que tenha sido incorporado com algumas adequações e aperfeiçoamentos, como fazem exemplos países como a Alemanha – Constituição 1949 – e Espanha – Constituição de 1978. Na Alemanha, por exemplo, a jurisdição constitucional é sempre concentrada no Tribunal Constitucional, excepcionando-se os casos de proteção a direitos fundamentais, que deve ser realizada por todos os juízes alemães (PINTO, 2007, p. 75).

Nesse sentido, uma passagem de José Guilherme Berman Correia Pinto:

O modelo de controle de constitucionalidade adota na maior parte da Europa ocidental (e mesmo a oriental, depois da queda do muro de Berlim) não foi inspirado no *judicial review* estadunidense. No velho mundo prevaleceram as ideias de Hans Kelsen, criador do Tribunal Constitucional austríaco de 1920, o primeiro estabelecido na Europa, e

que preferiu não adotar o controle difuso de constitucionalidade (PINTO, 2007, p. 74).

Assim, apesar de originalmente terem adotado um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, as cortes europeias desenvolveram elementos próprios que foram sendo implementados ao longo do tempo, passando a prever também o modelo de controle incidental. O grande ponto de ruptura para a revisão do controle concentrado de constitucionalidade adveio das experiências vivenciadas no pós-guerra, refletindo a necessidade de revisão de atos também incidentalmente.

José Guilherme Berman Correia Pinto mais uma vez:

Enquanto isso, o controle de constitucionalidade na Europa passou a ser exercido sobre casos concretos após a Segunda Grande Guerra. Desde então, entretanto, adquiriu enorme relevo, como ilustram os exemplos de Alemanha e Espanha, aqui abordados. A rapidez com que os recursos constitucionais abertos ao uso dos cidadãos desenvolveu-se reflete a necessidade de existência de um controle concreto, especialmente para uma melhor proteção dos direitos fundamentais (PINTO, 2007, p. 83).

Desta feita, resta esclarecido, ainda que perfunctoriamente, a origem e desenvolvimento dos dois modelos, distintos mas complementares, de jurisdição constitucional, o modelo difuso norte-americano e o modelo concentrado da Áustria.

2. A QUESTÃO DAS MINORIAS: POR UMA FILOSOFIA DO RECONHECIMENTO-REDISTRIBUIÇÃO

2.1 Por uma definição de minoria: o majoritarismo da democracia liberal moderna e o problema do critério numérico na definição de minoria

Não é de hoje que se fala de um longo e árido debate acerca das consonâncias e dissonâncias entre jurisdição constitucional e democracia, bem como das tentativas de conciliar o controle de constitucionalidade com o princípio democrático. Facilmente se encontram argumentos aduzindo que a força normativa das constituições modernas, pautadas pela rigidez e limitação do legislador derivado, notadamente sentida com mais força depois das experiências das cartas de direitos declaradas ao longo dos dois últimos séculos, perde em legitimidade se confrontadas com o sentimento de soberania do povo representado pelo majoritarismo.

Do que se viu da construção teórica do capítulo anterior conclui-se que os estados democráticos modernos foram erigidos a partir de um pilar muito bem definido, qual seja, o da vontade popular manifestada pelo voto da maioria composta pelos dirigentes eleitos pelo povo. Claro que outros pilares também fazem parte desta realidade, contrabalanceando o poder da maioria, como fazem exemplo a vinculação aos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade. Mas o que merece ser discutido nesta etapa de fundamentação teórica é a relação existente entre esta forma de exercício do poder, pautada na vontade da maioria, e os reflexos sentidos pelos grupos sociais que não o compõem – aqui considerados os grupos minoritários que de alguma forma não obtêm uma representatividade adequada para a defesa de seus direitos e valores.

Acerca de uma primeira noção de minoria, Roso, Strey, Guareschi e Bueno asseveram:

Já minorias podem ser definidas como segmentos das sociedades que possuem traços culturais ou físicos específicos que são desvalorizados e não inseridos na cultura da maioria, gerando um processo de exclusão e discriminação. Minoria (assim como maioria) não tem a ver,

pelo menos para nosso estudo, com questões numéricas. Por exemplo, nosso país é constituído por um número expressivo de mulatos/as e negros/as, mas eles/as são minorias, pois são constantemente discriminados, depreciados e excluídos (ROSO, *et al*, 2002, p. 05).

Defendemos no capítulo anterior a ideia de que o liberalismo democrático construiu uma noção de democracia que privilegia grupos sociais, políticos e econômicos que de certa forma defendem os ideais majoritários em detrimento de grupos minoritários que não conseguem afirmar seus valores e concepções de vida a partir da atual estrutura de distribuição e exercício de poder. Em alguma medida esses grupos tidos como minoritários são excluídos do processo de formação e construção do ideal de vida boa, bem como da distribuição do orçamento público.

Esta noção é também defendida por Iris Marion Yong:

Por essas razões, muitas propostas recentes de maior inclusão política dos processos democráticos defendem medidas que propiciem maior representação dos grupos sub-representados, especialmente quando esses grupos são minorias ou estão sujeitos a desigualdades estruturais (YONG, 2006, p. 140).

Aqui surge uma necessidade inquietante de entender de alguma forma o que é essa minoria, do ponto de vista de uma democracia representativa, sendo necessário, talvez, encontrar um conceito que abarque com um mínimo de justiça a complexidade do significado de minoria, de forma a ultrapassar a barreira da simplicidade numérica.

Seguindo esse intuito reflexivo, Muniz Sodré encontrou um bom ponto de partida quando realocou o núcleo significativo do conceito de minoria democrática de um critério quantitativo para um critério qualitativo. Enquanto os liberais enxergam o exercício democrático como sendo a vontade da maioria, a “voz do povo” – aqui entendida como o grupo social numericamente superior – a noção contemporânea de democracia deve ser erigida a partir da ideia de que é através do exercício democrático que se abre oportunidade de serem ouvidas as vozes das minorias (SODRÉ, 2009, p. 11). Nesse sentido, ele aduz:

Ora, a noção contemporânea de minoria – isto que aqui se constitui em questão – refere-se à possibilidade de terem voz ativa ou intervirem nas instâncias decisórias do Poder aqueles setores sociais ou frações de classe comprometidos com as diversas modalidades de luta assumidas pela questão social (SODRÉ, 2009, p. 11).

A identificação de grupos sociais específicos e numericamente considerados não pode ser o critério identificador de minorias, devendo esta ser entendida a partir do impulso mobilizador de lutas sociais contra-hegemônicas. O viés numérico/quantitativo é insuficiente, deficiente, inadequado para tratar das minorias democráticas, impulsionando-nos para uma análise mais profunda, qualitativa: os fluxos e impulsos de transformação de identidades e relações de poder fora da ordem jurídica institucionalizada é o ponto de partida.

A barreira da simplicidade numérica deve ser ultrapassada, não se podendo conceituar minoria a partir de um sujeito coletivo numericamente definido:

Minoria não é, portanto, uma fusão gregária mobilizadora, como a massa ou a multidão ou ainda um grupo, mas principalmente um dispositivo simbólico com uma intencionalidade ético política dentro da luta contra-hegemônica (SODRÉ, 2009, p. 12).

O que deve definir a amplitude significativa de minoria, assim, não é o número ou a identificação de um determinado grupo social, mas o fluxo de mudança, o impulso de transformação por que passa um grupo, na contramão da hegemonia capitalista; abrindo-se a possibilidade de uma construção subjetiva que ultrapassará um sujeito coletivo absolutamente idêntico em si mesmo. (SODRÉ, 2009, p. 12).

Para Sodré a minoria deve ser entendida como um *locus*, um lugar; não no sentido físico, topográfico, mas sim topológico. “Topologicamente, lugar é uma configuração de pontos ou de forças, é um campo de fluxos que polariza as diferenças e orienta as identificações” (SODRÉ, 2009, p. 12). Esse “lugar minoritário” possibilitaria então a ocupação de um “território” capitalizado pelas ações humanas em que as divergências seriam apresentadas, permitindo o fluxo de transformação das identidades e das relações de poder.

Lugar “minoritário” é um *topos* polarizador de turbulências, conflitos, fermentação social. O conceito de minoria é o de um lugar onde se animam os fluxos de transformação de uma identidade ou de uma relação de poder. Implica uma tomada de posição grupal no interior de uma dinâmica conflitual (SODRÉ, 2009, p. 12).

Ainda, os grupos tidos por minoritários, a partir do conceito defendido por Muniz Sodré, devem reunir algumas características básicas que estão

alocadas para além da questão numérica. Seriam elas a vulnerabilidade jurídico-social, a Identidade *in statu nascendi*, a luta contra-hegemônica e as estratégias discursivas (SODRÉ, 2009, p. 13).

Por vulnerabilidade jurídico-social entende-se aquele grupo que não é institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico-social vigente, pelo que não tem legitimidade nem voz diante da discussão e distribuição de políticas públicas, devendo ser considerado, por conseguinte, “vulnerável” (SODRÉ, 2009, p. 13).

Uma outra característica que deve estar presente na configuração de minoria diz respeito à sua identidade social. Esta deve ser considerada sempre como em estado de formação, nunca findo, que se alimenta da força e do ânimo dos estados nascentes (SODRÉ, 2009, p. 13).

As minorias também devem ser entendidas a partir de um olhar de luta contra-hegemônica. O projeto das minorias será distinto daquele defendido pelo grupo sócio-político-econômico dominante da sociedade.

Por fim, a minoria deve estabelecer sua estratégia de luta a partir da construção de um discurso que ganhe força através de ações demonstrativas de seus interesses, como passeatas, invasões episódicas, gestos simbólicos e manifestos. A estratégia discursiva é o principal recurso de luta da minoria (SODRÉ, 2009, p. 13).

Citando Capotorti, Ana Maria D’Ávila Lopes traça ainda outros critérios para definição de minoria que de certa forma se alinha com os apontamentos já referidos anteriormente:

Capotorti (apud REMILLARD, 1986, p. 13), membro especial da subcomissão da ONU, destaca a existência de dois tipos de critérios para definir as minorias: a) critérios objetivos, que compreendem a existência, no interior da população de um Estado, de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes ou distintas do resto da população; a diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população; a posição não dominante desse grupo minoritário. b) critério subjetivo, que abrange o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que os caracterizam, ou seja, a vontade comum de todo o grupo de conservar seus rasgos distintivos (LOPES, 2006, p. 55).

De uma forma geral, então, a partir deste desenvolvimento teórico, minoria deve ser entendida a partir de um critério não numérico de definição. Para que consigamos entender a amplitude significativa do conceito de minoria

devemos levar em consideração esse território de lutas contra-hegemônicas que possibilita um fluxo de mudanças sociais na construção da identidade de grupos vulneráveis não legitimados no direcionamento de políticas públicas.

2.2 A luta por reconhecimento e a evolução moral das sociedades: por uma concepção formal de eticidade

As teorias do reconhecimento formuladas ao longo das últimas décadas, das quais Axel Honneth é um dos filiados, tem por interesse precípua elucidar a relação existente entre subjetividade e intersubjetividade, estabelecendo uma relação simbiótica entre indivíduo e comunidade, particularidade e universalidade (NETO, 2014, p.53). É da análise desta interação que se tentará apresentar, ainda que superficialmente, a gramática moral dos conflitos sociais propugnada por Axel Honneth.

Não se pode olvidar dos construtos teóricos de Axel Honneth se pretendemos tratar com um mínimo de justeza acerca dos influxos sociais que potencializam o reconhecimento e a autorrealização pessoal de um lado e o desprezo e desrespeito pelas pessoas que se diferenciam da identidade universalista e do ideal de valores e concepção de vida boa do homem moderno de outro.

É importante frisar de pronto que a teoria social de teor normativo desenvolvida por Axel Honneth tem inspiração muito bem definida na Filosofia hegeliana e na Psicologia Social de George Mead. A formação prática da identidade humana como decorrente da experiência do reconhecimento intersubjetivo, reinstituída pelo desenvolvimento psíquico dos sujeitos de Mead, determinam o ponto de partida da filosofia política de Honneth (HONNETH, 2003, p. 155).

Em linhas bem gerais a filosofia honnethiana pode ser melhor entendida se observarmos que a centralidade de suas preocupações está intimamente relacionada à evolução moral da sociedade, que se daria através do desenvolvimento psíquico experimentado nas experiências intersubjetivas de reconhecimento mútuo. A luta por reconhecimento seria, então, a válvula motriz que movimenta e transforma moralmente as sociedades pós-convencionais.

Um trecho retirado da obra de Honneth ilustra bem essa temática:

Por conseguinte, o quadro interpretativo geral de que dependemos descreve o processo de formação moral através do qual se desdobrou o potencial normativo do reconhecimento recíproco ao longo de uma sequência idealizada de lutas (HONNETH, 2003, p. 266).

Daí já se infere um preceito teórico básico que permeará todo construto filosófico de Honneth: a construção identitária do indivíduo posto em sociedade se dará através das experiências das relações intersubjetivas experimentadas ao longo de sua vida e estará pautada nos diferentes níveis de reconhecimento auferido, contrapostos ao sentimento de desprezo e desrespeito também vivenciados. Assim, as lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo travadas pelos indivíduos das sociedades pós-convencionais seriam o instrumento de composição de suas identidades.

O autor expressa muito bem esta ideia na seguinte passagem:

Nesse sentido, o processo de individualização, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento [...] são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades. [...] formas de desrespeito que podem tornar experienciável para os atores sociais, na qualidade de um equivalente negativo das correspondentes relações de reconhecimento, o fato do reconhecimento denegado (HONNETH, 2003, p. 156-157).

Se a identidade dos indivíduos delinea-se por meio da intersubjetividade e sua autonomia subjetiva está pautada pela luta por reconhecimento mútuo a partir desta interação intersubjetiva prática, é possível identificar três níveis diferentes e sucessivos de autorrelação social na obra de Axel Honneth: a dedicação emotiva, o reconhecimento jurídico e o assentamento solidário (HONNETH, 2003, p. 157).

A primeira etapa de autorrelação prática do ser humano, definida por Honneth como autoconfiança, pode ser entendida a partir das ligações emotivas fortes experimentadas pelos sentimentos de amor e amizade estabelecida entre poucas pessoas, que se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências. Parafraseando Hegel, este amor poderia ser definido dentro de uma noção de ser-si-mesmo em um outro, preservando reciprocamente um

autoabandono simbiótico e uma autoafirmação individual (HONNETH, 2003, p. 160).

Essa inspiração advém das observações empíricas feitas por Mead e Winnicott acerca do relacionamento simbiótico estabelecido entre a mãe e seu recém nascido nos primeiros meses de vida da criança, e os sucessivos processos de desadaptação. Na medida em que o bebê enxerga na mãe o suprimento de todas as suas carências físicas e psíquicas é criada uma relação de autodependência e acoplamento dos dois seres que só serão restituídos em sua individualidade pelo abandono programado e sucessivo (HONNETH, 2003, p. 161-167). Somente a partir do desenvolvimento da capacidade de estar-só é que a criança cria a confiança necessária para o desenvolvimento de si enquanto ser individual.

Mas esta autoafirmação individual só se dará a partir da uma luta por reconhecimento promovida pela criança, exemplificada pela Psicologia Social pelos atos de violência perpetrados pelo bebê contra sua mãe, quando não supridas suas carências. A tolerância da mãe aos sucessivos ataques do filho sem a vingança de privá-lo do amor promoverá na criança um sentimento de pertença ao mundo exterior, gerando a confiança necessária para o desenvolvimento do seu “Eu” (HONNETH, 2003, p. 173-174).

Interessante uma transcrição do autor:

É possível então a partir da hipótese de que todas as relações amorosas são impelidas pela reminiscência inconsciente da vivência de fusão originária que marcara a mãe e o filho nos primeiros meses de vida; o estado interno do ser-um simbiótico forma o esquema da experiência de estar completamente satisfeito, de uma maneira tão incisiva que mantém aceso, às costas do sujeito e durante toda sua vida, o desejo de estar fundido com uma outra pessoa. Todavia, esse desejo de fusão se tornará o sentimento do amor se ele for desiludido a tal ponto pela experiência inevitável da separação, que daí em diante se inclui nele, de modo constitutivo, o reconhecimento do outro como uma pessoa independente; só a quebra da simbiose faz surgir aquela balança produtiva entre delimitação e deslimitação, que para Winnicott pertence à estrutura de uma relação amorosa amadurecida pela desilusão mútua (HONNETH, 2003, p. 174-175).

Somente essa ligação simbioticamente alimentada, originada da delimitação recíproca, cria a autoconfiança individual necessária para a participação autônoma na vida pública (HONNETH, 2003, p. 178). Mas se o amor oferece a oportunidade de reconhecimento junto ao respectivo outro, criando

uma independência individual do ser no mundo, outra forma de reconhecimento se faz necessária para integrá-lo à vida em uma sociedade juridicamente organizada.

A segunda etapa ou nível de autorrelação intersubjetiva que promoverá o desenvolvimento moral da sociedade, segundo Honneth, se dá no plano do reconhecimento jurídico. Interessante frisar que esta esfera segue o mesmo mecanismo de reconhecimento recíproco. No Direito, só chegamos a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos a exata noção sobre quais obrigações temos de observar em face do outro reciprocamente considerado:

(...) apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões (HONNETH, 2003, p. 179).

A construção que referenciará o aporte teórico de Honneth neste nível de reconhecimento estará pautada nas experiências vividas dentro da implementação do projeto civilizatório da modernidade e, por conseguinte, no âmago do Estado Liberal e consequente formulação do Estado de Direito promovido a partir do século XVIII.

Neste sentido, o reconhecimento jurídico só pôde ser alcançado a partir das lutas sociais perpetradas por grupos sociais desprezados, desrespeitados na lógica do exercício de poder. A implementação do ideal liberal fez eclodir a noção de que o estado é composto por sujeitos individualmente considerados (e não pelo organicismo), e assim devem ser tratados juridicamente.

Remetendo à Hegel, Honneth aduz:

Todavia, a formulação, empregando o predicado “livre”, torna evidente também que Hegel, com a forma de reconhecimento do direito, visa desde o início à constituição específica das relações jurídicas modernas, visto que só a pretensão delas se estende por princípio a todos os homens na qualidade de seres iguais e livres; importava-lhe demonstrar que a autonomia individual do singular se deve a um modo particular de reconhecimento recíproco, incorporado no direito positivo (HONNETH, 2003, p. 179-180).

Desta forma, a reciprocidade através do reconhecimento jurídico só pode ser evidenciada se construída a sequência de uma evolução histórica de positivação de determinados direitos. A idealização universalizante de um sujeito de direitos, excluídos os privilégios e exceções garantidas pelo Estado Absoluto, ajudará a criar essa identidade de valores pretendidos pelo grupo social de tal forma que estes sejam capazes de assentir acerca dos valores pretendidos do acordo moral.

