

PARTE II- A arena jurídico-constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento

Um dos assuntos mais polêmicos que é objeto de discussão no âmbito da doutrina constitucional, representa o debate sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e a legitimidade ou não do processo contemporâneo denominado judicialização da política. Até que ponto uma postura ativista dos juízes em questões políticas poderia afrontar o princípio democrático? Haveria uma incompatibilidade entre a atuação das Cortes Constitucionais e a democracia? A principal crítica decorre do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e sua inevitável liberdade interpretativa; mas, como pretendemos demonstrar, tal crítica pode ser minimizada se considerarmos contextos fáticos nos quais a expansão da atuação judicial for imprescindível para resguardar a autonomia privada de grupos minoritários estigmatizados cujas aspirações são desconsideradas pelo processo deliberativo.

Nesse aspecto, Iris Marion Young, professora de Ciência Política na *Chicago University*, explicita a existência de uma série de discussões no cenário norte-americano, sobre a representação política de minorias raciais nas instâncias deliberativas, tratando-se de uma questão já incorporada na agenda pública norte-americana. Propõe que, muitas vezes, as normas de representação possuem um caráter excludente, sendo necessário incrementar a representação política de grupos subrepresentados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas cujas expectativas e aspirações são frequentemente desrespeitadas pelas instâncias deliberativas.³⁵⁸ Assim, pretendemos defender a tese de acordo com a qual quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente e as minorias insulares são efetivamente contempladas no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas de grupos minoritários, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso.

³⁵⁸ YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

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. Nesse cenário, a matriz procedimentalista parte da perspectiva de que o Judiciário deveria se restringir a zelar pelas condições procedimentais inerentes ao jogo democrático e acusa o poder Judiciário de adentrar em questões políticas fundamentais que deveriam ser decididas pelos representantes do povo. O capítulo 5, intitulado “O embate teórico: substancialistas *versus* procedimentalistas”, apresenta a contraposição teórica acerca do papel da jurisdição constitucional, especificamente no que se refere a grupos minoritários. É premente lecionar que, no Constitucionalismo norte-americano, a perspectiva substancialista voltada para a proteção de determinadas minorias estigmatizadas, tem como objetivo combater a posição de desvantagem de determinados grupos, tendo em vista a cláusula da *Equal Protection*. Não se trata de conceber o princípio da igualdade como uma categoria jurídica decorrente de um processo político justo e deprovido de hostilidades, mas de combater contextos marcados pela situação de especial desvantagem de determinadas minorias estigmatizadas.

Nesse quadro teórico, no subcapítulo 5.1, intitulado “A Suprema Corte Americana e os parâmetros de controle da *Equal Protection Doctrine*”, investigaremos, dentro de uma ótica substancialista desenvolvida pela Suprema Corte, duas perspectivas teóricas que irão delimitar o sentido da *Equal Protection*, com diferentes implicações práticas em relação a minorias estigmatizadas. A primeira consiste em um ponto de vista consubstanciado no “princípio da anticlassificação”, visando a combater as denominadas “classificações constitucionalmente suspeitas”, baseadas em diferenciações estabelecidas por critérios de raça, sexo, idade. A segunda perspectiva teórica, a seu turno, corresponde à consagração do “princípio da antissubordinação”, objetivando combater atos estatais aparentemente neutros, mas que potencializam contextos fáticos marcados pela subordinação de determinados indivíduos, independentemente da existência de uma intenção discriminatória. Estabelecidos os contornos teóricos fundamentais, passamos à análise do capítulo 5.

5

O embate teórico: procedimentalismo versus substancialismo

No cenário constitucional contemporâneo, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da área de atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Há um redimensionamento das funções judiciais dentro de um contexto marcado pelo advento do Neoconstitucionalismo, haja vista que os princípios constitucionais permitem uma maior liberdade interpretativa, conduzindo o Judiciário a uma postura mais ativa na concretização de tais princípios e valores materiais. Desse modo, pretendemos avaliar o conflito teórico entre a matriz substancialista - capitaneada por Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti, Santiago Nino, Laurence Tribe - que propugna um maior intervencionismo judicial, e a vertente procedimentalista - representada por Jürgen Habermas, John Hart Ely, Waldron e Larry Kramer – que, por sua vez, restringe a atuação das Cortes constitucionais à garantia da lisura dos pressupostos procedimentais pelos quais a democracia alcança sua plenitude.

De fato, abordagens substancialistas revelaram-se, portanto, como essenciais no combate à escravidão norte-americana, tendo em vista decisões da Suprema Corte, tais como *Brown v Board of Education*³⁵⁹, pondo fim à segregação racial nas escolas. Pretendemos, ainda, analisar abordagens procedimentalistas voltadas para a proteção de determinados grupos minoritários, expressas pelo pensamento político de Peter Habermas e John Hart Ely. Todavia, é imperioso ressaltar a necessidade de investigarmos os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento como substratos teóricos capazes de legitimar formas de ativismo judicial capazes de proteger minorias.

Como consideramos na PARTE I, o grande *insight* hegeliano, tão caro a Honneth, constitui a concepção de autonomia, que se delineia quando os indivíduos se veem reconhecidos em suas singularidades por seus parceiros de interação social, porquanto tal processo intersubjetivo possui um potencial moral

³⁵⁹ Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

que influencia profundamente os conflitos sociais humanos. O modelo de *status*, desenvolvido por Fraser, diferentemente, fundamenta-se na dimensão institucional do reconhecimento, em uma abordagem sociológica, contrariamente ao modelo psicológico. O não-reconhecimento não seria concebido em termos de uma depreciação da identidade, apostando no potencial emancipatório da deliberação pública, efetivada através da ideia de paridade de participação, que deve assegurar aos indivíduos a plena participação na vida social.

Feitas essas considerações, a questão fundamental, para nossos propósitos, consiste no seguinte questionamento: como legitimar filosoficamente a expansão da atividade judicial voltada para a proteção de grupos minoritários? Tal ativismo judicial pode assentar-se em ontologias que concebem o reconhecimento em termos de depreciação da identidade? O reconhecimento constitui uma categoria da psicologia? Seria mais coerente optarmos teoricamente por uma perspectiva que enfatiza a expansão da atuação judicial voltada para a eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a denominada “participação paritária”, nos termos da filosofia política de Nancy Fraser?

Por fim, é no seio de um debate profundo sobre o papel da Constituição na proteção de minorias, que objetivamos desenvolver a relação fática - ignorada no pensamento habermasiano - entre substancialismo e patriotismo constitucional, porquanto este, muitas vezes, alcança plenamente seu potencial inclusivo através de uma postura mais ativa, dinâmica e eminentemente construtiva do Poder Judiciário na realização das condições procedimentais e dos valores constitucionais ínsitos ao núcleo substantivo da Constituição. A proposta da presente tese consiste em repensar filosoficamente se a perspectiva estritamente procedimentalista, quando aplicada a questões éticas (de natureza privada), relativas a grupos minoritários, seria efetivamente adequada às especificidades de nossa cultura constitucional, tendo em vista a relação fática e não contingente entre substancialismo e patriotismo constitucional.

Em face desta leitura, pretendemos revelar que, em determinadas situações estratégicas, o Poder Judiciário deve ser a vanguarda da sociedade, resguardando a esfera privada de minorias estigmatizadas cuja participação pouco expressiva no processo político inviabiliza a ampliação das condições institucionais de reconhecimento mútuo. Em síntese, em muitos casos, é necessário adentrar na dimensão substantiva do ideário constitucional - e não apenas limitar-se a

resguardar condições procedimentais do jogo democrático - potencializando o desenvolvimento da autonomia individual. É de se mencionar que o presente trabalho não objetiva realizar uma investigação exaustiva da atuação do Judiciário brasileiro na proteção de minorias, pois nossa perspectiva limita-se apenas ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na proteção de minorias estigmatizadas, a partir dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento.

No momento, importa apenas destacar que, no constitucionalismo norte-americano, uma maior atuação da Suprema Corte foi legitimada na aferição de dois diferentes padrões de constitucionalidade voltados para a proteção de grupos estigmatizados pelo processo político majoritário.

5.1- A Suprema Corte Americana e os parâmetros de controle da *equal protection Doctrine*

No direito constitucional americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. De acordo com L. Tribe, professor de Direito Constitucional da *Harvard Law School*, e um dos mais ilustres comentadores da evolução jurisprudencial da *equal protection*, esta estabelece uma diferenciação entre o princípio da anticlassificação e o princípio da antissubordinação.³⁶⁰

Nessa abordagem teórica, o verdadeiro conteúdo do princípio da *Equal protection*, no direito constitucional americano, constitui o princípio da antissubordinação, enquanto instrumento fundamental capaz de resguardar a garantia da igualdade. Indubitavelmente, a *equal protection doctrine* representa um instrumental jurídico capaz de contrapor-se a determinados atos estatais que subordinam certo grupo de pessoas, sob pena de defender-se a existência de cidadãos de segunda classe. De início, importa destacar que, até 1970, as políticas

³⁶⁰ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1514-1521.

de consciência de raça eram compreendidas como formas lícitas de classificação racial, tendo em vista uma maior amplitude da cláusula da *Equal Protection*, de forma que as práticas de admissão nas universidades eram consideradas como classificações raciais sujeitas a uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, o critério denominado *strict scrutiny*, inerente ao “Constitucionalismo da Anticlassificação”, foi desenvolvido pela Suprema Corte para avaliar medidas estatais que contemplem os denominados “critérios de diferenciação suspeitos”, submetidos a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. No período da Corte Warren, estabeleceu-se uma investigação mais rigorosa sobre a constitucionalidade das leis, analisando a relação entre meios e fins, por influência de um antigo voto do Ministro Stone, no qual ele destaca a relevância de se julgar determinadas matérias à luz da Constituição. Instituíram-se dois níveis de abordagem para exame da constitucionalidade das leis, a depender da matéria veiculada pela lei. O nível inferior não apresenta grandes inovações em relação ao modelo até então utilizado; e o nível superior requer um elevado grau de exigência na formulação do critério de diferenciação, com a comprovação da relevância do objeto, sendo imprescindível a devida fundamentação. Determinadas leis que adotam raça ou etnia como parâmetro de diferenciação, por exemplo, são consideradas constitucionalmente suspeitas.

Nessa perspectiva, há uma presunção de que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar que se trata da existência de um interesse estatal cogente. Declara-se a inconstitucionalidade das leis, mesmo que tenham relação com um interesse estatal legítimo, a não ser que se prove que são imprescindíveis para evitar um resultado lastimável que não se possa evitar de outra maneira razoável. Os atos estatais que contemplem critérios de diferenciação suspeitos são objeto de um controle de constitucionalidade mais apurado, tendo em vista princípios substantivos consagrados na Constituição. Tal parâmetro de constitucionalidade foi proposto, visando a alcançar grupos minoritários estigmatizados, com participação irrelevante no processo político, cujas pretensões não eram satisfeitas pelas instâncias deliberativas e submetidos a tratamento desigual. Analisando o alcance do *strict scrutiny*, um renomado constitucionalista inglês, Robert Wintemute, professor da *King's College London*, na Inglaterra, postula algumas exigências que devem ser satisfeitas por grupos minoritários para viabilizar a

aplicação desse parâmetro de controle. Veja-se as condições estabelecidas por Robert Wintemute a respeito da aplicação do *strict scrutiny* a minorias estigmatizadas:

- (1) eles têm sofrido uma história de tratamento desigual intencional;
- (2) a classificação impõe-lhes um estigma que os qualifica como inferiores;
- (3) eles têm sido objeto de amplo preconceito e hostilidade;
- (4) o tratamento desigual que eles têm sofrido tem, muitas vezes, resultado em pressuposições estereotipadas sobre suas habilidades;
- (5) eles constituem uma minoria discreta e insular cuja participação política tem sido seriamente prejudicada em razão do preconceito;
- (6) a base da classificação é uma característica pessoal imutável (e quase sempre facilmente perceptível) que cada indivíduo possui;
- (7) a característica é irrelevante para sua habilidade de desempenhar ou contribuir na sociedade (e a qualquer propósito público legítimo).³⁶¹

Diante do exposto, infere-se que proteção de minorias raciais, por exemplo, legitimou a utilização do *strict scrutiny*, de forma a considerar constitucionalmente suspeitos critérios raciais de diferenciação. Nesse particular, segundo um eminente constitucionalista norte-americano, Ronald Dworkin, tradicionalmente, os negros costumavam ter seus interesses derrotados na política, em razão da conjugação de dois fatores relacionados com a marginalização econômica, bem como a dificuldade de articulação política, razão pela qual a Suprema Corte considerou os negros como umma classe “suspeita”.³⁶²

Em suma, a Suprema Corte incluiu na lista de classes suspeitas as minorias étnicas e imigrantes. As normas que não adotam critérios de diferenciação suspeitos, são submetidas ao padrão mínimo do exame de constitucionalidade, cabendo ao autor comprovar a incompatibilidade com a Constituição. Como elucida Dworkin, “o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e

³⁶¹ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford. Oxford University Press, 1995, p. 62.

³⁶² Nesse contexto, revela o pensamento de Dworkin, a seguinte passagem: “Os negros sempre foram derrotados na política, por exemplo, não porque seus interesses fossem sobrepujados pelos de outros em competição justa, mas devido a uma combinação de dois outros motivos: porque eram econômica e socialmente marginalizados e faltavam-lhe a formação e os meios necessários para chamar a atenção dos políticos e dos eleitores, e porque muitos cidadãos brancos votavam em leis discriminatórias, não só para proteger seus próprios interesses rivais, mas porque desprezavam os negros e queriam subjugar-los. Assim, a Suprema Corte criou outra categoria especial que atrai o escrutínio elevado: declarou que os negros configuram uma classe “suspeita”, e que se deve derrubar qualquer lei que lhes proporcione especial desvantagem, a não ser que possa ser defendida por servir a alguma finalidade absolutamente irresistível.” DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 655.

politicamente, que lhe faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos...”³⁶³ Ademais, podem ser vítima de preconceitos e estigmas tão graves, “que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos.”³⁶⁴

De acordo com a doutrina de Robert Wintemute, surgiram questionamentos sobre se *gays* e lésbicas possuíam poder político para alcançar proteção legislativa, inviabilizando o *strict scrutiny* ou se a orientação sexual não seria considerada como uma característica imutável. Nesse ponto, vale a pena transcrever o pensamento do professor da *King's College London*, que, de forma objetiva, assevera:

(...) Não é claro se o elemento chave em sua formulação é a existência de preconceito contra a minoria, a existência de uma minoria discreta e insular, ou a inabilidade consequente da minoria de influenciar o processo político. *Gays*, lésbicas e pessoas bissexuais certamente enfrentam amplo preconceito e algumas Cortes têm se inclinado a descrevê-las como “discretas e insulares”. Mas a controvérsia tem surgido com relação ao que é provavelmente a substância do critério, isto é, a falta de poder político. Enquanto várias Cortes têm concluído que o critério é facilmente satisfeito, outros têm enfatizado que homossexuais não são sem poder político e têm habilidade de atrair a atenção dos legisladores. (...) ³⁶⁵

Em síntese, o autor pondera que o status de uma classe como suspeita ou “quase suspeita” não depende do teste do poder político, de forma que *gays* e lésbicas são objeto de amplo preconceito na sociedade. A estrutura do *strict scrutiny* criou uma forte presunção de inconstitucionalidade da ação estatal que classificava com base na raça. É necessário assinalar, portanto, que a segunda hipótese de aplicação do *strict scrutiny* diz respeito à limitação ao exercício dos direitos fundamentais. A caracterização dos direitos fundamentais estabeleceu-se a partir da interpretação construtiva da Suprema Corte, com fundamento no *Bill of Rights*, que configura o conjunto das dez primeiras emendas à Constituição, onde

³⁶³ *Ibidem*, p. 656.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 656.