Uma transcrição do original é interessante:

Pois, com a passagem para a modernidade, as categorias pós-convencionais, que já antes foram desenvolvidas na filosofia e na teoria política, penetram no direito em vigor, submetendo-o às pressões de fundamentação associadas à ideia de um acordo racional acerca de normas controversas; o sistema jurídico precisa ser entendido de agora em diante como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais, segundo sua pretensão, exceções e privilégios.

No entanto, para definir essa qualidade universalizante de sujeitos de direitos reciprocamente considerados deve-se imputar às relações jurídicas modernas uma tal propriedade que todos os sujeitos partilham entre si, excluindo as expectativas concretas específicas. As propriedades particulares que diferenciam os sujeitos são renegadas neste esfera de reconhecimento, o que faz Honneth pensar em outro nível de autorrelação.

Honneth assenta que a ampliação dos direitos individuais, aqui relacionados não só à qualidade desses direitos mas também ao sempre crescente número de indivíduos considerados como membros da sociedade, vai sofrer um incremento no aspecto do reconhecimento e estima social experimentados nas necessidades das sociedades pós-convencionais pluralistas.

Esse prosseguimento na luta por reconhecimento deve ser remetido a um terceiro grau que, alinhados à autoconfiança e autorespeito construídos nas esferas da dedicação emotiva e reconhecimento jurídico, será capaz de levar o indivíduo às experiências de autoestima social.

Segundo Honneth:

(...) para poderem chegar a uma autorrelação infrangível, os sujeitos humanos precisam ainda, além da experiência da dedicação emotiva

e do reconhecimento jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas (HONNETH, 2003, p.198).

Diferentemente do reconhecimento jurídico em sua forma moderna, a estima social se concentra nas capacidades e propriedades particulares do sujeito, evidenciando suas diferenças pessoais. Esta seria uma tarefa de mediação operada no nível social que estabelece uma autocompreensão cultural orientada pelos critérios de estima social das pessoas, que se constroem a partir das experiências intersubjetivas pautadas pela luta por reconhecimento recíproco das especificidades de cada indivíduo.

Dado o atual nível de dispersão e pluralidade de valores e critérios de concepção de vida boa e digna, o sujeito só alcançará a autorrealização pessoal, e, por conseguinte, seu valor social, se lhe conferida simetria e paritária participação na concepção dos objetivos éticos socialmente perseguidos.

Nesse sentido, uma transcrição de Honneth:

A individualização das relações é também necessariamente concomitante com a abertura das concepções axiológicas sociais para distintos modos de autorrealização pessoal; doravante é um certo pluralismo axiológico, mas agora específico à classe e ao sexo, o que forma o quadro cultural de orientações, no qual se determina a medida das realizações do indivíduo e, com isso, seu valor social. É nesse contexto histórico que sucede o processo em que o conceito de honra social vai se adelgaçando gradativamente, até tornar-se o conceito de prestígio social (HONNETH, 2003, p. 205).

Este terceiro nível de reconhecimento se refere àquela camada de valor de uma pessoa assim referida em sua particularidade mais íntima, lhe possibilitando participação na construção do ideal ético da sociedade. Aqui serão contrapostos os valores plurais que caracterizam os vários grupos sociais para realização prática de suas finalidades.

Sendo assim, haverá uma luta permanente entre os diversos grupos que compõe a sociedade na busca por reconhecimento de sua estima social, associados aos seus critérios e formas de vida, sempre mediado por um quadro de orientações simbolicamente articulado. O resultado dessas lutas, segundo Honneth, implica em dispor dos meios de força simbólica, específico de determinados grupos, e em obter atenção da esfera pública para realização de seus objetivos específicos.

Honneth assenta que:

(...) quanto mais os movimentos sociais conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância negligenciada das propriedades e das capacidades representadas por eles de modo coletivo, tanto mais existe para eles a possibilidade de elevar na sociedade o valor social ou, mais precisamente, a reputação de seus membros (HONNETH, 2003, p. 207-208).

Desta autorrelação prática constitutiva do reconhecimento pela estima social, conclui Honneth, o sujeito será capaz de chegar a um sentimento de orgulho e honra coletiva, percebendo-se como membro de um sociedade que abre possibilidade para realizações comuns, que serão reconhecidas por todos os componentes do grupo social. Todo membro, então, será estimado por todos os outros na mesma medida:

(...) pois por “solidariedade” pode se entender, numa primeira aproximação, uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica (HONNETH, 2003, p. 209).

A despeito da elucidação dos três níveis de reconhecimento, cuja inspiração pode ser referida à Hegel e Mead, Honneth prossegue no seu intento de pesquisa, pretendendo dar cabo à questão da experiência negativa ancorada nas vivências afetivas dos sujeitos humanos, experimentada pela privação deste reconhecimento, e sua relação com o impulso motivacional de resistência social e luta por reconhecimento.

É o que sustenta José Aldo Araújo Neto:

Ou seja, sentimentos morais, se articulados numa linguagem comum ou se possuidores de potencial para generalização, podem se transformar em mobilização política, movimentos coletivos e lutas sociais. A dinâmica social do reconhecimento, portanto a “gramática dos conflitos sociais”, responde à formulação: desrespeito luta por reconhecimento e mudança social (NETO, 2014, p. 54).

Assim, seguindo a lógica sucessiva dos níveis de reconhecimento, Honneth afirma que o primeiro tipo de desrespeito ou ofensa pode ser entendido através da referência negativa do reconhecimento pela dedicação afetiva, nas situações em que o sujeito é privado da livre disposição de seu corpo.

Esta forma elementar e mais profunda de rebaixamento pessoal é caracterizada pela prática de maus-tratos e violência corporal do ser humano que é submetido a diversos modos de lesão física, sujeitando o indivíduo à vontade de outro. O que se experimenta aqui é a perda da autoconfiança gerada pela constituição das relações afetivas proporcionadas pelo amor reciprocamente considerado.

Honneth aduz que:

(...) o sofrimento da tortura ou da violação será sempre acompanhado, por mais distintos que possa ser os sistemas de legitimação que procuram justifica-las socialmente, de um colapso dramático da confiança na fidedignidade do mundo social e, com isso, na própria autossegurança (HONNETH, 2003, p. 216).

A segunda forma de rebaixamento é exemplificada pelas experiências que afetam o autorrespeito moral oriundo do reconhecimento jurídico. O sentimento de ofensa ou desrespeito é sentido neste nível de autorrelação quando o sujeito é excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade.

O processo de perda do autorespeito é descrito pelo próprio autor:

(...) para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos. Portanto o que aqui é subtraído da pessoa pelo desrespeito em termos de reconhecimento é o respeito cognitivo de uma imputabilidade moral que, por seu turno, tem de ser adquirida a custo em processos de interação socializadora (HONNETH, 2003, p. 216-217).

O último tipo de rebaixamento moral advindo das experiências negativas de reconhecimento se refere ao valor ou estima social de indivíduos ou grupos que têm seu *status* enquanto pessoa denegado em razão de sua forma de vida peculiar e diversa da tradição cultural predominante. Quando os valores socialmente hierarquizados pela tradição cultural não reconhecem algumas formas de vida ou crenças específicas, considerando-as de menor valor ou deficientes, retira-se do sujeito a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades.

As consequências desta ofensa são descritas por Honneth:

A degradação valorativa de determinados padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características (HONNETH, 2003, p. 217-218).

Para as essas três formas de denegação de reconhecimento atribui-se uma série de experiências pessoais negativas que influenciarão sobremaneira na perda da identidade do sujeito, referenciadas analogicamente pela “morte psíquica”, “morte social” e “vexação”. Essas experiências provocariam, segundo Honneth, reações emocionais negativas que podem ser expressadas pelo sentimento de vergonha social (HONNETH, 2003, p. 219).

Doutra parte, estas mesmas experiências e reações morais negativas é que seriam, segundo Honneth, a válvula motriz, a base motivacional que induz o sujeito a lutar pelo reconhecimento.

Mais uma vez José Aldo Araújo Neto expressa esse pensamento honnethiano:

Segundo Honneth, todas essas formas de desrespeito e degradação impedem a realização do indivíduo em sua integridade, totalidade. Mas, se, por um lado, o rebaixamento e a humilhação ameaçam identidades, por outro, eles estão na própria base da constituição de lutas por reconhecimento. O autor procura justificar por que a experiência do desrespeito pode representar uma força motriz no processo do desenvolvimento em sociedade. O desrespeito pode tornar-se impulso motivacional para lutas sociais, à medida que torna evidente que outros atores sociais impedem a realização daquilo que se entende por bem viver (NETO, 2014, p. 57-58).

Desta feita, existiria um viés positivo na experimentação dessas situações vexatórias: provocar no sujeito os sintomas psíquicos capazes de fazê-lo reconhecer a denegação injustificada de reconhecimento social, promovendo nele a motivação adequada para resistir e lutar pelo reconhecimento não conferido.

Uma passagem do próprio Honneth clarifica essa ideia:

Nessas reações emocionais de vergonha, a experiência de desrespeito pode tornar-se o impulso motivacional de uma luta por reconhecimento. Pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa; mas que essa práxis reaberta seja capaz de assumir a forma de uma resistência política resulta das possibilidades do discernimento moral que de maneira inquebrantável estão embutidas naqueles sentimentos negativos, na qualidade de conteúdos cognitivos. Simplesmente porque os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos do reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral; pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política (HONNETH, 2003, p. 224).

Todo o arcabouço teórico construído até aqui teve uma destinação específica no desenvolvimento do pensamento de Honneth: a construção identitária do sujeito a partir das experiências das relações intersubjetivas, pautada nos diferentes níveis de reconhecimento auferido, bem como o seu viés negativo caracterizado pelos sentimentos de desprezo e desrespeito sociais. Segundo Honneth, esta estrutura teórica é capaz de determinar o fundamento e a origem das lutas sociais.

Maria Eugênia Bunchaft descreve bem essa centralidade teórica de Honneth afirmando:

Trata-se, portanto, de uma concepção de reconhecimento associada à psicologia moral, concebendo o potencial emancipatório das experiências de sofrimento e exclusão como a base motivacional das lutas por reconhecimento mútuo (BUNCHAFT, 2007, p. 142).

Honneth enxerga a possibilidade de atribuir aos pressupostos intersubjetivos do reconhecimento e às experiências morais do desrespeito os motivos de insurgência dos conflitos sociais (HONNETH, 2003, p. 254). Segundo o autor, a lógica moral dos conflitos sociais poderia explicar, em alguma medida, o surgimento dos movimentos sociais de luta e participação política. Os sentimento morais de injustiça seriam, assim, o ponto de partida dessas lutas sociais. Ou seja, existiria um nexo causal entre a origem da luta social e os sentimentos de desprezo e desrespeito experimentadas pelo sujeito nas autorrelações práticas.

Maria Eugênia Bunchaft, mais uma vez, é clara ao resumir esse ideal em Honneth:

Honneth apresenta um conceito de luta por reconhecimento, a partir da dimensão ética da injustiça, fornecendo novas bases filosóficas para sua proposta de renovar a Teoria Crítica, compreendendo os padrões concretos de desrespeito, como a base motivacional capaz de inspirar a gramática dos conflitos sociais. Para Honneth, somente quando os indivíduos se propõem a rearticular as relações de interação social, é possível superar a tensão afetiva inerente ao potencial emancipatório das experiências de sofrimento (BUNCHAFT, 2010, p. 156).

Para tanto, ele teve de associar o conflito interno vivenciado pelo sujeito individualmente considerado às exigências coletivas que movimentam um determinado grupo social, transpondo a quebra de uma identidade individual pela ausência de reconhecimento à constituição de uma identidade coletiva de um grupo inteiro.

Os sentimentos individuais, segundo Honneth, devem ser articulados de tal forma que façam surgir um quadro de interpretações intersubjetivas capaz de associar os sentimentos de desrespeito como típicos de um grupo inteiro.

Nesse sentido, uma transcrição da obra:

Sentimentos de lesão dessa espécie só podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo inteiro; nesse sentido, o surgimento de movimentos sociais depende da existência de uma semântica coletiva que permite interpretar as experiências de desapontamento pessoal como algo que afeta não só o eu individual mas também um círculo de muitos outros sujeitos (HONNETH, 2003, p. 258).

Assim, quando essas experiências de desapontamento individual ganham proporções gerais e influenciam o interior de um determinado grupo social, as consequências emocionais do desrespeito e da degradação, anteriormente consideradas individuais e particulares, tornam-se os motivos morais para uma luta coletiva por reconhecimento.

Interessante também uma passagem da obra intitulada *Entre cooperação reflexiva e democracia procedimental* de Maria Eugênia Bunchaft:

Nessa linha de raciocínio, a tensão afetiva provocada por tais situações de vulnerabilidade moral pode inspirar uma práxis de resistência

política, mas tal transformação não se materializa de forma mecânica, dependendo “sobretudo do entorno político e cultural dos sujeitos atingidos”, ou seja, da possibilidade de articulação de tais pretensões na esfera política, tendo em vista a frustração das expectativas normativas decorrentes de uma autorrelação prática. Com efeito, Honneth considera que, apenas quando os grupos socialmente organizados se articulam em demandas socialmente organizadas, a experiência do desrespeito pode transformar-se em uma práxis social que suscita uma ampliação das condições intersubjetivas de reconhecimento (BUNCHAFT, 2007, p. 151).

Honneth acrescenta ainda que a resistência coletiva, advinda da interpretação socialmente crítica dos sentimentos de desrespeito partilhados pelo grupo, não gera tão somente um meio prático de luta por reconhecimento, pois também proporciona ao sujeito uma forma de tirá-lo da passividade tolerante do rebaixamento social (HONNETH, 2003, p. 259).

Nesse sentido, acrescenta Bunchaft:

Nessa perspectiva, o engajamento em lutas coletivamente organizadas retira os indivíduos de uma “situação paralisante de rebaixamento” e propicia uma superação da redução do sentido de autorrespeito, abrindo-se para o indivíduo uma experiência inovadora de autocompreensão moral sobre si próprio decorrente da ampliação das relações de reconhecimento (BUNCHAFT, 2007, p. 152).

Além disso, um sentimento de solidariedade no interior do grupo político é sentido e compartilhado:

Nesse aspecto, o engajamento individual na luta política restitui ao indivíduo um pouco de seu autorrespeito perdido, visto que ele demonstra em público exatamente a propriedade cujo desrespeito é experienciado como uma vexação. Naturalmente, aqui se acrescenta ainda, com um efeito reforçativo, a experiência de reconhecimento que a solidariedade no interior do grupo político propicia, fazendo os membros alcançar uma espécie de estima mútua (HONNETH, 2003, p. 260).

É importante frisar a esta altura que Honneth não foi ingênuo ao ponto de sugerir a lógica moral dos conflitos sociais como único sistema teórico motivador, justificador, das lutas sociais. É claro que os sentimentos de desrespeito formatados pelas experiências morais extraídas das interações intersubjetivas podem levar a ações coletivas de luta por reconhecimento, motivando e justificando as lutas sociais. Mas a pura segurança da sobrevivência econômica estabelecida a partir da conformação de interesses coletivos que

assegurem pelo menos as condições de reprodução econômica e social dos indivíduos é um outro modelo de conflito social que não pode ser ignorado.

Por essas razões é que Honneth conclui pela complementariedade de ambos os modelos de conflito e luta social. De um lado, o conflito pode ser explicado pela lente das experiências morais de desrespeito dos sujeitos, que se tornam a base motivacional de luta; doutra parte, a análise é feita a partir da concorrência por bens escassos em que os grupos sociais tentam conservar ou aumentar seu poder de dispor de determinadas possibilidades de reprodução.

É indispensável transcrever uma passagem da obra de Honneth que justamente estabelece essa diferença e complementação:

Os modelos de conflito que começam pelos interesses coletivos são aqueles que atribuem o surgimento e o curso das lutas sociais à tentativa de grupos sociais de conservar ou aumentar seu poder de dispor de determinadas possibilidades de reprodução; por isso, hoje se encontram na mesma linha todas as abordagens que querem ampliar o espectro dessas lutas dirigidas por interesses, incluindo bens culturais e simbólicos na definição das possibilidades de reprodução específicas dos grupos. Pelo contrário, um modelo de conflito que começa pelos sentimentos coletivos de injustiça é aquele que atribui o surgimento e o curso das lutas sociais às experiências morais que os grupos sociais fazem perante a denegação do reconhecimento jurídico ou social. Ali se trata da análise de uma concorrência por bens escasso, aqui, porém, da análise de uma luta pelas condições intersubjetivas da integridade pessoal. Mas esse segundo modelo de conflito, baseado na teoria do reconhecimento, não pode precisamente substituir o primeiro, o modelo utilitarista, mas somente complementá-lo: pois permanece sempre uma questão empírica saber até que ponto um conflito social segue a lógica da persecução de interesses ou lógica da formação da reação moral (HONNETH, 2003, p. 261).

Já se encaminhando para suas conclusões derradeiras, no afã de fazer um fechamento de suas ideias mais centrais, Honneth nos adverte para o fato de que os sentimentos de injustiça e as experiências de desrespeito podem ir além de um simples motivo de ação ou explicação para lutas sociais. Os sentimentos morais deveriam então se tornar o pano de fundo para a investigação de um processo evolutivo mais abrangente: a história do progresso moral de uma sociedade (HONNETH, 2003, p. 266).

É dessa inspiração mais geral que Honneth vai afirmar que o processo de formação moral de uma determinada sociedade depende do potencial normativo do reconhecimento recíproco, que se dá ao longo de uma sequência idealizada de lutas (HONNETH, 2003, p. 266). Foi assim que o filósofo alemão

tentou explicar a evolução moral por que passaram as sociedades modernas: destacando o efeito normativo que as experiências negativas de reconhecimento infligiram ao direito e à estima social.

Acerca do efeito normativo desses princípios de reconhecimento, Honneth explica a formação de uma cultura moral de uma determinada época do desenvolvimento social:

Aquilo que anteriormente eu havia denominado de “preenchimento” do esquema existencial do reconhecimento, eu imagino assim: no processo de sua socialização, indivíduos aprendem a interiorizar as normas de reconhecimento específicas da respectiva cultura; deste modo eles enriquecem passo a passo aquela representação elementar do próximo, que desde cedo lhes está disponível por hábito, com aqueles valores específicos que estão corporificados nos princípios de reconhecimento vigentes dentro de sua sociedade. São estas normas interiorizadas que regulam o modo como sujeitos tratam legitimamente uns com os outros nas diferentes esferas das relações sociais: quais as expectativas que eu posso ter em relação ao outro, quais os deveres que preciso cumprir em relação a ele, qual comportamento posso esperar dele, tudo isto se deriva em última análise da orientação naturalizada por princípios, que fixam institucionalmente em quais sentidos (avaliativos) nós devemos nos reconhecer reciprocamente segundo a relação entre nós existente. Tomados em seu conjunto, esses princípios do reconhecimento formam a cultura moral de uma determinada época do desenvolvimento social (HONNETH, 2008, p. 74).