³⁶⁵ WINTEMUTE. Robert. *Sexual Orientation and Human Rights – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, op. cit., p. 64-65.

são estabelecidos direitos dos indivíduos em face do Estado: direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade.

Destarte, não se trata de um rol taxativo, pois decorreu de uma postura criativa da Suprema Corte, haja vista julgamentos históricos como *Roe v. Wade*³⁶⁶, no qual se discutiu o aborto sob a ótica do direito fundamental à privacidade ou *Griswold v. Connecticut*³⁶⁷, que tratou da vedação à utilização de anticoncepcionais. Esse representou um entre as dezenas de casos que tiveram de ser revistos pela Suprema Corte após a legalização do aborto consagrada em *Roe*. Após *Roe*, consagrou-se o entendimento de que o governo não tinha legitimidade para interferir em decisões pessoais relativas à procriação, ao casamento e a questões da vida familiar, tendo em vista o direito à privacidade.

O rol de direitos fundamentais, portanto, sofreu uma evolução constitucional, ampliando seu âmbito de incidência sobre a concepção de privacidade, para contemplar situações originalmente não previstas no *Bill of Rights*. Surge uma nova categoria de análise denominada “intermediária” e, por esse novo parâmetro, as diferenciações legais se relacionam substancialmente a um importante interesse governamental. Como a IV Emenda não abrangia todas as situações envolvendo pessoas, tornava-se necessário estruturar uma nova categoria de análise judicial que era indispensável para as distinções decorrentes do critério semissuspeito. Por meio do caso *Craig v. Boren*³⁶⁸, a Suprema Corte considerou incompatível com a *Equal Protection*, a diferenciação sexual estabelecida por lei que vedava a venda de cerveja para homens com idade inferior a 21 anos e para mulheres menores de 18. O Tribunal argumentou, no caso, que o sexo não constituía um critério de diferenciação legítimo na aquisição de bebidas alcoólicas.

Ademais, a Suprema Corte criou uma categoria de classes “quase suspeitas” - entre as quais se incluem mulheres e filhos ilegítimos - e destacou que as leis incompatíveis com elas também serão objeto de controle “elevado”,

³⁶⁶ *Roe v. Wade*. 410 U. S. 113 (1973).

³⁶⁷ *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479 (1965).

³⁶⁸ 429 U. S. 190 (1976).

embora não tão rigoroso como no caso das classes totalmente “suspeitas”. Estabeleceu-se novo parâmetro de diferenciação intermediário entre o *strict scrutiny* e o *rational relationship test*, encontrando âmbito de incidência nas diferenciações estabelecidas em razão do sexo, que demandavam uma investigação de constitucionalidade mais rigorosa que aquela estabelecida no *rational relationship*. Esse novo parâmetro de constitucionalidade passou a ser aplicado nos diversos casos relacionados aos *important rights* e às *semi suspect classifications*. A partir da aplicação do *intermediate scrutiny*, a diferenciação somente passa a ser considerada legítima, se visar a um objetivo estatal relevante devidamente comprovado mediante um juízo de ponderação proporcional, no qual a importância do objetivo estatal é confrontada com medidas discriminatórias aos indivíduos. Nesse sentido, a Suprema Corte estabeleceu a afirmação da primazia da proteção de grupos discriminados, em contraposição a objetivos estatais supostamente legítimos.

É premente investigar que a Suprema Corte, inúmeras vezes, aplicou o *strict scrutiny*, sob a forma de *rational relationship*, sem especificar a natureza suspeita do critério de diferenciação, tornando difícil a visualização do efetivo parâmetro utilizado. É de se mencionar, nesse contexto, o âmbito de incidência da *semi suspect classification*, no que se refere aos direitos “importantes mas não fundamentais.” Se o *intermediate scrutiny* se aplicava inicialmente às diferenciações sexuais, com o tempo passou a contemplar novas hipóteses de incidência, incluindo deficientes mentais, filhos concebidos fora do casamento e minorias estigmatizadas por seus atributos imutáveis, com representação parlamentar irrelevante. O *intermediate scrutiny* objetiva evitar que grupos minoritários sejam dominados e estigmatizados por outros, em razão de preconceitos reinantes, evitando assim que o *rational relationship* venha a encobrir situações discriminatórias, uma vez que estas demandam um controle de constitucionalidade mais apurado conforme o contexto histórico. Somente a situação fática pode determinar a forma de incidência do *intermediate scrutiny* e a legitimidade do critério de diferenciação.

Desse modo, em contraposição ao parâmetro relativo ao exame rigoroso, no exame mínimo, há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao autor o ônus probatório da violação à Constituição. Nessa perspectiva, Peter

Hogg³⁶⁹, um jurista norte-americano, apresenta um exemplo interessante, no caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*³⁷⁰, no qual se discutiu a constitucionalidade de uma lei que determinava a aposentadoria compulsória para policiais que alcançassem os cinquenta anos. O autor da demanda alegou estar em perfeitas condições físicas, não havendo motivo que legitimasse seu afastamento. Todavia, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade da lei, havendo um fundamento razoável para a classificação, pois, com o passar do tempo, haveria uma redução das habilidades físicas dos policiais, razão por que a remoção se legitimava como um meio de se alcançar um objetivo estatal relativo à integridade física da força policial. A Suprema Corte considerou improcedente o argumento de que o critério idade seria suspeito, não havendo razão para aplicação do exame rigoroso.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que, além das classificações suspeitas, o *strict scrutiny* contempla também os *important rights*. Assim, tratando-se de um direito importante, mas não fundamental, exige-se prova de um objetivo estatal legítimo para justificar o critério de diferenciação utilizado. Em *Plyler versus Doe*³⁷¹, por exemplo, inobstante a Suprema Corte não tenha considerado a educação um *fundamental right*, declarou inconstitucional a discriminação contra filhos de imigrantes ilegais, em razão da própria ausência de recursos financeiros e econômicos das escolas por eles frequentadas. É importante salientar que, ainda dentro da abordagem substancialista desenvolvida pela Suprema Corte, existem duas perspectivas teóricas relativas ao conteúdo da *Equal Protection*, com implicações práticas diversas em relação a grupos estigmatizados. A primeira perspectiva representa o princípio da anticlassificação, que visa a combater classificações fundamentadas em critérios baseados em raça, sexo, orientação sexual que estabelecem tratamentos diferenciados, de forma incompatível com a neutralidade das medidas estatais. O princípio da antissubordinação, por sua vez, objetiva combater formas mais sutis de violação ao princípio da igualdade,

³⁶⁹ HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997, p. 937.

³⁷⁰ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*. 427 U.S. 307 (1976).

³⁷¹ *Plyler versus Doe*. 457 U. S. 202 (1982).

superando atos aparentemente neutros que perpetuam contextos de subordinação.

Com efeito, de acordo com o constitucionalista Roger Raupp Rios, um dos autores de destaque no cenário nacional, acerca do tema relativo ao desenvolvimento de um Direito da Antidiscriminação, o objetivo da XIV Emenda, ao vedar a diferenciação de tratamento, “consiste em evitar que alguns se tornem “mais iguais” que outros, sendo de rigor afirmar que a garantia da igualdade, nesta tradição, contém mandamento de eliminação das condições que subjagam certos indivíduos e grupos diante dos demais.”³⁷²

Em face dessa estrutura conceitual, o princípio da “antissubordinação” não se limita apenas a vedar atos discriminatórios, pois, segundo o autor, se assumíssemos apenas tal ponto de vista “estar-se-ia adotando a perspectiva daquele que discrimina, na medida que ela (a discriminação) é entendida como ato fundado em um preconceito presente no instituidor do tratamento diferenciado.”³⁷³ A ideia de antissubordinação (ou antissubjugação), por sua vez, para autores como Roger Raupp Rios, Laurence Tribe, Reva Siegel e Jack Balkin, seria capaz de contemplar um conteúdo normativo mais amplo, no que se refere à plena garantia da dignidade humana para todos os grupos. Nessa perspectiva, vale a pena transcrever passagem elucidativa que evidencia o pensamento de L. Tribe:

(...)O princípio da antissubjugação está mais preocupado com as responsabilidades impostas à ação estatal em face de grupos suspeitos do que com quais preconceitos se escondem nos corações e nas mentes dos agentes governamentais. O objetivo da *equal protection* não é acabar com pensamentos impuros, mas garantir uma medida plena de dignidade humana para todos. A Constituição pode ser ofendida não somente por atos individuais de discriminação racial, mas também por regras estatais, políticas ou práticas que eternizam a condição subordinada de qualquer grupo. Por meio do princípio da antissubjugação, a cláusula da *equal protection doctrine* indaga se certas condições, examinadas em seu contexto histórico e social, são uma manifestação ou um legado de opressão oficial.(...)³⁷⁴

³⁷² RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29

³⁷³ *Ibidem*, p. 29.

³⁷⁴ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1514-1521.

O professor da *Harvard Law School* sublinha que “o tema mais promissor da doutrina da *equal protection* pode perfeitamente ser um princípio da antissubordinação, que objetiva quebrar os sistemas de subordinação legalmente criados ou reforçados que tratam algumas pessoas como cidadãos de segunda classe.”³⁷⁵ Diante do exposto, depreende-se que o princípio da antissubordinação diz respeito às relações entre a autoridade estatal e determinados grupos minoritários que sofrem discriminação por atores governamentais. Nesse contexto, são considerados inconstitucionais, não apenas os atos de discriminação racial na sua dimensão individual, mas também práticas governamentais que institucionalizam a subordinação de status em relação a grupos minoritários.

Outrossim, assumiu especial relevância no constitucionalismo norte-americano, o artigo de Owen Fiss, intitulado “Groups and the Equal Protection”, inaugurando a tradição da antissubordinação no meio acadêmico por meio da articulação entre a teoria da igualdade e a proposta de combater a subordinação histórica dos negros. A cláusula da *Equal protection* passa ser compreendida como um instrumento capaz de evitar práticas que perpetuam a posição subordinada de grupos minoritários que se encontram em situação de desvantagem social.³⁷⁶

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

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 1515.

³⁷⁶ É relevante trazer as palavras do eminente constitucionalista americano: “(...)A primeira é que os afroamericanos se encontram em uma péssima posição socioeconômica (em termos de bem-estar material, só se encontram atrás dos índios americanos), e também têm ocupado tal posição durante séculos. Em certo sentido, pode-se dizer que constituem na América do Norte uma classe permanentemente inferior. São estas duas características - a posição ocupada pelo grupo e o tempo durante o qual o mesmo tem ocupado tal posição - o que justifica a defesa de esforços para melhorar o status do grupo...(...) (...) Não é só o nível socioeconômico dos afroamericanos como grupo que explica o papel peculiar que lhes corresponde dentro de uma teoria sobre a Igual Proteção. Isso se deve também à sua condição política. O poder político dos afroamericanos encontra-se fortemente restringido. Durante os últimos séculos, o poder deste grupo foi restringido de formas mais diretas, por exemplo, através da privação de seus direitos políticos. (...)FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141; A respeito da teoria de Owen Fiss, cf.: FORD, Richard Thompson. “Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss’s “Groups and the Equal Protection Clause” In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; STURM, Susan. “Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

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.”³⁷⁷ 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*. Na sua percepção, a cláusula de *equal protection* constitui um ideal suscetível a uma ampla gama de significados.

Nessa trajetória normativa, Owen Fiss propugna que a necessidade de retificação do processo político não se vincula “ao questionamento relativo a se essa lei incorpora uma classificação racial ou de outro tipo. Basta comprovar que a lei tem um efeito danoso aos afroamericanos.”³⁷⁸ Nesse sentido, pretende contrapor-se à ideia de que o princípio da anticlassificação decorreria inevitavelmente da cláusula da *equal protection*, demonstrando que tal princípio implica uma concepção limitada acerca do judiciário que seria incompatível com o verdadeiro sentido da cláusula da *equal protection*.

Assim, vislumbramos a possibilidade de existência de determinadas condutas estatais capazes de subordinar certos grupos e que, consoante o princípio da anticlassificação, não seriam alcançadas pela cláusula da *Equal Protection*. Na perspectiva do autor, a doutrina da anticlassificação demanda julgamentos

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 142.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 142-143; Nesse tópico, cabe trazer as explanações teóricas de Owen Fiss: “Está implícita à interpretação em relação ao que é vedado pela Cláusula da Igual Proteção, a ideia de que certas práticas estatais podem chegar a serem danosas para os membros de um grupo especialmente em desvantagem e, ainda assim, não prejudicar ou pôr em risco, ou agravar o status ou a posição do grupo. O que se requer, para que se possa considerar que uma certa prática estatal se encontra proibida pela Cláusula, é uma teoria sobre o dano de status, uma teoria que mostre que a prática desafiada tem este efeito no grupo. Desde esta perspectiva - que veda o dano ao status - poder-se-ia considerar a ação estatal discriminatória. A ação estatal discriminatória seria aquela conduta estatal que agrava o status de um grupo especialmente em desvantagem. A Cláusula da Igual Proteção proíbe ao Estado, por exemplo, utilizar a raça como critério de admissão nas piscinas públicas ou nos projetos de habitação coletiva, uma vez que, desse modo, há um agravamento da posição subordinada dos afroamericanos, ao excluí-los das facilidades outorgadas pelo Estado. O mesmo pode dizer-se em relação ao sistema escolar dual, isto é, à prática de isolar os estudantes nas escolas em razão de sua raça e com o objetivo de segregar alguns grupos. Novamente, estes tipos de ações estatais encontram-se proibidos pela Cláusula da Igual Proteção, uma vez que agravam a posição subordinada dos afroamericanos, e não porque a classificação não se encontra relacionada ou se encontra pouco relacionada a um propósito estatal.” *Ibidem*, p. 146-147.

complexos e discricionários, pois, por meio das categorias consubstanciadas em termos de classificações suspeitas, a doutrina anticlassificação incorpora o conceito de grupos, sem legitimar a relevância destes em relação ao princípio da anticlassificação. Há certas práticas estatais, portanto, que, por meio de critérios aparentemente neutros, suscitam efeitos discriminatórios sobre grupos em especial desvantagem.