Este potencial normativo fez com que os processos históricos já não mais fossem vistos como simples eventos casuais e desprezíveis, mas sim como etapas de um processo de formação conflituosa em que os sentimentos de desrespeito e ofensa conduziram uma ampliação progressiva nas relações de reconhecimento e, por conseguinte, uma evolução moral da sociedade (HONNETH, 2003, p. 268).

Mas traçar um processo de evolução moral a partir de uma sequência idealizada de lutas é uma tarefa deveras penosa por inúmeras razões. Como estabelecer critérios universais de moralidade sem que com isso desprezemos as características e necessidades mais individuais e particulares dos sujeitos, caindo no dilema de moral universalista kantiano? Será que ao definir-se um enunciado universal de moralidade não se estaria optando por um determinado ideal de vida boa em detrimento de outro? Qual o ápice ou o ponto de chegada dessa moralidade? Essas seriam algumas preocupações indissociáveis acerca da teorização desse novo sistema de valores.

Essas preocupações podem ser evidenciadas no pensamento do autor quando ele expressamente levanta esses questionamentos:

Mas como podem ser encontrados enunciados universais sobre semelhantes condições de possibilitação, se toda explicação acerca da estrutura da autorrealização corre de imediato o risco de tornar-se uma interpretação de determinados ideais de vida, historicamente singulares? (HONNETH, 2003, p. 272).

Honneth tenta rechaçar essas dificuldades propondo uma concepção formal de eticidade. Se posicionando no meio termo entre o universalismo kantiano e as éticas utilitaristas, ele formula um conceito formal de eticidade que, partindo das condições de autorrealização dos sujeitos, possa estabelecer determinações “tão formais ou abstratas que não despertam justamente a suspeita de expor meras sedimentações de interpretações concretas de vida boa” (HONNETH, 2003, p. 272).

O que Honneth defende, em última instância, é que os conflitos intersubjetivos por reconhecimento, encetados por situações desrespeitosas vivenciadas cotidianamente, são fundamentais para o desenvolvimento moral da sociedade e dos indivíduos. Esta é à base de sua concepção formal de boa vida (NETO, 2014, p. 58).

O pressuposto de constituição das identidades dos sujeitos está pautada numa autorrelação intersubjetiva que pressupõe a participação do outro, de seu parceiro de interação social, o que afastaria a autonomia individual constitutiva da moral universal de Kant:

Nesse sentido, a liberdade da autorrealização depende de pressupostos que não estão à disposição do próprio sujeito humano, visto que ele só pode adquiri-la com a ajuda de seu parceiro de interação. Os diversos padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever as estruturas universais de uma vida bem sucedida (HONNETH, 2003, p. 273).

Assim, para Honneth, os três níveis de reconhecimento considerados como os padrões de autorrealização bem-sucedida de um sujeito dariam conta do grau de abstratividade e formalidade perseguidos por um critério universalista de concepção de vida boa.

De uma parte, os três distintos padrões de reconhecimento, que de agora em diante devem ser considerados as outras tantas condições de uma autorrealização bem-sucedida, são, segundo a sua definição, abstratos ou formais o suficiente para não despertar a suspeita de incorporarem determinados ideais de vida; de outra parte, a exposição dessas três condições é, sob o ponto de vista do conteúdo, rica o suficiente para enunciar mais a respeito das estruturas universais de uma vida bem-sucedida do que está contido na mera referência à autodeterminação individual (HONNETH, 2003, p. 274).

Ainda, se considerarmos que estes níveis se dariam necessariamente dentro de uma estrutura de interação social de intersubjetividade constitutiva das identidades dos sujeitos componentes de uma determinada sociedade, estaríamos assegurando as condições necessárias para realização espontânea das metas tanto individuais e quanto universais de vida boa. Essa abertura intersubjetiva proporcionaria ainda uma variabilidade histórica acerca das concepções de vida boa, que podem se alterar com o passar das experiências vivenciadas nas autorrelações.

Honneth ainda assenta que seriam estas experiências de reconhecimento que social que explicam porque o homem aspira tornar-se membro de modelos diferentes de grupos sociais:

(...) a dependência individual de experiências de reconhecimento social explica por que o sujeito individualmente aspira a ser membro em diferentes modelos de agrupamentos sociais. A cada forma de reconhecimento de que o indivíduo depende no decorrer de seu desenvolvimento, corresponde analiticamente uma forma diferente de aspiração de membresia em grupo (HONNETH, 2013, p. 61).

Desta feita, teríamos um conceito formal de eticidade, pautado na experiência moral oriundo da luta por reconhecimento travada pelos sujeitos sociais, mas ainda assim, o conceito de eticidade aberto e poroso, cambiante e evolutivo.

Nesse sentido, conclui Honneth:

Uma concepção formal de eticidade abrange as condições qualitativas de autorrealização, que se distinguem de todas formas de vida particulares na medida em que constituem os pressupostos universais da integridade pessoal dos sujeitos; porém, já que condições dessa espécie estão por sua vez abertas às possibilidades de um desenvolvimento normativo mais elevado, uma semelhante concepção formal não está isenta de mudança histórica, mas, pelo contrário, liga-se à condição inicial singular da própria época de seu surgimento. Para a nossa finalidade, resulta dessa limitação a tarefa de introduzir

historicamente os três padrões de reconhecimento, no sentido de que eles podem ser considerados elementos de eticidade somente no grau evolutivo mais elevado em cada caso: de que maneira devem se constituir os pressupostos intersubjetivos da possibilidade da autorrealização se mostra sempre sob as condições históricas de um presente que abriu desde o início a perspectiva de um aperfeiçoamento normativo das relações de reconhecimento (HONNETH, 2003, p. 275).

Honneth, por fim, aponta para sua tentativa de atingir universais normativos de uma vida bem-sucedida a partir das condições intersubjetivas de integridade pessoal, incluindo também o padrão de reconhecimento de uma solidariedade social, que só pode nascer das finalidades partilhadas em comum, aliadas, é claro, aos outros dois padrões de reconhecimento: o amor e o direito.

2.3 A crítica de Nancy Fraser ao monismo moral de Axel Honneth: o binômio reconhecimento-redistribuição

A proposta teórica de Axel Honneth, bem como das teorias do reconhecimento em geral, não estará completa se não acrescentarmos a reflexão crítica desenvolvida por Nancy Fraser. Para ela, as sociedades pós-socialistas tem dado cada vez mais importância à luta por reconhecimento na discussão dos paradigmas políticos contemporâneos, realocando o reconhecimento cultural para o centro das preocupações relacionadas à injustiça social em detrimento da redistribuição socioeconômica de base socialista (FRASER, 2006, p. 231).

Em passagem esclarecedora, Nancy destaca o que segundo ela é uma das principais características definidoras da globalização: a exagerada politização da cultura representada pela reivindicação de reconhecimento em detrimento da política de classe:

De facto, hoje em dia, a reivindicação de reconhecimento é a força impulsionadora de muitos conflitos sociais, desde batalhas sobre o multiculturalismo a lutas sobre as relações sociais de sexo e a sexualidade, desde campanhas pela soberania nacional e autonomia subnacional a esforços para construir organizações políticas transnacionais, desde a jihad fundamentalista aos revivescentes movimentos internacionais de direitos humanos. (...) O reverso deste ressurgimento é um declínio correspondente da política de classe. Outrora a gramática hegemônica da contestação política, as reivindicações de igualdade econômica são hoje menos salientes do que durante o apogeu fordista do Estado-Providência keynesiano. Os partidos políticos que antes se identificavam com projectos de

redistribuição igualitária abraçam hoje uma escorregadia “terceira via”, cuja substância verdadeiramente emancipatória, quando a têm, está mais relacionada com o reconhecimento do que com a redistribuição (FRASER, 2002, p. 08).

Para a autora a globalização trouxe este novo aspecto de reivindicação política, onde se transferiu o centro de preocupação da redistribuição para o reconhecimento. Acerca deste momento de transição, ela aduz:

O momento não poderia ter sido pior. A mudança para uma política culturalizada de reconhecimento ocorreu precisamente no período em que o neoliberalismo estava encenando seu retorno espetacular (FRASER, 2005, p.297).

A autora norte-americana chama atenção para o fato de que a desigualdade material – aqui incluídas as “desigualdades de renda e propriedade; de acesso a trabalho remunerado, educação, saúde e lazer; e também, mais cruamente, de ingestão calórica e exposição à contaminação ambiental” (FRASER, 2006, p. 231) – vem sendo suplantada pela emergência de um novo ideário político pautado pelas noções de identidade, diferença, dominação cultural e reconhecimento. Com a queda do comunismo soviético, último *front* do regime socialista, a crítica sustentada pela ideia de exploração foi redirecionada para as experiências morais experimentadas pelos sujeitos na construção de suas identidades.

Fraser não vê esta nova abordagem de luta como algo reprovável. Muito pelo contrário, a autora destaca o caráter agregador da perspectiva do reconhecimento ao destacar:

A meu ver, as perspectivas são ambivalentes. Por um lado, a viragem para o reconhecimento representa um alargamento da contestação política e um novo entendimento da justiça social. Já não restrita ao eixo da classe, a contestação abarca agora outros eixos de subordinação, incluindo a diferença sexual, a “raça”, a etnicidade, a sexualidade, a religião e a nacionalidade. Isto constitui um claro avanço relativamente aos restritivos paradigmas fordistas que marginalizavam tal contestação. Para além disso, a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, identidade e diferença. Também neste aspecto constitui um avanço positivo relativamente aos reduzidos paradigmas economicistas que tinham dificuldade em conceptualizar males cuja origem reside, não na economia política, mas nas hierarquias institucionalizadas de valor (FRASER, 2002, p. 09).

Maria Eugênia Bunchaft bem descreve o ideal teórico de Fraser ao aduzir:

A autora procura romper com uma abordagem psicológica do reconhecimento, contrapondo-se à desvinculação entre as dimensões econômica e cultural e rompendo com uma perspectiva dicotômica que privilegia as questões distributivas ou se restringe às injustiças culturais (BUNCHAFT, 2010, p. 157).

Fraser também assenta com clareza seus objetivos ao afirmar:

Meu objetivo maior é ligar duas problemáticas políticas atualmente dissociadas; pois é somente integrando reconhecimento e redistribuição que chegaremos a um quadro conceitual adequado às demandas de nossa era (FRASER, 2006, p. 231-232).

Fraser busca então identificar duas formas distintas, mas complementares de produção e manutenção de injustiças sociais, integrando as experiências negativas de reconhecimento às desigualdades materiais. A injustiça assim estaria radicada tanto na violência cultural ou simbólica, centrada nas teorias do reconhecimento, como na estrutura desigual de distribuição econômico-política das sociedades, e assim devem ser entendidas e estudadas.

Ela aponta, então, para uma concepção bidimensional de justiça:

O que é preciso é uma concepção ampla e abrangente, capaz de abranger pelo menos dois conjuntos de preocupações. Por um lado, ela deve abarcar as preocupações tradicionais das teorias de justiça distributiva, especialmente a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe. Ao mesmo tempo, deve igualmente abarcar as preocupações recentemente salientadas pelas filosofias do reconhecimento, especialmente o desrespeito, o imperialismo cultural e a hierarquia de estatuto. Rejeitando formulações sectárias que caracterizam a distribuição e o reconhecimento como visões mutuamente incompatíveis da justiça, tal concepção tem de abrangê-las a ambas. O resultado seria uma concepção bidimensional de justiça, o único tipo de concepção capaz de abranger toda a magnitude da injustiça no contexto da globalização (FRASER, 2002, p. 05).

Nesse sentido ela identifica duas trincheiras de combate à injustiça: uma reestruturação político-econômica para dar cabo às injustiças econômicas, que ela identificará com o termo genérico de “redistribuição”; e uma espécie de mudança cultural ou simbólica, que será gerida pelo conceito de “reconhecimento”.

Interessante a transcrição de um trecho nesse sentido:

Insistirei em distinguir analiticamente injustiça econômica e injustiça cultural, em que pese seu mútuo entrelaçamento. O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. Embora esses vários remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “redistribuição”. O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas. Embora esses remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico “reconhecimento” (FRASER, 2006, p. 232).

É indispensável sentir então que a autora aponta como inarredável relacionar os dois tipos de luta, tanto pelo reconhecimento quanto pela redistribuição, como ações práticas voltadas a remediar as injustiças que são produzidas e mantidas tanto cultural como economicamente. Mas isso não quer dizer que elas estejam em perfeita harmonia numa complementariedade de lutas que têm objetivos e métodos semelhantes.

Para Fraser enquanto a política do reconhecimento assume chamar a atenção para a especificidade de algum grupo, promovendo uma diferenciação entre os grupos componentes de uma determinada sociedade; a política da redistribuição busca abolir as construções econômicas que realçam a diferença entre os diversos grupos, promovendo, ao contrário do reconhecimento que assenta e valoriza grupos diferentes, uma desdiferenciação (FRASER, 2006, p. 233).

Existe, segundo Fraser, um dilema entre luta por reconhecimento e luta por redistribuição:

Eis, então, um difícil dilema. Doravante vou chamá-lo dilema da redistribuição-reconhecimento. Pessoas sujeitas à injustiça cultural e à injustiça econômica necessitam de reconhecimento e redistribuição. Necessitam de ambos para reivindicar e negar sua especificidade (FRASER, 2006, p. 233).

Esse dilema salta aos olhos quando tratamos de espectros ideais e extremos de luta. Mas pode ser ainda mais complexo se diante de nós for apresentado grupos sociais que sofrem tanto em virtude da estrutura econômico-política quanto da estrutura cultural-valorativa da sociedade, e, portanto, sofrerem injustiças que remontam simultaneamente à economia e à cultura. Para esses casos Fraser designa o conceito de coletividades “bivalentes” (FRASER, 2006, p. 233). Ainda mais que antes, nesses casos, não poderíamos tratar esses grupos com os remédios característicos do reconhecimento ou da redistribuição, pois que seguem caminhos opostos no combate às injustiças.

Surge um problema que deve ser solucionado então pela sobreposição das perspectivas da redistribuição e reconhecimento, tomando-se o cuidado para que reivindicações ambivalentes não sejam incompatibilizadas:

Do ponto de vista distributivo, portanto, a justiça requer uma política de redistribuição. Do ponto de vista do reconhecimento, em contraponto, a justiça requer uma política de reconhecimento. A ameaça de substituição surge quando as duas perspectivas da justiça são consideradas mutuamente incompatíveis. Nesse caso, as reivindicações de reconhecimento desligam-se das reivindicações de redistribuição, acabando por as eclipsar. Quando, contudo se sobrepõem as duas perspectivas, o risco de substituição pode ser neutralizado. A justiça surge então como uma categoria bidimensional que abrange ambos os tipos de reivindicação. Desta perspectiva bifocal, torna-se desnecessário optar entre uma política de reconhecimento e uma política de redistribuição, impondo-se, pelo contrário, uma política que abarque os dois aspectos. (FRASER, 2002, p. 13).

As questões de gênero e raça seriam, para Fraser, exemplos dessas coletividades “bivalentes”. Contextualizando-as, ela esclarece o processo de injustiça perpetrado em razão do gênero:

O gênero, por exemplo, tem dimensões econômico-políticas porque é um princípio estruturante básico da economia política. Por um lado, o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho “produtivo” remunerado e trabalho “reprodutivo” e doméstico não-remunerado, atribuindo às mulheres a responsabilidade primordial por este último. [...] O resultado é uma estrutura econômico-política que engendra modos de exploração, marginalização e privação especificamente marcados pelo gênero. Esta estrutura constitui o gênero como uma diferenciação econômico-política dotada de certas características da classe. Sob esse aspecto, a injustiça de gênero aparece como uma espécie de injustiça distributiva que clama por compensações redistributivas. [...] A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à classe: trata-se de acabar com esse negócio de gênero. [...] Isso, no entanto, é apenas uma parte da história. Na verdade, o gênero não é

somente uma diferenciação econômico-política, mas também uma diferenciação de valoração cultural. Como tal, ele também abarca elementos que se assemelham mais à sexualidade do que à classe, e isso permite enquadrá-lo na problemática do reconhecimento. [...] Essa desvalorização se expressa numa variedade de danos sofridos pelas mulheres, incluindo a violência e a exploração sexual, a violência doméstica generalizada; as representações banalizantes, objetificadoras e humilhantes na mídia; o assédio e a desqualificação em todas as esferas da vida cotidiana; [...] Esses danos são injustiças de reconhecimento. [...] Por isso, não podem ser remediados apenas pela redistribuição econômico-política, mas precisam de medidas independentes e adicionais de reconhecimento (FRASER, 2006, p. 233-234).

Maria Eugênia Bunchaft também assenta a discriminação “bivalente” relacionadas ao gênero:

Com efeito, no caso das mulheres, a discriminação combina características de exploração econômica com elementos de discriminação sexual, de forma que a injustiça é bidimensional, situando-se tanto na esfera econômica como na esfera do reconhecimento. Tratam-se de formas de injustiça primárias e cooriginais, de forma que “nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento isoladamente são suficientes.” As mulheres necessitam combater ambas as dimensões da injustiça. Antes de tudo, é mister considerar que a discriminação de gênero é uma categoria híbrida decorrente da injustiça econômica e da ordem de status na sociedade, porque o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado ocupado por homens e trabalho doméstico não remunerado atribuído às mulheres (BUNCHAFT, 2010, p. 158).

Fraser agora descreve uma coletividade “bivalente”, mas dessa vez relacionando as questões de raça:

Um dilema análogo aparece na luta contra o racismo. A “raça”, como o gênero, é um modo bivalente de coletividade. Por um lado, ela se assemelha à classe, sendo um princípio estrutural da economia política. Neste aspecto, a “raça” estrutura a divisão capitalista do trabalho. Ela estrutura a divisão dentro do trabalho remunerado, entre as ocupações de baixa remuneração, baixo status, enfadonhas, sujas e domésticas, mantidas desproporcionalmente pelas pessoas de cor, e as ocupações de remuneração mais elevada, de maior status, de “colarinho branco”, profissionais, técnicas e gerenciais, mantidas desproporcionalmente pelos “brancos”. [...] Essa estrutura constitui a raça como uma diferenciação econômico-política dotada de certas características de classe. Sob esse aspecto, a injustiça racial aparece como uma espécie de injustiça distributiva que clama por compensações redistributivas. [...] A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à classe: trata-se de fazer com que a “raça” fique fora do negócio. Se a “raça” não é nada mais do que uma diferenciação econômico-política, a justiça exige, em suma, que ela seja abolida. Entretanto, a raça, como o gênero, não é somente econômico-política. Ela também tem dimensões culturais-valorativas, que a inserem no

universo do reconhecimento. [...] Um aspecto central do racismo é o eurocentrismo: a construção autorizada de normas que privilegiam os traços associados com o “ser branco”. Em sua companhia está o racismo cultural: a desqualificação generalizada das coisas codificadas como “negras”, “pardas” e “amarelas”, paradigmaticamente – mas não só – as pessoas de cor. [...] Como no caso do gênero, esses danos são injustiças de reconhecimento. Por isso, a lógica do remédio também é conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado (FRASER, 2006, p. 235-236).