Nessa perspectiva, o constitucionalista exemplifica as situações potencialmente discriminatórias que surgem nas provas de admissão ou na proximidade geográfica das escolas, sendo necessário “formular uma teoria que permita vincular a prática ao status do grupo.” E conclui: “Certamente, tal teoria pode ser altamente problemática, uma vez que poder-se-ia exigir algo mais que uma prova meramente estatística para demonstrar que uma certa prática afeta mais os afroamericanos que a outros grupos (isto é, que tem um impacto desproporcional).”³⁷⁹ Nesse cenário, na nossa percepção, o princípio da anticlassificação revela-se como um instrumental jurídico incapaz de focalizar o caráter complexo de aspectos da política racial, como o tratamento preferencial e a subordinação racial implícita a critérios aparentemente neutros.

Sob esse prisma, inserindo-se no movimento acadêmico do “Constitucionalismo da Antissubordinação”, Reva Siegel, professora da *Yale Law School*, ressalta acerca da perspectiva de Owen Fiss, que este “demonstrou que a objetividade, o individualismo e a não substantividade do discurso anticlassificação era apenas aspiracional, e que os valores da antissubordinação guiaram a elaboração doutrinária do princípio da anticlassificação em alterações cruciais.”³⁸⁰ Sob essa ótica, o autor defendeu que o princípio da anticlassificação não representa uma estrutura conceitual normativa capaz de solucionar a problemática jurídica decorrente de critérios estatais aparentemente neutros, mas com efeitos discriminatórios. A proposta do autor consistia justamente em impedir que o Estado, a partir de práticas aparentemente neutras, subordine

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 147-148.

³⁸⁰ SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004, p. 1535.

grupos em condições de desvantagem. Em *Washington v. Davis*³⁸¹, por exemplo, a Corte aplicou a presunção contra a classificação restritivamente, limitando o alcance da aplicação da *equal protection* sobre danos infligidos pelo Estado.

Nesse caso, dois americanos africanos tinham se candidatado a integrar o Departamento de Polícia, Washington D.C, e foram recusados. Eles alegaram que o Departamento utilizou procedimentos discriminatórios por meio de testes baseados na habilidade verbal que afetavam de forma desproporcional americanos africanos. Nesse particular, a ação estatal aparentemente neutra produziu um impacto desproporcional sobre os requerentes, sendo, entretanto, considerada constitucional. A Corte, de forma equivocada, considerou que o uso de tal teste não contrariava a *Equal Protection*, uma vez que ação estatal não empregava uma classificação suspeita ou refletia um propósito discriminatório.

Nesse quadro teórico, os princípios da anticlassificação e antissubordinação possuíam implicações práticas diversas; enquanto o primeiro demanda juízos discricionários, o segundo focaliza as práticas institucionalizadas de subordinação. Em suma, o princípio da anticlassificação contrapunha-se à ação afirmativa e legitimava práticas aparentemente neutras com impacto discriminatório; o princípio da antissubordinação, a seu turno, impugnava práticas estatais aparentemente neutras com efeitos discriminatórios. Nesse ponto, dois autores do constitucionalismo norte-americano, Jack Balkin e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, inserem-se no movimento do constitucionalismo norte-americano que propugna a defesa do princípio da antissubordinação, compreendendo que “garantias da igual cidadania não podem ser realizadas sob condições de estratificação social difusa e argumentam que o direito deveria reformar as instituições e práticas que asseguram o status social secundário de grupos historicamente oprimidos.”³⁸² Em síntese, muitos

³⁸¹ *Washington v. Davis*. 426 U.S 229 (1976).

³⁸² BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 9; Nesse ponto, a seguinte passagem elucida o pensamento dos eminentes constitucionalistas: “Mais especificamente, com a expansão da agenda de direitos civis, o Judiciário tem aplicado o princípio da anticlassificação de maneira a dismantelar relações de status. Mais especificamente, nós mostramos como a aplicação do princípio da anticlassificação modifica-se o tempo todo, em resposta à contestação social. Como protestos sociais deslegitimam certas práticas, as Cortes frequentemente movem-se, consciente ou

argumentam a indeterminação do princípio da anticlassificação, razão por que, em inúmeras situações, este tem sido implementado pelas Cortes de forma a preservar relações de status.

Nessa trajetória constitucional, os autores lecionam que o princípio da anticlassificação não contempla várias questões importantes do direito antidiscriminação, sendo que, em inúmeros casos, as Cortes implementaram o referido princípio de forma incoerente. Os professores da *Yale Law School* compreendem que a aplicação do princípio da anticlassificação não seria fixa, podendo ser um instrumento de legitimação de estruturas normativas que subordinam certos grupos. Com efeito, há uma certa indeterminação inerente ao princípio da anticlassificação, envolvendo julgamentos subjetivos sobre significados sociais e normas de *status*, de forma que ambos destacam uma certa incoerência nas decisões das Cortes sobre o princípio da anticlassificação. A esse respeito, vale a pena mencionar o pensamento de Jack Balkin e Reva Siegel:

(...)...nós podemos observar como os juízes têm aplicado o princípio para acomodar valores sociais concorrentes e preservar instituições, práticas e compreensões ligadas ao *status*. O mesmo método de análise revela como os juízes têm modificado a aplicação do princípio da anticlassificação, em resposta a protestos sociais que desafiam práticas que impõem *status*. (...) ³⁸³

Prosseguindo nas considerações a respeito do Princípio da Antissubordinação, Jack Balkin e Reva Siegel ponderam que este resolve muitas questões complexas não contempladas pelo princípio da anticlassificação, preenchendo lacunas teóricas. No domínio das questões raciais, por exemplo, o referido princípio da antissubordinação esclarece o verdadeiro sentido da ação afirmativa, explicitando por que motivo determinadas políticas que desfavorecem brancos são menos assimétricas do que as que desfavorecem negros, bem como

inconscientemente, por concepções de danos de status para embasar violações do princípio da anticlassificação onde eles anteriormente não perceberam..." *Ibidem*, p. 13-14.

Há ainda outros autores no constitucionalismo americano que têm considerado ser o conteúdo da *Equal Protection* melhor compreendido através do princípio da antissubordinação. Cf.: MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*: Harvard University Press, 1987, p. 32-45; BELL, Derrick. *And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*. New York: Basic, 1987; MacKINNON, Catharine. *Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination*. Yale University Press, 1979.

³⁸³ *Ibidem*, p. 15.

porque certos grupos raciais (negros e hispânicos) recebem tratamento preferencial, em detrimento de outros.³⁸⁴

Desse modo, a compreensão da nação acerca do significado da discriminação com base em raça ou com base em sexo é uma construção social que se modifica em resposta aos protestos dos movimentos sociais. Para Jack Balkin, a aplicação do princípio da anticlassificação deve ser articulada a um “conjunto de especificações e regras” que levem em consideração as consequências práticas de sua implementação. Muitas vezes, as classificações raciais são aparentemente neutras, mas possuem efeitos discriminatórios. Em *Guinn v. United States*³⁸⁵, por exemplo, discutiu-se a constitucionalidade de cláusula que restringia o direito a voto apenas a pessoas cujos ancestrais tivessem sido habilitados a votar antes da Reconstrução. A Constituição de Oklahoma aparentemente tratava todos os eleitores igualmente, mas favorecia eleitores brancos, enquanto desfavorecia eleitores negros cujos avós tinham sido escravos e inábeis para votar antes de 1866.

Sob esse prisma, em *Green v. County School Board*³⁸⁶, a Corte sustentou que o sistema de “liberdade de escolha”, adotado pela *County Board School*, violava as exigências de *Brown v. Board of Education*³⁸⁷. O sistema permitia que os pais escolhessem enviar suas crianças para uma entre duas escolas; mas as famílias brancas sempre escolhiam escolas identificadas como brancas, enquanto

³⁸⁴ No mesmo sentido dos constitucionalistas, posiciona-se L. Tribe, sendo oportuno transcrever o pensamento do eminente professor da *Harvard Law School*: “(...) Mas, a subordinação de negros, mulheres e outros grupos que persiste hoje, não é habitualmente nem isolada nem histórica. Realmente, por razões puramente práticas, mesmo um sistema de casta sutil e informal poderia não ser tolerado muito tempo, se fosse necessário impor uma discriminação consciente, personalizada em todo membro do grupo vitimizado em uma base regular. Regimes de subordinação sustentada, portanto, geram deveres, instituições e circunstâncias que impõem laços e limites sobre o grupo alvo sem recorrer a ações discriminatórias individualizadas ou repetidas... (...) O princípio da anticlassificação acolhe uma lacuna fundamental, porque ele identifica apenas um mecanismo de subjugação, o propósito, a adoção afirmativa ou o uso de regras que desfavorecem o grupo em questão. (...)” TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 1518.

³⁸⁵ *Guinn v. United States*, 238 U.S.347 (1915)

³⁸⁶ *Green v. County School Board*. 391 U. S 430 (1968).

³⁸⁷ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

as famílias negras sempre escolhiam escolas identificadas como negras. A Corte aduziu que uma política aparentemente neutra de escolha da escola preservaria a distinção entre escolas para brancos e para negros, estimulando a segregação no sistema escolar e violando a Décima Quarta Emenda. Diante do exposto, como salientam Balkin e Siegel, a implementação do princípio da antidiscriminação não pode limitar-se a questões de forma legal, tendo em vista que, muitas vezes, haveria classificações raciais implícitas e, portanto, discriminatórias.³⁸⁸

Em face dessa leitura, no exame das modalidades de discriminação direta, se a Suprema Corte exige a comprovação da intenção discriminatória, tanto na elaboração do ato, como na sua aplicação, muitas vezes, tal comprovação pode tornar-se difícil nas hipóteses em que o propósito discriminatório não se encontra explícito. Na jurisprudência da Suprema Corte, o entendimento varia, havendo julgamentos nos quais o Tribunal examina a intenção discriminatória de atos legislativos, bem como situações em que considera tal análise descabida. Entretanto, a maior dificuldade reside justamente na comprovação da intenção discriminatória. Analisando tal problemática, o constitucionalista Roger Raupp Rios, que, como salientamos, inserindo-se no movimento acadêmico que é denominado “Constitucionalismo da Antidiscriminação”, enfatiza o grau de indeterminação na comprovação da intenção discriminatória. Confirma-se o seu argumento:

(...)Com efeito, em algumas circunstâncias, o conhecimento público do propósito da medida, por si só, já apresenta o efeito imediato e específico de fragilizar a consciência e o exercício de direitos, como acontece quando um ato legislativo é adotado com um propósito hostil a certos direitos, inclusive incentivando o grupo de pessoas beneficiadas a ignorar e desrespeitar os direitos daqueles prejudicados. Noutras hipóteses, a consideração dos propósitos pode evitar que danos futuros, muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação, venham a ocorrer. (...)³⁸⁹

³⁸⁸ O trecho a seguir resume o pensamento dos autores: “Todos esses exemplos sugerem que a vedação da explicitação de classificações raciais exige uma injunção adicional nas classificações raciais ocultas ou implícitas, se ela pretende ter significado prático. Portanto, as Cortes inevitavelmente devem suplementar o princípio da anticlassificação com a doutrina que proíbe tratamento desigual sob critérios aparentemente neutros.” BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 21.

³⁸⁹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

Outrossim, de acordo com o constitucionalista, uma forma alternativa de exame da intenção discriminatória consiste no exame dos efeitos decorrentes da aplicação da medida, tendo em vista a sua adequação ao princípio da igualdade. Nessa perspectiva, assumiu especial relevância o caso *Poindexter v. Lousiana Financial Assistance Commission*³⁹⁰, no qual se considerou inconstitucional lei que instituía o financiamento público para escolas privadas, produzindo efeitos potencialmente discriminatórios. Tratava-se de uma medida aparentemente neutra, mas com um propósito discriminatório que objetivava financiar escolas privadas somente para brancos. Como destaca Raupp Rios, os fatores capazes de suscitar o escrutínio devem ser examinados conforme o contexto histórico em que a medida foi adotada, de acordo com a regularidade do procedimento legislativo que suscitou a edição do ato, bem como analisando “a história legislativa e as práticas administrativas pertinentes à questão discutida.”³⁹¹

Ademais, é fundamental investigar que a conceituação da denominada discriminação indireta (*disparate impact*) no direito americano foi expressa no julgamento pela Suprema Corte do caso *International Brotherhood of Texas v. United States*.³⁹² O *disparate impact* decorre de medidas aparentemente neutras, mas com impacto diferenciado sobre os indivíduos, de forma incompatível com o princípio da igualdade, independentemente da comprovação do propósito discriminatório.³⁹³

³⁹⁰ *Poindexter v. Lousiana Financial Assistance Commission*. 389 U.S 571.

³⁹¹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, op. cit., p. 105.

³⁹² *International Brotherhood of Texas v. United States*. 431 U.S. 324 (1977).

³⁹³ Nesse contexto, um outro autor do constitucionalismo nacional, Daniel Sarmiento, tece um dos mais lúcidos comentários a respeito dos impactos nefastos de medidas estatais aparentemente neutras: “Sem embargo, é certo que abundam medidas que, apesar de aparentemente neutras, produzem impactos nefastos e desproporcionais sobre a população afrodescendente, de forma incompatível com o princípio da igualdade. Para captar estas violações mais sutis à isonomia, é preciso aguçar o senso crítico, pois, muitas vezes, sob a máscara da generalidade e abstração de certas práticas e institutos, pode esconder-se o preconceito racial. E, mesmo quando não se cogite de racismo, é possível que políticas facialmente neutras insuspeitas causem aos afrodescendentes danos desproporcionais e inaceitáveis. Por isso, vale a pena chamar a atenção para duas formas de violação ao princípio da isonomia que não envolvem discriminações explícitas: a discriminação *de facto* na aplicação de normas racialmente neutras e a discriminação indireta, que envolve a

Nessa perspectiva, é premente considerar ainda que o debate relativo à discriminação indireta desenvolveu-se fundamentalmente no âmbito das relações trabalhistas. O julgamento mais importante em matéria de *disparate impact* é o caso *Griggs v. Duke Power Co.*³⁹⁴, no qual o princípio da igualdade foi aplicado em face dos efeitos concretos das medidas, independentemente da intencionalidade do ato. Nesse caso, discutiu-se se a exigência do requisito escolar era considerado legítimo para efeito de contratação em certos cargos dentro da organização empresarial. Os autores alegaram que tal pressuposto, embora aparentemente neutro, era inconstitucional, tendo em vista que um maior número de negros era reprovado. Assim, o tribunal considerou ilegítimos os testes de inteligência, tendo em vista o efetivo impacto discriminatório.

A decisão ampliou o conceito de discriminação, contemplando não apenas as medidas com propósito discriminatório, mas também aquelas com impacto racial diferenciado. Com fundamento no Título VII do *Civil Rights Act*, o tribunal analisou a ilegalidade dos testes, em razão do seu efeito potencialmente discriminatório, de forma que os empregadores deveriam comprovar que tais testes são relacionados com a função para os quais são exigidos. O objetivo do Congresso no Título VII era alcançar a igualdade de oportunidades no emprego, sendo necessário remover as barreiras arbitrárias no emprego quando as mesmas impliquem efeitos discriminatórios, independentemente da intenção discriminatória.