Maria Eugênia Bunchaft, também refere-se às questões de raça:

Da mesma forma, raça é uma divisão social bidimensional situada na estrutura econômica e na ordem de status, porquanto injustiças raciais incluem tanto distribuição como reconhecimento (BUNCHAFT, 2010, p. 158).

É a partir desse dilema que Nancy Fraser propõe uma concepção alternativa de redistribuição e reconhecimento. A partir da elucidação dos remédios convencionais propostos para correção de injustiças culturais e econômicas, classificados por Fraser como remédios afirmativos, ela apontará para um novo horizonte de atuação, designado de remédios transformativos.

Por remédios afirmativos, Fraser entende aqueles “voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra” (FRASER, 2006, p. 237). Mais claramente, se estivermos diante de uma injustiça cultural os remédios afirmativos buscarão uma espécie de compensação ao desrespeito perpetrado por meio de uma revalorização das identidades grupais injustamente desvalorizadas, mantendo, no entanto, inalteradas as diferenças grupais subjacentes e os conteúdos dessas identidades; semelhantemente, caso estejamos diante de uma injustiça econômica os remédios afirmativos buscarão potencializar a capacidade de consumo dos grupos sociais desprivilegiados economicamente, fazendo-os sentir mais empoderados, sem, contudo, alterar a estrutura e o sistema de produção.

Por outro lado, os remédios transformativos seriam os “voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente” (FRASER, 2006, p. 237). Seguindo a mesma sistemática explorada no parágrafo anterior, se estivermos diante de uma injustiça cultural os remédios transformativos buscarão a mesma compensação ao desrespeito

perpetrado, mas dessa vez por meio de uma transformação da estrutura cultural-valorativa subjacente, desestabilizando as identidades e diferenciações grupais, numa espécie de desconstrução que abrirá espaço para novos reagrupamentos identitários; de igual forma, se estivermos diante de uma injustiça econômica os remédios transformativos buscarão uma compensação para a distribuição injusta através de uma reestruturação econômico-política, reorganizando as relações de produção, consumo e a divisão social do trabalho.

Fraser conclui então que as injustiças cultural e econômico-política devem ser trabalhadas a partir dessa reformulação na abordagem reconhecimento-redistribuição como afirmação, para reconhecimento-redistribuição como transformação.

A partir desta simbiose, ela defende uma nova concepção de justiça:

É precisamente essa presunção de incompatibilidade que procuro desafiar. Contra as suposições usuais, argumentarei que é possível integrar redistribuição e reconhecimento sem sucumbir à esquizofrenia. A minha estratégia implicará construir a política do reconhecimento de uma forma que ela não seja vinculada prematuramente à ética. Ao contrário, tratarei as reivindicações por reconhecimento como reivindicações por justiça dentro de uma noção ampla de justiça (FRASER, 2007, p. 105).

Desta feita, de tudo que fora transcrito até aqui, deve-se concluir que não podemos construir um conceito adequado de democracia e, por conseguinte, de jurisdição constitucional e direitos humanos, se não levarmos em conta as considerações propugnadas pela filosofia do reconhecimento e redistribuição. A questão das minorias, bem como das lutas sociais, devem estar sempre no esteio de discussão e formatação do que entendemos por democracia na contemporaneidade, bem como sua relação com os demais pilares do Estado Moderno.

Uma interessante passagem de Nancy Fraser reflete estes anseios:

Se a representação é a questão definidora do político, então a característica política da injustiça é a falsa representação. A falsa representação ocorre quando as fronteiras políticas e/ou as regras decisórias funcionam de modo a negar a algumas pessoas, erroneamente, a possibilidade de participar como um par, com os demais, na interação social – inclusive, mas não apenas, nas arenas políticas (FRASER, 2005, p. 21).

Em razão disto, tentaremos desenvolver no próximo capítulo algumas considerações que de alguma forma abarquem a complexidade do tema, tentando reaproximar o controle de constitucionalidade ao exercício democrático, tomando por base justamente as questões assumidas neste tópico.

3. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE POST E SIEGEL: UMA POSSIBILIDADE PARA O RECONHECIMENTO DE MINORIAS

3.1 A proposta democrática de constitucionalismo de Robert Post e Reva Siegel

Seguindo uma construção lógica, depois de contextualizarmos a interação existente entre democracia e constitucionalismo no primeiro capítulo e asseverar pela importância do reconhecimento das minorias numa sociedade democrática e pluralista no segundo, nos incumbe a partir de agora apontar para uma alternativa de exercício constitucional que compatibilize essas variáveis com a filosofia política do reconhecimento-redistribuição. Nesse ínterim, trazemos à baila o desenvolvido teórico propugnado por Robert Post e Reva Siegel na seara do constitucionalismo norte-americano, bem como seus reflexos na prática jurisdicional daquele país.

Ademais, cumpre ressaltar que escolhemos alocar como pano de fundo o constitucionalismo norte-americano por ter percebido um vasto histórico de lutas sociais que de alguma forma envolveram direitos de minorias – desde questões relacionadas à etnia, passando pelos precedentes relacionados ao aborto e às minorias sexuais – o que nos possibilita um aprofundamento teórico acerca das questões morais controversas dentro de um Estado Democrático de Direito.

Os próprios autores reclamam o protagonismo norte-americano no desenvolvimento teórico do constitucionalismo democrático ao asseverarem que:

Há aspectos importantes do direito constitucional estadunidense que evoluíram em resposta às perspectivas constitucionais substantivas, produto da mobilização do povo (POST, SIEGEL, 2013, p.32, tradução nossa) ¹⁹.

Cumpre ressaltar de início que a expressão que denomina o movimento defendido pelos autores acima referidos – constitucionalismo democrático – está intimamente relacionada à uma transformação de paradigma dentro da

¹⁹ Hay aspectos importantes del derecho constitucional estadounidense que han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización del pueblo (POST; SIEGEL, 2013, p. 32).

concepção ocidental de direitos, democracia e constitucionalismo originada a partir da decadência dos estados totalitários que promoviam a vigilância sobre os cidadãos, mobilizando a comunidade através das manobras de massa. Esta nova noção defende a ideia de que as principais instituições do poder público, bem como as organizações civis em geral têm como função primordial garantir o cumprimento das constituições, além de dar-lhe seu sentido e alcance, garantindo, assim, um direito forte, mas fluido e constante.

A expressão que denomina o movimento defendido por Post e Siegel é composta pelos conceitos de "constitucionalismo" e "democracia". Portanto, representa dois pensamentos cardeais na discussão pública ocidental desde o fim do fascismo, quando se assistiu a uma mudança de paradigma nas concepções de direitos, de democracia e do conteúdo mesmo do constitucionalismo. Em virtude destas noções, as principais instituições do poder público e as organizações civis têm de desempenhar um papel fundamental na interpretação e configuração do direito constitucional em geral e da Constituição em particular. (...) Nos sistemas jurídicos constitucionalizados, as democracias necessitam de um Estado de Direito forte, mas também de um diálogo constitucional fluido e constante (JARAMILLO, 2013, p. 11-12, tradução nossa) ²⁰.

O constitucionalismo democrático parte da concepção de que as cortes constitucionais devem ter a capacidade de refletir e incorporar perspectivas constitucionais dos diversos grupos sociais que compõe determinado organismo democrático, com o objetivo de construir de forma conjunta os significados constitucionais mediante um diálogo construtivo (JARAMILLO, 2013, p.12).

Para a visão democrática de constitucionalismo, deve-se manter o diálogo constitucional – e, de certa forma, institucional – sempre aberto para que os mais diversos e distintos valores que formatam qualquer sociedade na contemporaneidade possam ser revisitados e discutidos indefinidamente.

Os tribunais não devem ter a última (e, em todo caso, a única) palavra em questões de interpretação constitucional, especialmente diante dos

²⁰ La expresión que denomina al movimiento que defienden Post e Siegel está integrada por los conceptos “constitucionalismo” y “democrático”. Representa por lo tanto dos ideas cardinales em la discusión pública occidental desde el fin del facismo, cuando se asistió a um cambio de paradigma em la concepción de los derechos, la democracia e el contenido mismo del constitucionalismo. En virtud de estas nociones, las principales instituciones del poder público y las organizaciones ciudadanas tienen um rol esencial que desempeñar em la interpretación y configuración del derecho constitucional em general y em la garantía de la Constitución em particular (...) Em los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de um Estado de derecho flerte, pero también que el diálogo constitucional sea fluido y constante (JARAMILLO, 2013, p. 11-12)

casos complexos relacionados ao progresso social. Em uma democracia, o constitucionalismo limita e empodera o governo para garantir os fins do Estado. Em lugar de definir a natureza e o alcance dos direitos constitucionais a partir de um torre de Babel em que os tribunais não se entendem com os órgãos estatais, o constitucionalismo democrático propugna uma concepção conforme a qual a realização das disposições constitucionais adquire sua legitimidade e sua efetividade a partir de um diálogo progressivo (JARAMILLO, 2013, p. 19, tradução nossa)²¹.

Neste sentido, Post e Siegel consideram a constituição como uma carta viva e crescente, mutante mesmo, sensível e receptiva às necessidades e lutas sociais, capaz de reconhecer novas mobilizações políticas constitutivas de uma mudança nas concepções mais conservadoras do direito. Para tanto, indispensável uma atuação jurisdicional caracterizada pela abertura argumentativa na análise dos princípios constitucionais, com a participação e influência efetiva dos movimentos sociais (POST e SIEGEL, 2013, p. 31).

As constituições devem representar, assim, um eterno devir na busca de um sentido constitucional mais afinado com as necessidades sociais de momento, atuais, aproximando o direito à vida das pessoas e, mais ainda, compatibilizando as novas concepções morais insurgentes nas sociedades contemporâneas.

Interessante transcrever uma passagem de Peter Häberle quando propõe sua tese de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, uma vez que se alinha bem às propostas democráticas de constitucionalismo:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clusus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Para Post e Siegel, este ideário progressista de constitucionalismo leva em consideração a possibilidade de mudança no sentido constitucional de uma

²¹ Los tribunales no deben tener la última (y, en todo caso, nunca la única) palabra en cuestiones de interpretación constitucional, máxime ante casos complejos de progreso social. En una democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no hablan con los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progressivo (JARAMILLO, 2013, p. 19).

carta erigida há muito tempo, abrindo-se a possibilidade de preservar a autoridade e legitimidade de uma constituição ao longo da história, compatibilizando-a aos novos anseios sociais (POST e SIEGEL, 2013, p. 32).

O constitucionalismo democrático parte da premissa de que a autoridade da Constituição depende da legitimidade democrática, de sua capacidade de inspirar os cidadãos norte-americanos a reconhecer e seguir a Constituição como sua (POST; SIEGEL, 2013, p. 44, tradução nossa)²².

É a partir dessa possibilidade de mutação nos sentidos constitucionais e da necessidade de se preservar a autoridade e legitimidade da carta maior no pulsar histórico que leva os autores a defender a possibilidade de uma atuação jurisdicional mais ativa na defesa e garantia de direitos fundamentais de minorias.

Descrevendo o constitucionalismo democrático de Post e Siegel, Maria Eugênia Bunchaft assevera que:

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais (BUNCHAFT, 2011, p.158).

Ao largo das várias espécies de norma trazidas no corpo de uma constituição um tipo bem específico traz em seu âmago a generalidade dos valores morais assumidos e que potencializam uma intensa luta política. Apontar pela possibilidade de transformação ou “evolução” destes conteúdos morais, no sentido de reconhecer as concepções de vida boa e digna das minorias constitui o núcleo central do constitucionalismo democrático. Segundo Post e Siegel, “La legitimidade de la Constitución depende de esta relación de reconocimiento” (POST e SIEGEL, 2013, p. 33).

Os desacordos morais existirão sempre em uma sociedade complexa e pluralista. O que se faz necessário é uma racionalização das possibilidades constitucionais. Os movimentos sociais abrem a oportunidade de discussão

²² “La premissa del constitucionalismo democrático es que la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de su capacidad para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como su Constitución” (POST, SIEGEL, 2013, p. 44).

acerca dos juízos de valor expressos constitucionalmente, preservando a autoridade e legitimidade da Carta Maior. Isto faz com que pessoas com convicções e visões de mundo totalmente diferentes considerem razoáveis os desacordos e sigam comprometidos com a Lei maior.

Nesse sentido, Post e Siegel:

A confiança na sensibilidade do ordenamento constitucional desempenha um papel crucial na preservação da autoridade da Constituição. Quando existe esta confiança, os cidadãos podem achar aceitáveis o significado da Constituição que difere de seu próprio. Manter esta confiança depende de que os cidadãos tenham a oportunidade de se convencerem mutuamente a adotar formas alternativas de compreender a Constituição. Paradoxalmente, a possibilidade de que haja desacordos sobre o significado da Constituição preserva sua autoridade e permite que pessoas com convicções muito diferentes possam ratificar seus compromissos mais fundamentais e que constituem a norma fundamental (POST; SIEGEL, 2013, p. 34, tradução nossa)²³.

Maria Eugênia Bunchaft também assevera:

Em verdade, a existência de um desacordo razoável acerca de concepções de vida digna constitui um elemento incontornável das democracias contemporâneas, de forma que as diferentes concepções morais devem influenciar nos processos deliberativos de concretização de direitos (BUNCHAFT, 2011, p. 154).

Ora, a interpretação constitucional, dessa forma, tem como ponto de partida uma análise mais apurada e comprometida com os movimentos sociais, fonte legitimadora de uma compreensão pluralista dos sentidos constitucionais. Os protestos populares devem ser encarados como mecanismos de inclusão democrática sobretudo em situações em que se percebe uma acentuada assimetria de poder.

²³ “La confianza en la sensibilidad del ordenamiento constitucional desempeña un papel crucial en la preservación de la autoridad de la Constitución. Cuando existe esta confianza, los ciudadanos pueden aceptar juicios acreditados acerca del significado de la Constitución, que difieren de los suyos propios. Mantener esa confianza depende de que los ciudadanos tengan oportunidades significativas de persuadirse mutuamente de adoptar formas alternativas de comprender la Constitución. Paradjóicamente, la posibilidad de que haya desacuerdos sobre el significado de la Constitución preserva su autoridad, ya permite a personas con convicciones muy diferentes considerar que expresa sus compromissos más fundamentales y que constituye la norma fundacional” (POST e SIEGEL, 2013, p.34).

Maria Eugênia Bunchaft mais uma vez traz uma passagem esclarecedora acerca do papel dos movimentos sociais para o constitucionalismo democrático:

Nesse empreendimento teórico, de acordo com Reva Siegel, a atuação dinâmica dos movimentos sociais potencializa formas renovadas de compreensão constitucional, tendo em vista a própria linguagem aberta da Constituição (BUNCHAFT, 2011, p. 159).

As lutas sociais, portanto, devem ser compreendidas como fatores que legitimam a eventual mudança dos significados constitucionais, possibilitando uma atuação jurisdicional que incorpore perspectivas diversas, plurais, dentro de uma realidade de heterogenia cultural vivenciada nas sociedades contemporâneas. Há de se reconhecer no âmbito do constitucionalismo democrático a importância da diversidade cultural e das diversas concepções de vida boa na construção desses sentidos constitucionais.

Roberto Gargarella e Paola Bergallo apontam essa importância do pluralismo na construção dos sentidos constitucionais em Post ao prescreverem que:

Post insiste que deve ser explorada a forma de uma diversidade cultural harmonizada a um tipo de constitucionalismo que reconhece a importância do pluralismo como característica das sociedades democráticas (GARGARELA; BERGALO, 2013, p. 21, tradução nossa)²⁴.

É claro que essa atuação não pode estar descuidada dos princípios conformadores do Estado Democrático de Direito, devendo observar os princípios da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica, mas as decisões também devem estabelecer a possibilidade de participação paritária das minorias na construção democrática do significado constitucional, abrindo-se a possibilidade de uma produção interativa do direito. Deve-se oportunizar aos grupos que consideramos excluídos da discussão política a possibilidade de participação através deste canal institucional que é o exercício jurisdicional.

Mais uma passagem de Maria Eugênia Bunchaft nesse sentido:

²⁴ “Post insiste en que debe explorarse la forma en la cual la diversidad cultural armoniza con un tipo de constitucionalismo que reconoce la importancia del pluralismo característico de las sociedades democráticas” (GARGARELA; BERGALO, 2013, p. 21).

Nessa perspectiva, nas palavras de Reva Siegel, a cultura constitucional “explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição”. Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais” (BUNCHAFT, 2011, p. 60).

Daqui se retira a importância das lutas por reconhecimento dentro do cenário constitucional no afã de oportunizar ao judiciário o poder de vanguarda na proteção de minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, tendo o exercício jurisdicional a capacidade de tratar das controvérsias morais características das sociedades pluralistas da contemporaneidade. A ampliação da atuação do judiciário na resolução dos confrontos morais trouxe, assim, consequências positivas para seara constitucional norte-americana (BUNCHAFT, 2011, p. 160-161).

Dentro desta perspectiva tentaremos compreender a partir de agora os influxos de transformação dos sentidos constitucionais e suas consequências positivas no reconhecimento de minorias a partir dos movimentos sociais e atuação jurisdicional norte-americanas nas controvérsias atinentes às questões de raça, marco do constitucionalismo lanque.

3.2 A mutação dos sentidos constitucionais à luz dos precedentes de *Plessy*, *Brown* e *Grutter*

Segundo Jack M. Balkin as questões raciais dos Estados Unidos podem ser entendidas a partir de três marcos de sua Corte Constitucional nos quais foram trabalhados o conceito de cidadania ao longo da história, bem como os direitos advindos desse entendimento. Os casos *Plessy v. Ferguson*²⁵, *Brown v.*

²⁵ Para maiores informações, acessar a página: [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537?%20%20Question\(s\)%20the%20Court%20has%20to%20answer%20Is%20the%20public%20separation%20between%20whites%20and%20blacks%20constitutional?%20%20Supreme%20Court%20ruling%20%20The%20separation%20by%20railway%20companies%20in%20railway%20cars%20for%20races%20is%20not](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537?%20%20Question(s)%20the%20Court%20has%20to%20answer%20Is%20the%20public%20separation%20between%20whites%20and%20blacks%20constitutional?%20%20Supreme%20Court%20ruling%20%20The%20separation%20by%20railway%20companies%20in%20railway%20cars%20for%20races%20is%20not)

*Board of Education of Topeka*²⁶ e *Grutter v. Bollinger*²⁷ retratam a gênese e o desenvolvimento da doutrina do *Equal Protection*. Para o autor, o caso *Brown* seria o meio termo entre a velha e nova concepção de cidadania constitucional, representadas respectivamente pelos precedentes de *Plessy* e *Grutter* (BALKIN, 2004, p. 101).