Nessa evolução constitucional, um outro caso jurídico emblemático foi o julgamento de *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio*³⁹⁵, no qual trabalhadores de uma empresa ajuizaram ação coletiva, aduzindo que estavam sendo discriminados indiretamente, visto que determinado grupo de trabalhadores não brancos exercia funções de menor destaque na empresa (enlatamento do peixe), enquanto os trabalhadores brancos ocupavam postos de chefia socialmente

aplicação da teoria do impacto desproporcional.” SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 147

³⁹⁴ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U. S. 424 (1971).

³⁹⁵ *Words Cove Packing Company, Inc. v. Atonio* 490 U.S 642 (1989).

mais valorizados e de melhor remuneração. A controvérsia entre os juízes direcionou-se para a distribuição do ônus da prova. Os requerentes alegaram que noventa por cento das funções de enlatamento eram desempenhadas por membros de minorias. O empregador argumentou, entretanto, que a disparidade de resultados era decorrente da insuficiência de empregados que pertenciam a minorias com habilidades necessárias para a função, aspecto que a Corte Distrital do Distrito de Washington concordava.

Nesse aspecto, a Suprema Corte sustentou que a Corte de Apelação havia se equivocado, pois a estatística comparativa do requerente era insuficiente para sustentar a existência de discriminação no emprego. O autor havia falhado em demonstrar seu *case prima facie*, pois limitou-se apenas a uma estatística que demonstrava o alto percentual de trabalhadores minoritários em funções menos valorizadas, quando na verdade, casos como este demandavam a produção de prova estatística, não sendo suficiente a simples comparação entre percentual relativo ao grupo de trabalhadores brancos e não brancos. Assim, no direito americano, passou-se a exigir o preenchimento de alguns requisitos estatísticos para a caracterização de um *prima facie case*, em se tratando de *disparate impact*.

Nessa trajetória normativa, é imperioso postular que o posicionamento inicial da Suprema Corte - nos casos envolvendo a *equal protection* - resultou no desenvolvimento de uma doutrina que é denominada “separados mas iguais”, desenvolvida no período compreendido entre 1896 e 1954. Após a segunda guerra, não há grandes avanços no que se refere à participação das mulheres e na integração racial, salvo em casos isolados, como em *Brown v. Board of Education*.³⁹⁶ A doutrina do “Separados mas iguais” durou quase um século, até ser repudiada no julgamento de casos envolvendo a segregação racial nas instituições de ensino. Após a Guerra Civil norte-americana e o fim da escravidão, a resistência de alguns Estados sulistas em atender às expectativas governamentais relativas ao fim da escravidão constituía um sério obstáculo à nova política externa norte-americana.

Indubitavelmente, *Brown* representa um caso singular na trajetória constitucional da Suprema Corte, alcançando um consenso no meio acadêmico norte-americano, em razão do seu indiscutível papel pedagógico, concebido como

³⁹⁶ *Brown v. Board of Education*. 347 U.S. 483 (1954).

uma decisão paradigmática em matéria de direitos fundamentais de minorias. A Suprema Corte reverteu o seu posicionamento discriminatório, afirmado em *Dred Scott v. Stanford*³⁹⁷, quando considerou que os negros não tinham direito à cidadania norte-americana, como o fez também em *Plessy v. Ferguson*³⁹⁸. Neste último, a Suprema corte declarou que a segregação em locais públicos não violava a cláusula da igual proteção, afirmando a doutrina do “separados mas iguais”. Tratava-se, portanto, de uma questão moralmente controvertida na sociedade norte-americana, no que se refere à legitimidade ou não da discriminação racial contra os negros.

No contexto histórico marcado pelo fim da Guerra Civil norte-americana, tal decisão representou um aspecto fundamental na estratégia de reconstrução da imagem do país. O caso assumiu especial relevância na nova política externa norte americana, uma vez que, após a Segunda Guerra, o país se projetou como uma nação defensora da luta contra as atrocidades decorrentes da discriminação praticadas contra os judeus no holocausto, razão por que seria uma postura inadmissível consagrar internamente a segregação racial. De um lado, a segregação racial produzia reflexos negativos na política externa norte-americana, especialmente no contexto da Guerra Fria, minando a sua efetiva liderança no cenário mundial.

De outro lado, o valor simbólico desse caso emblemático transformou a imaginação política da sociedade e teve reflexos em toda a vida pública dos cidadãos, sendo efetivada nos anos subsequentes por meio de atos de fiscalização realizados por juízes estaduais. Inobstante, a luta contra a discriminação racial persistia, pois a segregação havia deixado marcas profundas na sociedade norte-americana, havendo grande resistência das escolas sulistas. Até a decisão, havia um caso envolvendo a XV Emenda que exigia um padrão de constitucionalidade rigoroso para políticas governamentais que classificavam com base na raça, tendo sido invocado pela Corte em *Brown*³⁹⁹.

³⁹⁷ *Dred Scott v. Stanford*. 60 U.S. 393 (1857).

³⁹⁸ *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896).

³⁹⁹ *Brown v. Board of Education*. 347 U.S. 483 (1954).

Sob essa ótica, Reva Siegel apresenta uma interessante interpretação sobre o caso *Brown*. Observa ser a linguagem da classificação ausente na decisão, que explicitou estarem as escolas racialmente segregadas prejudicando as crianças por causarem “um grande sentimento de inferioridade em relação ao seu *status* na comunidade.”⁴⁰⁰ Em suma, para Reva Siegel, a decisão não condenou “a classificação racial como tal, mas destacou as consequências danosas de separar crianças na escola em um contexto institucional específico.”⁴⁰¹ Assim, a Corte não foi suficientemente clara em especificar se toda classificação racial era inconstitucional.⁴⁰² De um lado, como destaca Siegel, os sulistas argumentaram que não havia evidência social empírica que legitimasse a existência de um dano efetivo, tal como descrito em *Brown*⁴⁰³; de outro lado, aduziram que era a integração, e não a segregação, “que infligia uma variedade de danos àqueles sujeitos.”⁴⁰⁴ Tais considerações ficam explicitadas no seguinte trecho que revela o pensamento da professora da *Yale Law School*:

(...) Mas o dano deve se referir a uma variedade de outras injúrias. Por exemplo, deve se dirigir aos efeitos psíquicos de tratar o privilégio racial que é garantido legalmente pela integração. Reproduzir os danos que devem ser atendidos pelo direito, era uma forma de resolver a questão relativa a se aqueles que interpretam a Constituição, devem tratar injúrias dignitárias associadas com a subordinação de grupo como danos constitucionalmente cognoscíveis a todos. (...) ⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5, *op. cit.*, p. 1481.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 1481.

⁴⁰² Como assinala Eduardo Appio, “a Suprema Corte optou por um viés moderado, simplesmente anunciando que a segregação era inconstitucional. Não disse que negros e brancos eram essencialmente iguais - como são - mas que as crianças negras estavam sofrendo um prejuízo pessoal a partir do reforço de uma concepção fundamentalmente racista.” APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 248-249.

⁴⁰³ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴⁰⁴ SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5, *op. cit.*, p. 1470.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 1487.