Brown fica a meio caminho entre duas concepções da cidadania constitucional. A primeira concepção surgiu com a ratificação da Décima Quarta Emenda. Ele tentou racionalizar a nova posição dos negros na sociedade americana. A primeira sentença da Décima Quarta Emenda concedeu a cidadania na população negra que foram escravizados por centenas de anos. A questão-chave era o que esta concessão da cidadania significava. A primeira concepção de cidadania constitucional dividiu os direitos dos cidadãos em três partes - civis, políticos e sociais, e declarou que a cidadania igual significava igualdade de direitos civis. Portanto Eu chamo isso de a teoria tripartida da cidadania (BALKIN, 2004, p. 101-102, tradução nossa)²⁸.

Houve, desta forma, na experiência da prática constitucional norte-americana acerca das questões raciais uma acumulação e ampliação gradual no sentido e amplitude do conceito de cidadania, bem como dos direitos que adviriam desse entendimento.

Seguindo este esboço histórico, em 1863 o presidente Abraham Lincoln assinou a *Emancipation Proclamation*²⁹, instituindo a 13ª Emenda³⁰,

%20against%20the%20XIII%20amendment%20(the%20Court%20didn%27t%20see%20in%20what%20it%20was%20concerned),%20and%20not%20against%20the%20XIV%20amendment,%20because%20the%20separation%20doesn%27t%20mean%20the%20inferiorit...%3Cp%3E%3Ca%20target=.

²⁶ Para maiores informações, acessar página: http://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-0-387-71799-9_50.

²⁷ Para maiores informações, acessar a página: <http://journalofethics.ama-assn.org/2003/06/medu1-0306.html>.

²⁸ Brown sits Midway between two conceptions of constitutional citizenship. The first conception arose with the ratification of the Fourteenth Amendment. It attempted to rationalize the new status of blacks in American society. The first sentence of the Fourteenth Amendment bestowed citizenship on the black population that had been enslaved for hundreds of years. The key question was what this grant of citizenship meant. The first conception of constitutional citizenship divided the rights of citizens into three parts – civil, political and social and held that equal citizenship meant equity of civil rights. Hence I call it the tripartite theory of citizenship (BALKIN, 2004, p. 101-102).

²⁹ Para maiores informações, acessar página: http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/emancipation_proclamation/transcript.html.

³⁰ O texto original pode ser lido no site do arquivo nacional do governo norte-americano: <http://www.archives.gov/global-pages/larger-image.html?i=%2Fhistorical-docs%2Fdoc-content%2Fimages%2F13th-amendment-l.jpg&c=%2Fhistorical-docs%2Fdoc-content%2Fimages%2F13th-amendment.caption.html>

determinando que todos os negros norte-americanos estavam livres dali para frente. Mas a previsão constitucional de liberdade não incluía automaticamente os negros na seara conceitual de cidadão norte-americano.

A luta pela concessão e reconhecimento dos direitos referentes à cidadania passou pela edição de mais duas Emendas Constitucionais: a 14ª emenda³¹, que transformava os ex-escravos em cidadãos e proibia os estados de privarem qualquer pessoa de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal, ao passo que também impunha que todos dentro da jurisdição dos EUA fossem igualmente protegidos pelas leis; e a 15ª emenda³², que consolidava os direitos políticos dos cidadãos norte-americanos, estabelecendo que todos os homens com mais de 21 anos, independentemente de sua raça, teriam direito ao voto.

Essas medidas no entanto não tiveram a efetividade que se esperava, principalmente nos estados do sul, amplamente agrícolas e escravocratas, gerando um refluxo infralegal que pode ser representado pela edição de várias leis locais que discriminavam os negros. Dentre elas uma do estado de Louisiana determinava que todas as companhias que transportassem passageiros dentro do estado deveriam providenciar acomodações idênticas mas separadas (*equal but separate accommodations*) para brancos e negros.

O caso *Plessy v. Ferguson* tratou justamente acerca da constitucionalidade desse *act* do estado da Louisiana, tendo a Suprema Corte dos EUA fundamentado sua decisão na ideia de algo que se convencionou chamar de *separate but equal doctrine* (doutrina dos iguais mas separados). Para o Tribunal Constitucional a Lei do estado da Louisiana não feria a 13ª e 14ª Emendas haja vista que a igualdade civil era entendida basicamente como igualdade em direitos de propriedade, liberdade de expressão e liberdade de culto (BALKIN, 2005, p. 106).

A primeira concepção constitucional de cidadão dividia os direitos em três categorias distintas – os civis, os políticos e os sociais – e a noção de

³¹ O texto original pode ser lido no site do arquivo nacional do governo norte-americano: <http://www.archives.gov/global-pages/larger-image.html?i=%2Fhistorical-docs%2Fdoc-content%2Fimages%2F13th-amendment-l.jpg&c=%2Fhistorical-docs%2Fdoc-content%2Fimages%2F13th-amendment.caption.html>

³² O texto original pode ser lido no site do arquivo nacional do governo norte-americano: <http://blogs.archives.gov/education/files/2014/01/15th-Amendment.jpg>

igualdade civil se resumia à questões acima suscitadas, o que não impedia edição de leis discriminatórias e separatistas, como foi o caso de *Plessy v. Ferguson* (BALKIN, 2005, p. 101-102).

Acerca do espectro de direitos advindos do conceito de cidadão, Jack M. Blakin capta bem a problemática quando questiona:

A décima terceira emenda aboliu a escravidão, tornando todos os membros da comunidade política americana livre. Mas será que isso faz todos eles cidadãos, e se eles foram os cidadãos, quais os direitos que eles têm pelo fato de serem cidadãos? (BALKIN, 2005, p. 105, tradução nossa)³³.

Assim, no referido caso, a Suprema Corte decidiu que a reserva de acomodações “separadas, mas iguais” para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da igualdade, haja vista que esta deveria ser entendida basicamente como igualdade em direitos de propriedade, liberdade de expressão e liberdade de culto.

Dessa decisão sobreveio uma política de segregação racial que se convencionou chamar de “*Jim Crow’s Law*”³⁴, em que estados principalmente do sul do país instituíram diversas leis segregacionistas, proibindo, por exemplo, que pessoas negras utilizassem os mesmo banheiros, bebedores públicos, assentos de transporte público, restaurantes, clubes e escolas que os brancos.

Infere-se, assim, que o precedente do caso *Plessy v. Ferguson* representou um grande atraso no que se refere ao reconhecimento da minoria negra norte-americana e inspirou diversos outros precedentes que cancelaram essa visão segregacionista, como fazem exemplos os casos *Berea College vs.*

³³ “The thirteenth Amendment abolished slavery, making all members of the american political community free. But did this make all of them citizens, and if they were citizens, what rights did they have by virtue of being citizens? (BALKIN, 2005, p. 105).

³⁴ O “regime Jim Crow” eram leis estaduais e locais decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, em vigor entre 1876 e 1965, e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários. A “era Jim Crow” se refere ao tempo em que esta prática ocorria. As leis mais importantes exigiam que os locais, escolas e transportes públicos tivessem instalações separadas para brancos e negros. Jim Crow era o nome de um personagem representado por Daddy Rice, um comediante da década de 1830 que pintava seu rosto com carvão vegetal e dançava e cantava em espetáculos, caricaturando uma pessoa negra tola, que fazia e dizia disparates. Por volta de 1950, essa personagem, que estereotipava a inferioridade dos negros, tornou-se regra nos espetáculos de sátira. Tornou-se depois também um apelido para as leis e atos racistas”.

*Kentucky*³⁵ (1908), o caso *Gong Lum vs. Rice*³⁶ (1927) e o caso *Corrigan vs. Buckley*³⁷ (1926).

Essa política de segregação racial, no entanto, levou um duro golpe em meados da segunda metade do século XX, na década de 50 mais precisamente, quando a Suprema Corte americana decidiu o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, um dos casos mais emblemáticos da história constitucional dos EUA (POST; SIEGEL, 2013, p. 173).

A Suprema Corte dos Estados Unidos manteve uma certa restrição na apreciação de constitucionalidade dos atos dos demais poderes até a famosa composição da Corte encabeçada pelo juiz Earl Warren. É a partir desta época que a Suprema Corte passa a assumir um papel de protagonista na defesa de tratamento igualitário nas questões relacionada à segregação racial (LIMA, 2014, p. 63).

A partir de então, assentou-se a legitimidade da fiscalização de constitucionalidade, com o reconhecimento do papel político da Suprema Corte. A doutrina ocupa-se, a partir de então, em definir o que os tribunais podem fazer, reconhecidas as limitações para o exercício de seu poder e seu relevante papel no concerto político (LIMA, 2014, p. 63).

Depois que assumiu a Corte o *Chief Justice* Warren realizou uma primeira deliberação acerca do caso *Brown* em dezembro de 1953, quando houve um primeiro debate sem colheita de votos, no entanto. Na segunda deliberação, em janeiro de 1954, Warren mais uma vez não colheu os votos, mas passou a discutir efetivamente qual seria a melhor solução para o caso. A decisão final só se deu em maio de 1954. Decidiu-se nesta ocasião que no campo da educação pública a doutrina do *separate but equal* não teria espaço. A segregação com base no critério racial em escolas públicas negaria aos negros o direito à igualdade protegido pela 14^a emenda da constituição dos EUA. A Suprema Corte considerou que o ensino segregado seria fatalmente desigual,

³⁵ Lei do Estado de Kentucky que proibiu que as escolas particulares admitissem brancos e pretos na mesma instituição.

³⁶ Lei que equiparou as crianças de origem chinesa aos negros para fins de matrícula escolar.

³⁷ Suprema Corte assentou o entendimento de que não violava o devido processo nem o princípio da igual proteção uma cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel que proibia o aluguel ou a transferência do imóvel para qualquer pessoa negra.

por mais que as escolas para negros e para brancos dispusessem das mesmas condições materiais.

A partir de *Brown*, iniciou-se um processo gradual de integração dos negros à sociedade. Restou inaugurada a partir do precedente do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* uma perspectiva mais ativista de atuação jurisdicional na proteção de direitos de minorias, consubstanciada no que se convencionou chamar de *Equal protection doctrine* cuja significação e amplitude foram sendo moldados a partir da construção jurisprudencial da Suprema Corte (BUNCHAFT, 2010, p. 153).

A cláusula da *Equal Protection*, no entanto, consagrou dois princípios, duas formas de interpretação e aplicação do instituto em sua evolução jurisprudencial, que se revelaram de suma importância no debate dos direitos de minorias, haja vista que representaram consequências práticas diversas (BUNCHAFT, 2010, p. 152). Neste ínterim, a questão dos direitos de minorias no debate norte-americano passa necessariamente por uma reflexão acerca dos princípios da Anticlassificação e da Antissubordinação.

Post e Siegel declaram expressamente a importância do debate e desenvolvimento do *Equal Protection Doctrine* em torno dos Princípios da Anticlassificação e da Antissubordinação:

Mas uma revisão deste debate deixa mais claro que, neste período inicial, falar de classificação e subordinação não tinha o mesmo significado que tem nos dias de hoje. A concepção de que a anticlassificação e a antissubordinação são princípios que reivindicam valores completamente diferentes e justificam correntes doutrinárias distintas é uma consequência de décadas de luta em torno da implementação de “Brown”, e não é em si mesma o pilar dos primeiros debates que gerou (POST E SIEGEL, 2013, p. 179, tradução nossa)³⁸.

De primeira parte, o Princípio da Anticlassificação pode ser entendido como um instituto que analisa a constitucionalidade das leis tomando por base a cláusula do *Equal Protection*, avaliando uma relação entre meios e fins acerca

³⁸ “Pero la revisión de este debate vuelve más claro que, en este período inicial, hablar de clasificación y subordinación no tenía mismo significado que tiene en estos días. La concepción de que la anticlassificación y la antissubordinación son principios em competencia que reivindicam valores complejos diferentes y justifican regimene doctrinarios distintos es una cnsecuencia de décadas de lucha em torno a la imlementación de “Brown”, y no es em sí mima uma base del fallo o de los primeiros debates que generó.” (POST E SIEGEL, 2013, p. 179).

dos “critérios de diferenciação suspeitos”. Três níveis de análise são levados em consideração a depender da matéria de que trata a lei: o *strict scrutiny*, o *intermediate scrutiny* e o *rational relationship*. O nível mais elevado (*Strict scrutiny*), direcionado às minorias étnicas e imigrantes³⁹, em suma, exige um controle de constitucionalidade mais rigoroso quanto aos critérios de diferenciação, presumindo que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar a existência de um interesse estatal cogente. O nível intermediário (*intermediate scrutiny*) contempla as *semi suspect classifications* e os *importante rights* (diferenças sexuais, filhos concebidos fora do casamento, deficientes mentais e minorias estigmatizadas por seus atributos imutáveis ou com representação parlamentar irrelevante); neste nível de controle a diferenciação só pode ser considerada legítima se o objetivo estatal for relevante, comprovada mediante juízo de ponderação proporcional pautada em uma análise que relacionará a importância dos objetivos estatais e a medida discriminatória⁴⁰. No último nível de controle (*rational relationship*), levado à cabo no campo da regulação sócio-econômica, há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao autor o ônus de comprovação da violação; aqui o exame de constitucionalidade é mínimo e só será invalidado se não estabelecer um nexo entre o ato estatal e o objetivo pretendido. (BUNCHAFT, 2010, p. 154-157)

Segundo Post e Siegel, para muitos, o caso *Brown*, especificamente, colocou um ponto final na era da segregação ao argumentar que o governo norte-americano não poderia fazer classificações com base na raça:

Hoje em dia muitos entendem que “Brown” pôs um ponto final na era da segregação dos Estados Unidos, ao declarar o princípio em virtude do qual o governo não pode fazer classificações tomando como base a raça. Muitas vezes os porta-vozes judiciais e populares invocam este “Brown” é de anticlassificação (POST E SIEGEL, 2013, p. 174, tradução nossa)⁴¹.

³⁹ “Alguns questionamentos foram feitos com relação aos Gays e lésbicas no sentido de classifica-los como uma classe suspeita ou “quase suspeita”, aplicando-lhes o regime do *strict scrutiny* ou do *intermediate scrutiny*. A limitação no exercício de direitos fundamentais, segundo Robert Wintemute, seria um dos critérios de alocação do caso ao regime do *strict scrutiny*” (BUNCHAFT, 2010, p. 156).

⁴⁰ Somente a situação fática pode determinar a forma de incidência e a legitimidade do critério de diferenciação.

⁴¹ Hoy en día muchos entienden que “Brown” puso un punto final a la era de la segregación en los Estados Unidos, al declarar el principio constitucional en virtud del cual el gobierno no puede

Outra passagem de Post e Siegel assevera que:

O princípio da anticlassificação como o entendemos hoje em dia é uma variação decorrente do aparato das lutas políticas em torno da implementação de “Brown”: a aplicação do princípio varia no tempo e através das práticas sociais através de práticas sociais, porque o princípio é, de fato, aplicado para reivindicar diferentes tipos de demandas sociais (POST; SIEGEL, 2013, p. 179, tradução nossa)⁴².

Maria Eugênia Bunchaft também assinala pelo desenvolvimento do Princípio Anticlassificatório até meados de 1970:

De início, importa destacar que, até 1970, tendo em vista maior amplitude da cláusula da *Equal Protection*, as práticas de admissão nas universidades eram consideradas como classificações raciais sujeitas a uma presunção de inconstitucionalidade (BUNCHAFT, 2010, p. 153).

Jack Balkin e Reva Siegel asseveram ainda que a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou até meados da década de 70 o ponto de vista teórico classificado nos tempos de hoje como sendo atinente ao Princípio da Antissubordinação:

Uma história, bastante normal sobre o desenvolvimento da jurisprudência contra a discriminação desde a década de 1970, argumenta que os pontos de vista de Fiss e outros teóricos, que são contra a subordinação, foram rejeitados pela Suprema Corte dos EUA, que adotou uma teoria contrária e inconsistente da igualdade. Esta abordagem é às vezes chamada de princípio da anti classificação ou anti diferenciação. Em termos gerais, este princípio defende que o governo não pode classificar as pessoas seja abertamente ou sub-repticiamente na base de uma categoria proibida, por exemplo, sua raça. Nós adicionamos a palavra “sub-repticiamente” porque uma lei que não classifica explicitamente pela raça pode, todavia, ser motivada por uma finalidade difamatória para diferenciar com base na raça, e a maioria das pessoas acha que isso também conta como uma violação do princípio da anti classificação ou anti diferenciação (BALKIN e SIEGEL, 2002, p. 02, tradução nossa)⁴³.

hacer classificaciones tomando como base la raza. A menudo voceros judiciales y populares invocan este “Brown”, el de la anticlassificación (POST E SIEGEL, 2013, p. 174).

⁴² “El principio de anticlassificación como lo entendemos hoy en día es en cambio el artefacto de las luchas políticas em torno a la implementación de “Brown”: la aplicación del principio varía em el tempo y a través de las prácticas sociales debido a que el principio es, em los hechos, aplicado para reivindicar diferentes tipos de asuntos sociales” (POST; SIEGEL, 2013, p. 179).

⁴³ “A fairly standard story about the development of antidiscrimination jurisprudence since the 1970s argues that the views of Fiss and other antissubordination theorists were rejected by the U.S. Supreme Court, which adopted a contrary and inconsistent theory of equality. This approach is sometimes called the anticlassification or antidifferentiation principle. Roughly speaking, this

Mas para os mesmos Balkin e Siegel houve uma segunda reconstrução da cláusula do *Equal Protection* que potencializou uma sobreposição de práticas na aplicação dos Princípios da Anticlassificação e Antissubordinação em resposta às lutas sociais que se empreenderam ao longo do tempo, já que do ponto de vista histórico a jurisprudência dos direitos civis americanos reivindica tanto a anticlassificação quanto a antissubordinação como compromissos da prática constitucional (BALKIN e SIEGEL, 2002, p. 02)

O que se deve ter em mente é que o Princípio Anticlassificatório se utiliza de critérios que analisam desacordos morais acerca da significação principiológica da Constituição a partir de critérios que, por fim, protegem mais os indivíduos que os grupos, não interferindo adequadamente nas práticas que apesar de evidentemente neutras influem de maneira desigual sobre grupos historicamente excluídos (POST e SIEGEL, 2013, p. 177-183).

Assim, enquanto o Princípio Anticlassificatório combate diferenciações baseadas na raça, sexo e orientação sexual incompatíveis com a neutralidade das medidas estatais através de seus níveis de controle, o Princípio da Antissubordinação foi construído com o objetivo de tratar formas mais sutis de violação à cláusula do *Equal Protection*, superando atos aparentemente neutros mas que perpetuam contextos de subordinação (BUNCHAFT, 2010, p. 158).

O critério de antissubordinação, então, objetiva evitar práticas que perpetuam a posição de subordinação de determinados grupos minoritários que se encontram em situação de vulnerabilidade social, o que abre a possibilidade de uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário no que pertine à proteção de minorias estigmatizadas.

Owen Fiss, a partir do desenvolvimento do Princípio da Antissubordinação, realoca a posição do Poder Judiciário como protagonista do processo de retificação de injustiças sociais e políticas:

Nesse cenário, o constitucionalista desenvolve uma concepção peculiar acerca do Poder Judiciário, concebido como uma instância

principle holds that the government may not classify people either overtly or surreptitiously on the basis of a forbidden category, for example, their race. We add the word "surreptitiously" because a law that does not explicitly classify by race may nevertheless be motivated by an invidious purpose to differentiate on the basis of race, and most people think that this also counts as a violation of the anticlassification or antidifferentiation principle" (BALKIN e SIEGEL, 2002, p. 02).

capaz de desenvolver o significado dos valores constitucionais e de potencializar determinados ideais sociais que protegem minorias insulares. Nas palavras do autor, “a atuação do poder judicial pode ser vista como uma intervenção capaz de ampliar a voz da minoria sem poder; como uma forma de retificar a injustiça do processo político”. O jurista norte-americano compreende a esfera judicial como um fator de poder capaz de atingir a verdade e a justiça na interpretação da *equal protection doctrine*. Percebemos a especial relevância o conceito de cultura constitucional na construção jurisprudencial do conteúdo da cláusula da *Equal Protection* (BUNCHAFT, 2010, p. 160).

Outro ponto interessante e que merece destaque é o fato de que o Princípio Antissubordinação reclama uma abertura significativa fincada no devir. É indispensável o não engessamento dos entendimentos e significados constitucionais, estando estes sempre vinculados aos reclamos e conjunturas sociais de momento, dependentes dos rearranjos políticos e sociais, o que nos demonstra uma maior afinidade ao pluralismo contemporâneo.

Finalmente, a questão de saber se uma prática viola um princípio de antissubordinação depende fortemente dos contextos factuais e históricos, e, em particular, das leis e dos costumes sociais que prevalecem em uma determinada sociedade em um dado momento da história. Em suma, é relativamente incontroverso para afirmar que o alcance prático do princípio da antissubordinação está aberto ao debate, em determinado momento histórico, e desloca na incidência ao longo do tempo (BALKIN e SIEGEL, 2002, p. 06, tradução nossa)⁴⁴.

A partir do caso “Brown”, assim, a teoria tripartite de cidadão perde sustentabilidade, abrindo-se espaço para o desenvolvimento de uma nova doutrina constitucional para garantia de direitos de minorias, pautada agora no desenvolvimento teórico dos Princípios da Anticlassificação e Antissubordinação. A atuação do Tribunal Constitucional norte-americano acabou por modificar o significado constitucional de cidadão com o passar do tempo, aproximando-o das contendas sociais e políticas do momento.

Em vez disso, Brown está no início de criar uma nova forma de organizar os conceitos de cidadania, que irá, eventualmente, usar conceitos como regras de análise, classificações e os direitos fundamentais. Naturalmente, Brown não nos diz nada sobre essa

⁴⁴ “Finally, the question whether a practice violates an antissubordination principle depends heavily on factual and historical contexts, and, in particular, on the laws and social mores that prevail in a given society at a given moment in history. In short, it is relatively uncontroversial to assert that the practical reach of the antissubordination principle is open to debate at any given historical moment, and shifts in incidence over time” (BALKIN e SIEGEL, 2002, p. 06).

teoria, porque não foi desenvolvido ainda (BALKIN, 2005, p. 121, tradução nossa)⁴⁵.

Mas para Jack Balkin o desenvolvimento da doutrina do *Equal Protection* só encontra sua conformação mais atual no caso *Grutter Vs. Bollinger*, em que a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do programa de ação afirmativa da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. Fixou-se o entendimento de que há possibilidade de utilização de critérios pautados na raça para admissão de estudantes integrantes da minoria negra nas universidades, reconhecendo a diversidade racial como um interesse estatal cogente.

Percebe-se, então, que tais ações afirmativas são necessárias para que seja assegurada aos indivíduos uma igualdade de oportunidades. O grande ponto de ruptura, segundo Balkin, parte do argumento de que não se trata de proteger direitos individuais, mas sim de distribuir oportunidades, reconhecendo o indivíduo como membros de determinados grupos alijados da participação paritária do processo de educação (BALKIN, 2005, p. 124-132).

O argumento de O'Connor em *Grutter* faz legitimidade uma justificação fundamental para a diversidade. Essa legitimidade é de dois tipos. Um deles é sociológica legitimidade-saber se as pessoas acreditam que o sistema é suficientemente justo e equitativo que eles possam apoiá-lo. A outra forma de legitimidade é a legitimidade moral: saber se o sistema realmente é justo e equitativo. O'Connor não nos diz qual tipo de legitimidade que ela quer dizer; embora ela enfatize que as oportunidades de liderança devem ser "visivelmente abertas", o que sugere que a sua preocupação é a legitimidade sociológica, ela pode significar muito mais do que simplesmente manter as aparências. O que é importante para os nossos propósitos é que o que as outras pessoas pensam sobre a justiça do sistema educacional americano claramente importa para o Tribunal de Justiça, assim como o que outras nações pensaram sobre Jim Crow durante a Guerra Fria, foi um fator importante na decisão do Tribunal em *Brown*. Elites da política externa dos Estados Unidos viram o tratamento dos afro-americanos como um constrangimento que deve ser encerrado. A decisão de *Brown* ajudou a sanar um déficit de legitimidade do país (BALKIN, 2005, p. 132, tradução nossa)⁴⁶.

⁴⁵ "Rather, *Brown* is at the start of creating a new way of organizing concepts of citizenship, one that will eventually use concepts like scrutiny rules, classifications, and fundamental rights. Of course, *Brown* does not tell us anything about this theory, because it has not been developed yet" (BALKIN, 2005, p. 121).

⁴⁶ "O'Connor's argument in *Grutter* makes legitimacy a key justification for diversity. This legitimacy is of two types. One is sociological legitimacy—whether people believe that the system is sufficiently fair and just that they can support it. The other form of legitimacy is moral legitimacy: whether the system actually is fair and just. O'Connor does not tell us which kind of legitimacy she means; although she emphasizes that opportunities for leadership must be "visibly open," which suggests that her concern is sociological legitimacy, she may mean far more than merely keeping up appearances. What is important for our purposes is that what other people think about

Depreende-se deste quadro conceitual uma justificação para ações afirmativas como um remédio para a antidiscriminação no afã de tornar paritária as oportunidades entre membros de grupos sociais diversos. Restituir e empoderar minorias insulares há muito discriminadas na cultura americana torna-se o rumo a ser seguido a partir de então. Também podemos citar como objetivo deste novo entendimento jurisprudencial a incrementação da diversidade cultural dentro das estruturas de poder, possibilitando um resgate da submissão e promoção da tolerância étnicas.

Do construto teórico até aqui proposto se vê que o constitucionalismo democrático proposto por Post e Siegel, analisados a partir do desenvolvimento do significado constitucional da *Equal Protection Doctrine* nos precedentes referentes às questões raciais, possibilita engajamento e transformação sociais no sentido de promover a integração de grupos sociais minoritários na participação e decisão políticas.

Minorias estigmatizadas sobrepujadas do processo de decisão política devem ser consideradas quando da análise de compatibilidade do ato governamental com o conteúdo constitucional sempre que a lei trazer disposições discriminatórias ou que de alguma forma possibilitem a perpetuação de contextos de subordinação. Além disso, as ações afirmativas devem ser entendidas como uma possibilidade para a promoção da diversidade e da tolerância entre grupos sociais distintos.

Essa possibilidade de mudança dos significados constitucionais possibilita uma atuação jurisdicional que incorpore perspectivas diversas, plurais, dentro de uma realidade de heterogenia cultural vivenciada nas sociedades contemporâneas. Há de se reconhecer no âmbito do constitucionalismo democrático a importância da diversidade cultural e das diversas concepções de vida boa na construção desses sentidos constitucionais.

Não obstante, esse protagonismo judicial refletirá consequências práticas que ecoarão tanto nos demais órgãos componentes do restante da

the justice of the American educational system clearly matters for the Court, just as what other nations thought about Jim Crow during the Cold War was an important factor in the Court's decision in *Brown*. Foreign policy elites viewed America's treatment of African-Americans as an embarrassment that should be ended. The decision in *Brown* helped remedy a deficit in the country's legitimacy" (BALKIN, 2005, p. 132).

estrutura estatal, quanto na sociedade civil, propiciando a configuração de novas políticas públicas na reordenação social proposta.

3.3 As políticas de ação afirmativa como efeitos do embate racial

Depois deste breve introito acerca do constitucionalismo democrático e da ilustração prática de sua experiência no âmbito do sistema constitucional norte-americano, passemos a partir de agora a analisar a repercussão destas práticas no que se refere às reordenações sócio-políticas atinentes às relações raciais.

É evidente que somente o reconhecimento judicial das discriminações raciais seriam insuficientes para promoverem mudanças mais profundas nas práticas sociais e culturais arraigadas há muito tempo⁴⁷. Mas não se pode negar que a atuação da Suprema Corte nas questões raciais, principalmente quando nos atemos aos três marcos de transformação do significado constitucional do princípio da igualdade acima tratados, aliada aos movimentos de luta social, incitou uma série de rearranjos sociais e institucionais, como fazem exemplos a criação de associações para defesa de pessoas negras, os comitês governamentais contra à discriminação e as várias edições de atos legislativos de combate às diferenças com base na raça.

Tratando desses influxos político-sociais, Paulo Lucena de Menezes aduz:

Um dos grandes significados da decisão proferida no referido caso *Brown v. Board of Education of Topeka* foi endossar o descontentamento dos negros norte-americanos com o racismo existente, o que colaborou para o florescimento de vários movimentos em favor direitos humanos, a maioria dos quais revestia-se ainda de índole pacifista. Desse modo, a partir da década de 1950, organizações como a NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), expandem as suas atividades, no mesmo diapasão em que surgem líderes da envergadura de Martin Luther King Jr (MENEZES, 2001, p. 87).

⁴⁷ “As ações afirmativas surgiram e prosperaram nos Estados Unidos, país cujo contexto histórico difere em muito do brasileiro. Para proceder a um estudo sério acerca do assunto, vários tópicos não podem fugir à análise do pesquisador, dentre os quais o exame de como se desenvolveram as relações entre brancos e negros nos Estados Unidos antes da imposição das ações afirmativas, de que maneira o Estado lidava com essas manifestações inter-raciais, se havia uma política legal a dar suporte à discriminação, de que modo a Suprema Corte atuava, se as decisões buscavam impedir ou fomentar o ódio racial. Tudo isso deve ser analisado de uma maneira comparativa com o Brasil, para que possamos avaliar os riscos quanto à adoção de medidas afirmativas e o grau de eficácia do instituto” (KAUFMAN, 2007, p. 119).

Imprescindível mencionar o surgimento do Movimento pelos Direitos Civis⁴⁸, liderado pelo pastor protestante Martin Luther King Jr, que, de forma pacífica e não violenta, promovia protestos e passeatas, lutando pelo reconhecimento de direitos civis iguais aos negros e demais minorias. O movimento negro norte-americano, ademais, atuou em várias frentes, promovendo vários eventos em toda parte do país, tais como a Conferência da Liderança Sul-Cristã de 1957, o Congresso da Igualdade Racial e suas “viagens da liberdade” de 1961 e o Comitê Sulista de Coordenação Não Violenta com o “Verão da Liberdade” de 1964.

Diante da efervescência dos movimentos sociais de luta pela igualdade civil, John F. Kennedy demonstra uma invejável sensibilidade política ao criar, em meados da década de 60, um órgão para fiscalizar e reprimir a discriminação nas relações de emprego mantidas entre o governo federal e seus contratantes, o *President's Committee on Equal Employment Opportunity*, inaugurando uma nova era no combate à discriminação racial (MENEZES, 2001, p. 88). Surgiu a partir de então o que se convencionou chamar de “políticas afirmativas”, designação que foi consagrada pela *Executive Order* nº 10.925, a mesma que criou o *President's Committee on Equal Employment Opportunity* editada por Kennedy.

Na verdade, o conceito de affirmative action é proveniente dos Estados Unidos. Neste país, as ações afirmativas surgiram por iniciativa do Poder Executivo, sendo que o presidente John F. Kennedy foi o primeiro a utilizar a expressão, em 1961, objetivando ampliar a igualdade de oportunidades para as minorias no mercado de trabalho (MENEZES, 2001). A expressão affirmative action apareceu pela primeira vez na *Executive Order* (Decreto Executivo) 10.925, de iniciativa do presidente John Kennedy (JENSEN, 2010), que também criou uma Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego com a finalidade de combater a segregação estatal, a discriminação em relação a qualquer candidato a emprego ou empregado com base em raça, credo, cor ou origem nacional, assim aumentando as oportunidades de trabalho para aqueles que até então eram discriminados (CRUZ; KAN, 2011, p. 111).

⁴⁸ Cumpre esclarecer que o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos (1955-1968) esteve extremamente vinculado à luta da minoria negra estadunidense em abolir a segregação racial no país.

No que tange ao berço das ações afirmativas, também assentam Luiz Carlos Santana e Marcia Contins:

Nas administrações JFK (1961-1963) e Lyndon Johnson (1963-1968) chega-se efetivamente ao primeiro e originário desenho de uma política de ação afirmativa. O termo foi empregado pela primeira vez pelo então presidente John Kennedy numa ordem executiva de 1961. A principal peça legal construída pelo movimento por direitos civis constituiu-se indubitavelmente na lei de 1964. Bem mais contundente que a de 57 ela eliminava em termos jurídicos a discriminação racial nos EUA. Abria simultaneamente o caminho para políticas de ação afirmativa ao estabelecer também pela primeira vez uma obrigação por parte de empregadores e sindicatos no sentido de assegurar tratamento igual para trabalhadores no que se refere a contratação, treinamento, promoções e condições de trabalho (CONTINS; SANTANA, 1996, p. 212).

As políticas afirmativas, então, se tornam a tônica do combate à discriminação, classificadas como sendo quaisquer mecanismos que visam ao reconhecimento e a efetivação de direitos constitucionais amplamente reconhecidos, mecanismos estes que, inclusive, podem ser propugnados por entidades públicas, privadas ou por órgãos dotados de competência jurisdicional (GOMES, 2001, p. 41).

Dando continuidade às pretensões de Kennedy, Lyndon Johnson aprova o *Civil Rights Act*⁴⁹ no Congresso, determinando legalmente a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos; a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal; bem como a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho baseada em raça, cor, sexo, ou origem nacional, além de criar uma comissão permanente de combate à discriminação no ambiente de trabalho, a *Permanent Equal Employment Opportunity Commission* (MENEZES, 2001, p. 90).

Em 1965, o mesmo Lyndon Johnson instituiu o *Voting Rights Act* que garantiu aos negros o direito de votar e de serem votados. Neste mesmo ano ainda foi editada a *Executive Order* 11.246, estabelecendo como condições à contratação com o governo federal, a cessação de práticas discriminatórias, e o

⁴⁹ O conteúdo completo do *Civil Rights Act* pode ser acessado na página: <http://www.archives.gov/press/press-releases/2014/nr14-82.html>

estabelecimento de medidas efetivas em prol de minorias étnicas e raciais (CRUZ; KAN, 2011, p. 111-112).

O *Civil Rights Act* e o *Voting Rights Act* talvez tenham sido as maiores vitórias do movimento pelos Direitos Civis nos anos 1960.

Em resposta a pressão do crescente movimento civil exigindo mudanças, podemos dizer, portanto, que uma das grandes lutas do movimento pelos Direitos Civis, nos anos 1960, foi conquistar uma legislação civil – o *Civil Rights Act* (1964) e o *Voting Rights Act* (1965) visando desmantelar a estrutura formal que negava o direito de voto e admitia a segregação aos negros (AMARAL; PINHO; NASCIMENTO, 2014, p.188).

Atente-se para o fato de que os reflexos desta nova postura não se restringiram aos Estados Unidos, como faz exemplo os tratados e convenções internacionais celebrados na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, que, de uma forma geral, propugnavam pela promoção e encorajamento do respeito universal e da observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião e pela igual proteção contra qualquer discriminação ou incitamento à discriminação.

Já na década de 1970, depois de uma atuação mais incisiva da *National Association for the Advancement of Colored People* e da sanção da Lei *Equal Employment Opportuniy Act* pelo Presidente Richard Nixon, inicia-se uma proliferação de leis contra a discriminação e o preconceito em todas as áreas, estendendo o combate da discriminação racial às mulheres, deficientes físicos e pessoas idosas, como fazem prova o *Higher Education Act* de 1972, o *Rehabilitation Act* de 1973, o *Veterans Readjustment Act* de 1974 e o *Age Discrimination Act* de 1975 (MENEZES, 2001, p. 93-94).

As ações populares do Movimento dos Direitos Civis deram início a um grande e profundo processo de reformulação legal, gerando várias ações afirmativas tanto âmbito público, quanto na seara privada, como assenta David Pitts:

Nos anos seguintes, mandados contra a segregação foram impetrados, como parte de um cenário de ações populares iniciadas por um grande número de organizações não-governamentais; essas ações, em conjunto, formaram o movimento pelos direitos civis. Com a promulgação da Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*) em 1964, e da

Lei do Direito ao Voto (Voting Rights Act) em 1965, a segregação foi praticamente eliminada (PITTS, 1994, p. 11).

No entanto, a década de 1980 não foi tão promissora quanto as três décadas anteriores. Pautado no argumento de uma possível discriminação reversa, Ronald Reagan defendia a ideia de que as ações afirmativas no combate à discriminação havia se tornado um entrave, uma interferência indevida à liberdade da economia privada. Para Reagan, só merecia um tratamento jurídico diferenciado as vítimas diretas de discriminações passadas e já devidamente comprovadas.

Como se constata a orientação política do Governo Reagan teve como lastro jurídico a concepção exclusivamente compensatória de ação afirmativa, isto é, o entendimento de que somente as próprias vítimas de discriminações passadas, que fossem comprovadas, poderiam ser favorecidas por um tratamento jurídico diferenciado, desde este tivesse o condão de compensá-las, adequadamente, pelos danos sofridos. Caso contrário, os programas de ação afirmativa representariam uma discriminação reversa, sem nenhum fundamento constitucional (MENEZES, 2001, p. 115).

As orientações de Reagan alimentaram um retrocesso no combate à discriminação, mas a política de educação mostrou-se persistente e no início da década de 1990 foi amplamente divulgadas informações que atestavam um aumento no percentual de minorias que ingressavam no ensino superior. Cerca de 21% dos calouros compunha uma minoria. Mas este cenário otimista não perdurou por muito tempo e já no final da década de 1990 houve um abandono gradual e progressivo dos sistemas de cotas raciais a ponto de se chegar a questionar judicialmente as universidades que mantinhas sistemas diferenciados de admissão de estudantes negros. Um desses casos é justamente o do precedente de *Grutter*, julgado já no novo milênio.

Estes processos de retrocesso e retomada são bem descrito por Arabela Campos Oliven:

Moehlecke (2004), ao analisar o caso da Universidade da Califórnia, mostra como o abandono de cotas raciais, no final da década de 1990, fez o percentual dos alunos negros retroceder aos níveis dos anos 60. No ano 2001, a Universidade passou, então, a admitir automaticamente os melhores alunos das escolas públicas elevando assim o número de alunos negros, esses, no entanto, passaram a ser aceitos em campi e cursos menos Seletivos (OLIVEN, 2007, 38-39).

O que merece ser destacado destas breves considerações acerca das políticas afirmativas relacionadas aos movimentos sociais e ao protagonismo da Suprema Corte norte-americana é o fato de que este ativismo judicial pode ser uma das possibilidades para o reconhecimento de minorias. Não a melhor nem a única, mas apenas uma dentre várias ações possíveis⁵⁰.

Uma atuação jurisdicional mais ativa deve proporcionar – ou ser proporcionada por – movimentos de luta social, que, por sua vez, proporcionam – ou podem ser proporcionados por – ações governamentais afirmativas, que, por sua vez, proporcionam – ou podem ser proporcionadas pelo – ativismo judicial. Esse é o ciclo de inclusão que se pretende defender neste trabalho, cuja atuação jurisdicional é mais uma ação afirmativa pelo reconhecimento de minorias, ainda que esta atuação seja contramajoritária, haja vista que já trabalhamos a ideia de que o conceito de democracia na contemporaneidade reclama uma significação qualitativa de inclusão minoritária.

Ainda, acerca da legitimidade democrática do direito jurisprudencial, Mauro Cappelletti acrescenta que grupos marginais que não logram êxito em acessar os poderes políticos através dos legisladores encontram mais chances de fazê-lo através dos tribunais superiores que, pela obrigatoriedade de fundamentar publicamente suas decisões, mantêm aberto o esforço de convencimento acerca da legitimidade de seus acórdãos (CAPPELLETTI, 1993, p. 98-99).

⁵⁰ “Uma forma importante de promover maior inclusão de membros dos grupos sociais sub-representados se dá por meio de dispositivos políticos destinados especificamente a aumentar a representação de mulheres, pessoas da classe trabalhadora, minorias raciais ou étnicas, castas desfavorecidas etc. Assim, esquemas como cotas em listas partidárias, representação proporcional, cadeiras parlamentares reservadas e delimitação de distritos eleitorais especiais, entre outros, têm sido propostos e implementados para promover a representação de grupos. Os movimentos sociais cada vez mais demandam formas de representação de grupos não apenas nas legislaturas, mas também em diversos tipos de comissões e conselhos, em instâncias diretivas das empresas privadas e em órgãos estatais. Embora as propostas de representação de grupos quase sempre sejam controversas, as exclusões estruturais que motivam tais propostas parecem permanecer em muitas sociedades. No entanto, como aponta Anne Phillips, a representação específica de grupos que de outra forma permaneceriam marginalizados não é uma consequência imediata do compromisso com a igualdade política: são necessários argumentos normativos adicionais” (YOUNG, 2006, p. 170).

4. O JULGAMENTO DA ADPF 132: UMA EXPERIÊNCIA DE RECONHECIMENTO ATRAVÉS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL AFIRMATIVA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1 As origens e informações gerais acerca da Ação

Ganharam relevo, em meados do ano 2000, numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos relacionados a servidores públicos homoafetivos⁵¹, principalmente no que se referia às licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como sobre previdência e assistência social. Foi, então, que o Governo do Rio de Janeiro tentou dar um fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais.

As interpretações reducionistas dadas ao Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, em decisões judiciais deste Estado e demais Estados do Brasil, diminuindo ou não reconhecendo e negando direitos às uniões homoafetivas - com nítida afronta aos preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana – impulsionaram o Governo do Estado do Rio de Janeiro a ajuizar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132-RJ⁵².

O Ministro Relator designa a causa de pedir do postulante em seu relatório:

⁵¹ “O termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)” (BRASIL, 2011, p.22).

⁵² Cumpre esclarecer que escolhemos o julgamento da ADPF nº 132, que trata de direitos homoafetivos, em detrimento do julgamento da ADPF 186, que trata de direitos raciais, ainda que tivéssemos passado boa parte deste trabalho tratando das questões raciais dentro da perspectiva da história constitucional dos Estados Unidos, porque a real questão posta em cheque neste escrito diz respeito ao embate entre soberania popular e jurisdição constitucional quando da tomada de decisões contramajoritárias, sendo a ADPF nº 132 uma experiências mais adequada para trabalhar a questão, haja vista que no julgamento da ADPF nº 186 o STF apenas ratificou o entendimento já propugnado pelo Congresso Nacional, não sendo portanto contramajoritária a decisão.

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º); II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação; III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento; IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade; V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral. (BRASIL, 2011, p. 11-12).

Cumprir registrar ainda que além dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, fez parte do bloco de argumentação do autor da ADPF o método analógico de integração do Direito com o pedido de equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Diante disso, o art. 1.723 do Código Civil, que conceitua união estável, também seria aplicado às uniões homoafetivas, sem discriminação (BRASIL, 2001, p. 12).

No que se refere aos pedidos, o Governo do Estado do Rio de Janeiro requereu, em sede de liminar, a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis de pessoas de sexos diferentes, bem como a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. No mérito requereu a aplicação do regime jurídico da união estável heteroafetivas às relações homoafetivas. Subsidiariamente, pugnou pelo recebimento da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação “conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2001, p. 12-13).

No curso da ADPF, houve perda parcial do objeto, somente quanto aos direitos previdenciários, tendo em vista que a lei já conferia aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união. Ainda no curso da ação, em razão da relevância e complexidade do tema, foram deferidos

pedidos de 14 *amicus curiae* (a maioria, com substanciosas defesas, no mesmo sentido da tese do autor da ação). Dentre os argumentos dos *amicus curiae*, destaca-se o trecho que assenta o repúdio à discriminação, que gera o ódio, “Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento” (BRASIL, 2011, p. 16).

Participaram também das discussões da ADPF nº 132-RJ, por meio de informações e pareceres, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados (alguns em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva e outros contrários ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo), a Advocacia-Geral da União – AGU e a Procuradoria-Geral da República - PGR.

No que se refere à PGR, cabe transcrever trecho do Relatório da ADPF, que resume seu parecer:

a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual; b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica; c) é cabível *in casu* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade; d) a redação do art. 226, §3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto; e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual; f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia. g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo; h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida

pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia (BRASIL, 2011, p. 15-16)

Quando já estava em curso a ADPF nº 132-RJ, protocolada no STF em 27/02/2008, foi ajuizada em julho de 2009 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF pela Procuradoria Geral da República, com o fito de submeter o art. 1.723 do Código Civil à técnica da interpretação conforme a Constituição. Observada a identidade de objeto em ambas as ações, decidiu-se pelo julgamento simultâneo e conjugado.

Na referida ADI nº 4.277-DF constam os seguintes pleitos da PGR ao STF:

a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011, p. 17).

Cumprido destacar, por oportuno, que os pedidos foram sustentados a partir das alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Ou seja, mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF nº 132-RJ.

Assim, por votação unânime, a ADPF nº 132-RJ foi conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgada em conjunto com a ADI nº 4.277-DF e os Ministros do STF acordaram em julgar procedentes os pedidos das ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico, à qual deverão ser aplicadas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão.

Apesar de a votação pela procedência ter sido unânime, percebem-se divergências laterais quanto à fundamentação dos votos, pois Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem

embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

Restou, portanto, consagrado pelo STF que a união homoafetiva é espécie de entidade familiar e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher. Ademais, o consenso entre os julgadores girou em torno da proibição à discriminação.

Frise-se, ademais, que dos 11 Ministros que formavam a Suprema Corte, apenas 10 participaram do julgamento, pois o Ministro Dias Toffoli se declarou suspeito, já que foi Advogado Geral da União em junho de 2008, momento em que apresentou parecer favorável aos pedidos da ADPF nº 132-RJ.

4.2 Os votos e a decisão do STF

Dentre os dez votos, ultrapassadas as questões preliminares, destacam-se os fundamentos utilizados para o julgamento de procedência dos pedidos das ações do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, em repúdio à “*velha postura de reação conservadora*”, instigando, já neste momento, uma mudança de olhar aos desiguais, às minorias sexuais que fogem ao padrão convencional.

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração (BRASIL, 2011, p. 20).

Também merece transcrição a passagem em que o relator traça um possível conceito acerca da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, rechaçando o ideal discriminatório da expressão “homossexualismo” ou “homossexualidade”:

Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há

palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo) (BRASIL, 2011, p. 22).

Segue o Ministro Relator divagando sobre o conceito de preconceito e tratamento discriminatório sem causa dado aos homossexuais, temas que permeiam todo o debate travado ao longo deste trabalho, principalmente nos dois últimos capítulos:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco) (BRASIL, 2011, p. 24).

Outra passagem que merece ser destacada diz respeito ao argumento trabalhado pelo Ministro Relator no sentido de viabilizar políticas públicas afirmativas na seara da igualdade civil-moral aos segmentos sociais menos favorecidos, ou seja, às minorias, além de mencionar expressamente a necessidade de intentarmos uma sociedade pluralista sócio, político e culturalmente, atestando uma correlação com as argumentos já trabalhados no terceiro capítulo, senão vejamos:

O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para

ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. (...) Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008). (...) Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, preconceito é um conceito prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo (BRASIL, 2011, p. 25-26).

O Ministro Relator Ayres Britto também estampa em seu voto argumentos metajurídicos que defendem a proibição da discriminação em razão da preferência sexual⁵³:

Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos (BRASIL, 2011, p. 33-34).

⁵³ “A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo” (BRASIL, 2011, p. 59).

Ainda, o Ministro Ayres Brito, com a finalidade de demonstrar que as uniões homoafetivas - marcadas pela estabilidade - estavam sendo sonegadas do regime jurídico-protetor aplicável às uniões estáveis entre homem e mulher, fez uma análise do art. 226 da Constituição Federal e destacou o significado da família como agente promovedor de reconhecimento:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (...) nos quais permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...) Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas (BRASIL, 2011, p. 37-38)

Dessa análise, a partir de uma interpretação não reducionista do conceito de família, o Ministro Relator deixa claro que não há, na Magna Carta, nenhuma diferenciação entre a família fática e a formalmente constituída ou entre a família heterossexual e a família homoafetiva, abordando inclusive as famílias adotivas (cujo critério do sexo do adotante não é levado em consideração para concessão da adoção), haja vista que a necessidade de *“manter a Constituição da posse do seu atributo fundamental de coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico”* (BRASIL, 2011, p. 42).

Diante do que fora brevemente exposto se vê que em todos os trechos do voto do Relator houve manifestação a favor da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, tendo ele, ao final, julgado:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011, p. 49).

Ato contínuo, o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Relator e reforçou que a união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família e alertou que o objeto da ação transcende os limites territoriais do Rio de Janeiro, motivo pelo qual atribuiu eficácia *erga omnes* à decisão para fins de alcance nacional.

Além disso, inicia sua fundamentação apontando pela necessidade que o Estado tem de fornecer prestações positivas na defesa de direitos fundamentais:

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. (...) Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional. (BRASIL, 2011, p. 55).

Seguindo com seu raciocínio, o Ministro Fux justifica a função primordial da jurisdição constitucional, assim como a do Estado como um todo, como sendo a da consagração dos direitos fundamentais, de modo que cabe ao próprio Estado a fiscalização de atos que, por ventura, obstem ou violem esses direitos.

Prossiga-se no raciocínio. O processo jurisdicional é, por excelência, o locus da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso (BRASIL, 2011, p. 57).

Em suma, apreciou o tema por meio de cinco premissa, sendo a primeira delas a de que a homossexualidade é um fato da vida; a segunda, de que a homossexualidade é condição e não opção sexual; a terceira premissa trata da ideia de que a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença, mas condição; já a quarta premissa defende que os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida, sendo isto algo que simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e que decerto continuará a ocorrer; e, por fim, como última premissa, o fato de que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas (BRASIL, 2011, p. 59-60).

Talvez a mais importante passagem do voto do Ministro Fux, pelo menos para os intentos desta pesquisa, é o trecho em que ele defende a ideia de proteção das minorias quanto à vontade injustificada de uma maioria, tendo a corte constitucional o papel fulcral de defesa dos direitos fundamentais destas minorias, combatendo ostensivamente quaisquer discriminação odiosa.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas (BRASIL, 2011, p. 61-62).

Em um outro trecho interessante que merece transcrição, o Ministro Fux cita um autor espanhol, Ernst Benda, e tece argumentos que tratam da ideia de que ao Estado incumbe garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal pautadas nas suas concepções de vida boa.

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja

dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo (BRASIL, 2011, p. 67).

Além disso, Fux cita expressamente a inspiração que buscou em Nancy Fraser para defender uma “política do reconhecimento”, amplamente debatida no segundo capítulo deste trabalho:

A aplicação da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença (BRASIL, 2011, p. 70).

Por fim, rechaçou, o Ministro Luiz Fux, qualquer restrição à união estável homoafetiva e votou, então, pela procedência dos objetos das duas ações, à luz da interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Por sua vez, a Ministra Carmem Lúcia acompanhou os votos dos dois Ministros anteriores (Relator Ayres Britto e Ministro Luiz Fux) e, no mesmo oriente, estampou seu voto com a repressão e o repúdio ao preconceito e à discriminação, reafirmando a importância do combate à discriminação e à violência contra minorias.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano (BRASIL, 2011, p. 88).

No que se refere ao art. 1.723 do Código Civil, repetiu que deve ser interpretado de acordo com todos os dispositivos da Constituição Federal, combatendo, assim, a intolerância:

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. 5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios (BRASIL, 2011, p. 92).

Em sua fundamentação, a Ministra Carmem Lúcia também discorre sobre a liberdade, a dignidade da pessoa humana, igualdade, intimidade, pluralismo político e, ao final, julga os pedidos das ações procedentes no sentido de *“reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva”* (BRASIL, 2011, p. 97).

O Ministro Ricardo Lewandowski, conforme já salientado, foi o primeiro a discordar do Relator, apesar de os argumentos serem coincidentes em grande parte. A divergência restou patente na fundamentação que inadmitiu a classificação da união homoafetiva como união estável.

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 2011, p. 103-104).

Acrescentou o Ministro Lewandowski que a união homoafetiva seria uma outra espécie de família que não as de referência heterossexuais.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, *ex facto oritur jus*. Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais (BRASIL, 2011, p. 106-107).

Restou claro, então, para Lewandowski, que deve existir a proteção das uniões homoafetivas, como modalidade de entidade familiar, sob uma análise de integração analógica, uma vez que o rol de entidades familiares constante do art. 226 da Constituição Federal não é taxativo.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo (BRASIL, 2011, p. 111)

Ao final, resume seu voto com a indicação de aplicação das regras relativas à união estável às entidades familiares homoafetivas:

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico (BRASIL, 2011, p. 112).

Votou, então, o Ministro Lewandowski:

(...) procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações (BRASIL, 2011, p. 112).

Em seu julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa também divergiu do Relator, ressaltando que o fundamento constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas não se encontra no artigo 226, § 3º da Constituição Federal – haja vista que é explícita ao mencionar as uniões estáveis entre homem e mulher -, e sim nos demais dispositivos que tutelam os direitos fundamentais. O rol de tais direitos (direitos relacionados às uniões homoafetivas), salienta Barbosa, *“não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria,*

Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil" (BRASIL, 2011, p. 118).

A maior valia de seu voto para os intentos deste trabalho está, porém, nos argumentos que constrói para fundamentar a luta contra o preconceito e a discriminação, quando classifica expressamente os homoafetivos como um grupo minoritário que merece guarida e proteção:

Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrentes? Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica pallette axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas (BRASIL, 2011, p. 117).

O Ministro Joaquim Barbosa fala expressamente acerca da necessidade de reconhecimento, de aceitação, de respeito aos indivíduos que divergem dos demais, dos comuns, da maioria:

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória em cada parte do mundo (BRASIL, 2011, p. 116).

Assenta, ainda, em seu voto, o ideário multiculturalista e diferencialista:

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da idéia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre o qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e

estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração”, tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2011, p. 118).

O Ministro Gilmar Mendes trouxe valiosas contribuições ao sentir deste trabalho quando reconheceu a omissão do Poder Legislativo sobre o tema, assegurando que seria papel do STF promover a referida proteção.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses. (...) Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar. (...) Contudo, no presente julgamento, nós temos outra singularidade: há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso Nacional como única condição possível (BRASIL, 2011, p. 162-197).

Além disso, alertou que caso a matéria permanecesse no “limbo jurídico” se traduziria em um *"agravamento no quadro de desproteção de minorias ou pessoas que tenham seus direitos lesionados"* (BRASIL, 2011, p. 192).

Mas o que mais salta aos olhos quando nos referimos ao voto do Ministro Gilmar Mendes foi ter destacado um subtópico inteiro de seu voto para tratar do “reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias”. Neste item, o Ministro não economizou esforços no sentido de incluir a temática do reconhecimento de minorias no debate e assentiu em algumas de suas passagens:

Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas decumprimento da própria essência da jurisdição constitucional. (...) A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de

peças do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes. (...) Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual (BRASIL, 2011, p. 171-174)

Surpreendeu, ainda, o Ministro Gilmar Mendes, que, diferentemente de seus colegas, fundamentou seu voto no reconhecimento de direitos de minorias, afastando qualquer possibilidade de usurpação de poder nestas circunstâncias (proteção e defesa de direitos de minorias):

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso (...) Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria. Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados (BRASIL, 2011, p. 194-198).

Já Ministra Ellen Gracie acompanhou, na integralidade, o voto do Ministro Relator. Acrescentou, em seu voto, que alguns países já avançaram em sua legislação, tais como Canadá e África do Sul, tendo em vista a possibilidade do casamento civil homoafetivo e reforçou o combate a todas as formas de discriminação e preconceito, ao frisar que uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes.

Em se tratando do voto do Ministro Marco Aurélio, logo de início registra várias indagações:

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa (BRASIL, 2011, p. 202).

Após ressaltar a confecção de artigo publicado na imprensa de São Paulo em 19 de agosto de 2007, com o título “A igualdade é colorida”, no qual o Ministro Marco Aurélio destaca o preconceito vivido pelos homossexuais, concluiu que “*o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social*” (BRASIL, 2011, p. 202).

Em tom de alerta, aduz que as famílias homoafetivas não devem ser disciplinadas como se fossem sociedades de fato, já que não podem ser vistas como irregulares:

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (Tratado de direito comercial brasileiro, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias” (Curso de direito comercial, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial (BRASIL, 2011, p. 209).

O Ministro Marco Aurélio também explicou, de forma didática, a separação que deve existir entre conceitos morais – principalmente religiosos – e a outorga de direitos civis:

É incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que

seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema (BRASIL, 2011, p. 205).

Em relação à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, o Ministro Marco Aurélio voltou a se utilizar da hermenêutica, ao reconhecer que as uniões homoafetivas estão tuteladas pelo artigo 1.723 do Código Civil:

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (A eficácia dos princípios constitucionais, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em Elementos de direito administrativo, 1980, p. 104, ressalta: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (BRASIL, 2011, p. 214).

Diante disso, julgou o Ministro Marco Aurélio procedente o pedido formulado *“para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual”* (BRASIL, 2011, p. 215).

O então Ministro Celso de Mello acompanhou, integralmente, o voto do Ministro Relator, classificando-o como magnífico e destacou também a excelência dos pronunciamentos de todos os julgadores, da peça processual da

Procuradora Geral da República e das sustentações orais produzidas pelos terceiros que intervieram na qualidade de *amicus curiae*.

Essencial mencionar que durante toda a construção argumentativa do voto do Ministro Celso de Melo tratou-se do papel da Suprema Corte na proteção dos direitos de minorias, bem como da necessidade de integrá-las no processo de hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, uma das passagens:

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica (BRASIL, 2011, p. 218).

Aduz, ainda, pela necessidade de inclusão de grupos minoritários:

Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva (BRASIL, 2011, p. 228).

Mas o que merece maior destaque no voto do Ministro Celso de Mello, pelo menos para os interesses deste trabalho, é a construção argumentativa erigida em um tópico específico, cujo título é “*A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia*” (BRASIL, 2011, p. 238).

Neste tópico, o Ministro desenvolve a ideia de que há um relevante papel incumbido ao STF na defesa minorias contra eventuais abusos da maioria, ainda que esses abusos tenham se originado das omissões imutadas aos grupos majoritários em face da inércia do Estado constitucional. O papel contramajoritário da Suprema Corte é a proteção das minorias.

(...) relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (BRASIL, 2011, p. 238).

O Ministro, acertadamente, sobrepõe ao Princípio Majoritário a inarredável necessidade institucional de defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis:

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito (BRASIL, 2011, p. 240).

Sempre que minorias forem sobrepujadas de seus direitos essenciais, ainda que pela vontade majoritária, haverá necessidade de controle constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (BRASIL, 2011, p. 242-243).

Ao final, o Ministro Celso de Mello concluiu o voto com julgamento de procedência da ação, declarando a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que verificados os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

O último Ministro a votar, Cezar Peluso, afirmou que a ele restava apenas justificar a adesão aos votos “*brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram*” (BRASIL, 2011, p. 266).

Repisou, então, na existência de lacuna normativa, que deveria ser solucionada com a analogia com a união estável, tendo em vista a semelhança entre as duas entidades familiares e frisou que o artigo 226 da Constituição Federal deve ser encarado como um rol exemplificativo e não taxativo, com a permissão da inclusão de outros formatos de família.

Após leitura dos trechos relevantes dos votos dos dez Ministros, observa-se que restou homogêneo o julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF no que se refere ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicação do regime da união estável regulada pelo artigo 1.723 do Código Civil.

Mas ainda que a decisão final tenha sido considerada progressista, ela ainda não tinha enfrentado o tema da conversão da união estável homoafetiva em casamento ou o casamento civil direto para pessoas do mesmo sexo. Porém, tal omissão não impediu que isso acontecesse.

Neste diapasão, cumpre registrar que, como reflexo indissociável do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabeleceu a proibição dos cartórios de todo o País de recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento as uniões estáveis de mesma característica.

Nos dias atuais, percebe-se que a decisão – aparentemente tímida – abriu portas para a possibilidade ainda do casamento civil por conversão (proveniente da equiparação das uniões homoafetivas com as uniões estáveis, as quais podem ser convertidas em casamento) e o casamento civil direto.

Logo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade e liberdade, positivados na Magna Carta e em respeito à dignidade da pessoa humana, nos dias atuais os homossexuais podem formar união estável, podem convertê-la em casamento ou podem casar diretamente.

Claro que somente o reconhecimento judicial acerca da necessidade de proteção das minorias seria insuficiente para a efetiva promoção e reconhecimento de direitos, mas não se pode negar que a atuação da mais alta corte do país inculta em suas manifestações um forte apelo e influência na eleição de políticas públicas, bem como referenda e amplia a voz dos movimentos sociais de defesa das minorias.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou refletir as consonâncias e dissonâncias entre democracia, jurisdição constitucional e direitos humanos, apontando para a ideia de que o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais, ainda que sigam um caminho diverso do escolhido pelo legislador – e ser, por isso, classificado como contramajoritário –, é legítimo nos casos em que tenham sido proferidas decisões sob o auspício de reconhecer direitos fundamentais às minorias sub-representadas democraticamente.

Para tanto, vimos que o liberalismo democrático construiu uma ideia de democracia que privilegia grupos sociais, políticos e econômicos, defendendo, de certa forma, os ideais majoritários em detrimento de grupos minoritários que não conseguem afirmar seus valores e concepções de vida a partir da atual estrutura de distribuição e exercício de poder.

Mas essas minorias, esse *locus* em sentido topológico, é capaz de ocupar um “novo território”, permitindo um fluxo de transformação de identidades e das relações de poder. Partindo desta possibilidade, este escrito defende a ideia de que a luta por reconhecimento-redistribuição é que deve ser a válvula potencializadora das transformações sociais da contemporaneidade.

As experiências intersubjetivas de reconhecimento mútuo sentidas a partir do processo de implementação do projeto civilizatório da modernidade e, por conseguinte, do Estado Liberal, buscou a idealização universalizante de um sujeito de direitos, que, alinhado à derrocada do projeto socioeconômico de base socialista, mantêm as injustiças sociais sentidas na contemporaneidade. A injustiça social, assim, estaria radicada tanto na violência cultural ou simbólica, centrada nas teorias do reconhecimento, como na estrutura desigual de distribuição econômico-política das sociedades, e assim devem ser entendidas, estudadas e combatidas.

Para tanto, assim como Nancy Fraser, apontamos para os remédios transformativos como meios capazes de corrigir essas injustiças culturais e econômicas, buscando, diante de uma injustiça cultural, uma compensação ao desrespeito perpetrado por meio de uma transformação da estrutura cultural-valorativa subjacente, desestabilizando as identidades e diferenciações grupais, numa espécie de desconstrução que abrirá espaço para novos reagrupamentos

identitários, bem como, de igual forma, diante de uma injustiça econômica, uma compensação para a distribuição injusta através de uma reestruturação econômico-política, reorganizando as relações de produção, consumo e a divisão social do trabalho.

Nesta esteira, assentimos também para uma alternativa que pode ser utilizada nesse processo de transformação, tendo sido defendido o constitucionalismo democrático de Post e Siegel como prática a ser seguida nesta busca por reconhecimento-redistribuição. Defendemos a ideia de que as principais instituições do poder público, bem como as organizações civis em geral têm como função primordial garantir o cumprimento das constituições, mas que o façam alinhadas às transformações sociais sentidas na atualidade, aplicando um Direito mais fluido. Devemos manter um diálogo constitucional – e, de certa forma, institucional – sempre aberto para que os mais diversos e distintos valores que formatam qualquer sociedade na contemporaneidade possam ser revisitados e discutidos indefinidamente. Esta forma de aplicação normativa, pautada na interpretação dos sentidos constitucionais sempre mutantes, observará uma análise mais apurada e comprometida com os movimentos sociais, fonte legitimadora de uma compreensão pluralista dos valores constitucionais.

Daqui se retira mais uma vez a importância das lutas por reconhecimento-redistribuição dentro do cenário constitucional, enxergando os protestos populares como mecanismos de inclusão democrática dentro da atual distribuição assimétrica de poder, uma vez que oportunizam ao judiciário a possibilidade de proteção legítima dessas minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário. Assim, vemos que não podemos construir um conceito adequado de democracia e, por conseguinte, de jurisdição constitucional e direitos humanos, se não levamos em conta as considerações propugnadas pela filosofia do reconhecimento e da redistribuição, devendo a questão das minorias estar sempre no esteio de discussão e formatação do que entendemos por democracia na contemporaneidade, bem como quando do exercício jurisdicional de aplicação do Direito.

As minorias estigmatizadas que não lograrem êxito em acessar os poderes políticos através dos legisladores encontraram um último refúgio de proteção através dos tribunais superiores, que deverão manter aberto o diálogo

constitucional para um esforço mútuo de convencimento recíproco, conectando esta abertura de significação constitucional às transformações sociais que se conformam ao pluralismo da contemporaneidade. Essa possibilidade de mudança dos significados constitucionais permite uma atuação jurisdicional que incorpore perspectivas diversas, plurais, dentro de uma realidade de heterogeneia cultural vivenciada nas sociedades contemporâneas. Há de se reconhecer, no âmbito do constitucionalismo democrático, a importância da diversidade cultural e das diversas concepções de vida boa na construção desses sentidos constitucionais.

Fica claro, também, que, depois de nos aprofundarmos nas ilações feitas ao longo do trabalho, somente a atuação judicial não é suficiente para promover mudanças mais profundas nas práticas sociais e culturais arraigadas há muito tempo. O que se defende aqui não é a ampliação da atuação judicial como tábua de salvação das injustiças sociais há muito sentidas.

É claro que se deve alinhar outras fontes de combate e luta para reconhecer e redistribuir direitos, mas também, de igual forma, não se pode negar que a atuação dos tribunais constitucionais podem trazer benefícios, dando força a movimentos sociais de luta, transformando as estruturas de poder subjacentes. Isso ficou bem evidente quando tratamos de parte da história constitucional norte-americana, mais detidamente relacionada às questões raciais. A atuação da Suprema Corte, aliada aos movimentos de luta social da época, incitou uma série de rearranjos sociais e institucionais, como fazem exemplos a criação de associações para defesa de pessoas negras, os comitês governamentais contra à discriminação e as várias edições de atos legislativos de combate às diferenças com base na raça, inaugurando até uma cultura de políticas afirmativas de combate à discriminação.

Mais uma vez, o que merece ser destacado destas breves considerações é o fato de que esta atuação jurisdicional mais ativa, afirmativa, pode ser uma das possibilidades para o reconhecimento-redistribuição de minorias. Não a melhor nem a única, mas apenas uma dentre várias ações possíveis. A atuação jurisdicional mais ativa, então, deve ser enxergada como como um dos componentes de um ciclo sempre constante que se alinha com outros componentes, como é o caso dos movimentos de luta social e ações governamentais afirmativas.

Este é o ciclo de inclusão que se pretende defender neste trabalho, cuja atuação jurisdicional é mais uma ação afirmativa pelo reconhecimento-redistribuição de minorias, ainda que esta atuação seja contramajoritária, haja vista que já trabalhamos a ideia de que o conceito de democracia na contemporaneidade reclama uma significação qualitativa de inclusão minoritária.

Assim, minorias estigmatizadas sobrepujadas do processo de decisão política devem ser consideradas quando da análise de compatibilidade do ato governamental com o conteúdo constitucional sempre que a lei trouxer disposições discriminatórias ou que de alguma forma possibilitem a perpetuação de contextos de subordinação. Além disso, as ações afirmativas devem ser entendidas como uma possibilidade para a promoção da diversidade e da tolerância entre grupos sociais distintos.

O protagonismo judicial que foi defendido refletirá consequências práticas que ecoarão tanto nos demais órgãos componentes do restante da estrutura estatal, quanto na sociedade civil, propiciando a configuração de novas políticas públicas na reordenação social proposta.

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2000. 5 v. Tradução: Nuno Valadas e António Ramos Rosa.

_____. **História da filosofia**. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2000. 6 v. Tradução: António Ramos Rosa.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, Shirlena Campos de Souza; PINHO, Leandro Garcia Pinho; NASCIMENTO, Giovane do. **Os anos 60 e o movimento negro norte-americano**: uma década de elevação de consciência, eclosão de sentimento e mobilização social. *Inter Science Place*, v. 9, n. 30, p. 182-197, julho/setembro 2014. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/interscienceplace/article/view/363>. Acesso em: 19 de dezembro de 2014.

BALKIN, Jack M. **Plessy, Brown and Grutter**: A Play in Three Acts. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, New York, v. 1, n. 93, p.101-141, 21 maio 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726983>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. **The American Civil Rights Tradition**: Anticlassification or Antisubordination. *Issues In Legal Scholarship*, New York, v. 2, n. 1, p.01-23, maio 2003. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/theamericancivilrightstradition1.pdf> >. Acesso em: 22 nov. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Tradução: Renato Aguiar.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução: Carlos Nelson Coutinho.

_____. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2013. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.govs.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **A temática da união homoafetiva no STF à luz do debate Honneth-Fraser**. Revista Direito Gv, São Paulo, v. 1, n. 15, p.133-156, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a06.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 38, p.154-180, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. **Judicialização e minorias**: uma reflexão sobre a doutrina da Equal Protection na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista do Curso de Mestrado em Direito UfC, Fortaleza, v. 30, n. 2, p.151-169, jun. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1205/1170>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. **Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático**: uma reflexão sobre os direitos de minorias na jurisprudência da Suprema Corte americana. Revista NEJ – Novos Estudos Jurídicos, v.19, n. 4, p. 122-156, jun. 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545>>. Acesso em: 12 de novembro de 2014.

_____. **Os direitos das uniões homoafetivas no STJ e STF**: uma reflexão sobre os limites do Monismo moral de Axel Honneth. Revista do Curso de Mestrado em Direito UfC, Fortaleza, v.19, p. n. 1, jun. 2011. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3092, dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20672>>. Acesso em: 19 de setembro de 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONTINS, Márcia; SANTANA, Luiz Carlos. **O movimento negro e a questão da ação afirmativa**. Estudos Feministas. n. 1. p. 209-220. jan-jun 1996.

Disponível em: <file:///C:/Users/elder/Downloads/16670-51366-1-PB.PDF>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

CONSTANT, Benjamim. **Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. Liberalismo e Democracia, 1985. Disponível em: <http://epl.org.br/files/2013/06/012-015.pdf>. Acesso em : 28 de julho de 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da; KAN, Fernanda Van. **Ações afirmativas**: a polêmica em torno da constitucionalidade da política de cotas para negros no ensino superior público brasileiro. UEPG Humanit, Ponta Grossa, n. 19, v. 2, p. 107-120, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/viewArticle/3061>. Acesso em: 19 de dezembro de 2014.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**: Regras para Direção do Espírito. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2008.

DIPPEL, Horst. **Historia del constitucionalismo moderno**. Introducción a una história que necesita ser escrita. História Constitucional. Revista eletrônica, n. 6, setembro 2005, Disponível em: <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução: Luzia Araújo.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: [http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos_da_Am%C3%A9rica_\(1787\)_\(texto_em_portugu%C3%AAs\)](http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos_da_Am%C3%A9rica_(1787)_(texto_em_portugu%C3%AAs)). Acesso em: 15 de outubro de 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização**: Redistribuição, reconhecimento e participação. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 63, p. 07-20. Jun. 2002. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?lr=lang_pt&q=nancy+fraser+&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

_____. **Da redistribuição ao reconhecimento?** Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Cadernos de Campo, São Paulo. n. 14/15, p. 1-382, jun. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/elder/Downloads/50109-61939-1-SM.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

_____. **Mapeando a imaginação feminista:** da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Revista Estudos Feministas*, v. 12, n. 13, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v15n2/a02v15n2>, Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

_____. **Reconhecimento sem ética?** *Revista Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21-42, jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

_____. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado.** *New Left Review*, n 36, jun. 2005. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n77/a01n77.pdf>. Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

GARGARELLA, Roberto. **Em nome da constituição:** O legado federalista dois séculos depois. *Filosofia política moderna*. p. 166-189. Jun 2006. Disponível em: <http://aluno.projecao.br/SGARepository/Blog/Arquivos/Jackson%20Batista%20Bitencourt/7E4F2F64-D448-4250-B38C-80A0372CEFD3.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para intervenção pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2003. Tradução: Luiz Repa.

_____. **O eu no nós:** reconhecimento como força motriz de grupos. *Dossiê Sociologias*. n. 33. p. 56-80, maio. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/v15n33/v15n33a03.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

_____. **Observações sobre a reificação.** *Civitas*. v. 8. n. 1., p. 68-79, jan. 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4322/3264>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução: Rosaura Eichenberg.

KALYVAS, Andreas. **Democracia constituinte.** São Paulo: Lua nova, 2013.

KANT, Immanuel. **Textos selecionados:** Prolegômenos. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução: João Baptista Machado.

LATOURE, Bruno. **Jamais fomos modernos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2009. Tradução: Carlos Irineu da Costa.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres**. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev. 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.

MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788**: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Tradução: Américo Lobo.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENEZES, Paulo Miranda de. **A ação afirmativa no direito norte-americano**. São Paulo: Editora RT, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

NETO, José Aldo Camurça de Araújo. **A filosofia do reconhecimento: as contribuições de Axel Honneth a essa categoria**. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/joseneto.pdf>, Acesso em: 12 de setembro de 2014.

OLIVEN, Arabela Campos. **Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil**. Educação. v. 1. n. 61. p. 29-51. jan-abr. 2007. Disponível em: http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

PINTO, José Guilherme Berman Correia. **O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte**: um estudo comparado. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/274/247>, Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, José Manoel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSO, A.; STREY, M. N.; GUARESCHI, P.; BUENO, S. M. N. **Cultura e ideologia**: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero. *Psicologia & Sociedade*. 14(2): 74-94; jul/dez. 2002.

ROUANET, Sérgio Paulo. **O mal-estar na modernidade**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SODRÉ, Muniz. **Por um conceito de minoria**. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre. *Comunicação e cultura de minorias*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2005. Cap. 1. p. 11-14.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 9. ed. Campinas: Papyrus, 2012.

YONG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. *Lua Nova*, São Paulo, 67. p. 263-269, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.