Sob esse prisma, consoante Siegel, ocorreu uma resistência massiva de juízes sulistas contra o conteúdo da decisão, argumentando que, se *Brown*⁴⁰⁶ teria invocado o argumento do dano psicológico relativamente às conseqüências negativas em relação à autoestima das crianças negras, eles também possuíam suas próprias alegações de um suposto dano psíquico.⁴⁰⁷ Essa foi a argumentação utilizada pela Suprema Corte da Virgínia em *Naim v. Naim*⁴⁰⁸, sustentando a constitucionalidade de lei que proibia a miscigenação, no sentido de que esta não infligia dano, mas o prevenia. No julgamento desse caso, a Corte refutou o argumento segundo o qual o interesse cogente do Estado em proteger a comunidade e as crianças de danos psíquicos - decorrentes do casamento interracial - era inconstitucional. A Suprema Corte de Lousiana, por sua vez, alegou que as crianças miscigenadas têm dificuldade de serem aceitas na sociedade, com “sentimentos de inferioridade em relação a seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes...”⁴⁰⁹ Nesse quadro teórico, podemos questionar: danos psicológicos são relevantes para determinar sentidos e interpretações constitucionais? O potencial emancipatório das experiências de sofrimento, tal como descrito por Honneth, é constitucionalmente cognoscível?

Partindo desses pressupostos, entendemos que tais exemplos demonstram, indubitavelmente, a dificuldade de legitimarmos determinadas formas de ativismo judicial - voltados para proteção de minorias estigmatizadas - com base em filosofias que concebem o não-reconhecimento em termos de depreciação de identidade. Como elucidamos na Parte I, o reconhecimento não deve ser considerado como uma categoria da psicologia. Taylor, como Honneth, seguindo o modelo hegeliano, considera o reconhecimento na esfera da autorrealização em uma perspectiva psicológica delineada por uma estrutura de condições intersubjetivas de reconhecimento mútuo. O filósofo canadense ressalta que a

⁴⁰⁶ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴⁰⁷ A respeito da resistência sulista à decisão em *Brown*, cf.: BARTLEY, Numan. *The Rise of Massive Resistance: Race and Politics in the South During the 1950's*. Lousiana: Lousiana State University, 1969.

⁴⁰⁸ *Naim v. Naim*. 87 S.E.2d 749 (Va. 1955).

⁴⁰⁹ *State v. Brown*. 108 So. 2d 233, 234 (La. 1959).

depreciação sistemática sobre grupos historicamente minoritários afeta profundamente a autoestima, suscitando autoimagens depreciatórias. Honneth, por sua vez, resgata o pensamento de Dewey, apostando no potencial emancipatório das experiências de sofrimento relativas a situações de vulnerabilidade moral desencadeadas por processos intersubjetivos distorcidos.

Como se pode de logo intuir, o modelo de status - delineado por Fraser - rompe com o modelo identitário desenvolvido por Honneth e Taylor, ao afirmar a centralidade dos padrões institucionalizados que impedem os indivíduos de interagirem plenamente na vida social. Em suma, compreendo que reivindicações identitárias conectadas a fatos psicológicos são vazias, indeterminadas e insuscetíveis de legitimar formas de ativismo judicial voltadas para a proteção de grupos estigmatizados. Como examinamos, no caso *Brown*⁴¹⁰, a resistência massiva dos juízes sulistas dirigiu-se contra o aspecto psicológico da fundamentação da decisão, tornando necessário um debate sobre possíveis argumentos jurídicos que legitimariam a autoridade da Corte na interpretação da Constituição. Consoante Reva Siegel, durante a década de 50, a resistência a *Brown*⁴¹¹ penetrou nos círculos acadêmicos, tornando fundamental a necessidade de busca de novos parâmetros de interpretação da *equal protection*.

De fato, nos anos 60, entretanto, não havia clareza sobre como a Corte responderia à problemática da segregação escolar no Norte, havendo inúmeras visões a respeito do assunto. *Brown*⁴¹² tratava da responsabilidade constitucional para políticas que assumissem explicitamente uma discriminação com base na raça, mas se questionou até que ponto fornecia elementos suficientes para tratar da segregação de fato no Norte. *Brown*⁴¹³ referia-se a políticas de segregação racial explicitamente discriminatórias ou também contemplava medidas estatais

⁴¹⁰ Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹¹ Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹² Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹³ Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

aparentemente neutras? *Brown*⁴¹⁴ referia-se aos danos da segregação como tal ou enfocava as práticas estigmatizantes que subordinavam certos grupos através da classificação racial? Para alguns, *Brown*⁴¹⁵ não tratava dos danos da separação racial como tal, enquanto outros questionavam se a separação racial como tal era um dano e se possui magnitude constitucional. Há ainda os que consideravam que *Brown*⁴¹⁶ somente referia-se a políticas que estabeleciam a discriminação explícita baseada na raça, pois apenas esta poderia provocar danos psicológicos. Enfim, surgiram inúmeras formas de tratar da questão.

Nesse particular, analisando os reflexos jurídicos da decisão, John Kaplan, que foi um dos mais ilustres juristas norte-americanos, professor da *Stanford Law Review*, lecionou que, quando *Brown*⁴¹⁷ proibiu a classificação com base na raça, a Suprema Corte estava tentando especificar o tipo de dano que deveria ser objeto de tutela judicial. Nesse ponto, *Brown*⁴¹⁸ não se baseava na alegação de que “o fato psicológico e sociológico que separa escolas era prejudicial às crianças negras e, portanto, inconstitucional.”⁴¹⁹ Ou seja, o dano que *Brown*⁴²⁰ pretendia combater, era a separação decorrente da classificação racial na educação, uma vez que as escolas segregadas sem classificações formais não infligiam o mesmo dano.

Em síntese, *Brown*⁴²¹ referia-se apenas a danos estigmatizantes infligidos por práticas explícitas de classificação racial, de forma que a proteção da *equal protection* não contemplava as hipóteses de segregação de fato decorrentes de

⁴¹⁴ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹⁵ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹⁶ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹⁷ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹⁸ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴¹⁹ KAPLAN, John. “Segregation Litigation and the Schools – Part II: The General Northern Problem, 58. In: *Northwestern University Law Review*. Chicago: Northwestern University Law Press, (1964), p. 171.

⁴²⁰ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴²¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

medidas aparentemente neutras, como, por exemplo, a localização das escolas com base na residência da criança negra. Contrapondo-se a tais argumentos, Kaplan alegou que *Brown*⁴²² não abrangia esse tipo de dano, insuscetível de inspirar tutela constitucional, restringindo-se apenas ao dano da classificação, pois somente este suscita sentimentos de inferioridade nas crianças negras. Entretanto, muitas vezes a segregação era produzida por políticas discriminatórias aparentemente neutras, baseadas, por exemplo, na residência da criança.

Desse modo, na década de 60, a legitimidade da Corte nas questões constitucionais envolvendo leis antimiscigenação assumiu outra dimensão, de forma que a *equal protection* começou a ser tratada de forma mais cautelosa. Nesse período, dois casos assumiram relevância envolvendo questões de antimiscigenação, de forma que a Corte anunciou um novo padrão de constitucionalidade para medidas estatais que envolvam classificações com base na raça. Em *Mc Laughlin v. Florida*⁴²³, a Corte declarou que a lei de coabitação da Flórida, parte das leis antimiscigenação, era inconstitucional. A lei vedava a coabitação entre duas pessoas não casadas e de sexo oposto quando uma fosse branca e a outra negra. Aplicou a estrutura do *strict scrutiny* com base na doutrina da classificação razoável e no precedente da XV Emenda - que condenavam a classificação racial - discutindo o verdadeiro alcance da proibição do casamento interracial; mas, ao invés de focar os efeitos psicológicos de tal vedação em relação à dignidade dos negros, consagrou uma regra contra a classificação racial. Ou seja, declarou o *strict scrutiny*, mas se absteve de declarar a opinião sobre a constitucionalidade de leis proibindo o casamento interracial, nem discutiu se a vedação a relações raciais implica ofensa à dignidade.

Nesse cenário, em *Loving v. Virginia*⁴²⁴, a Corte sustentou que o estatuto antimiscigenação na Virgínia (Ato da Integridade Racial, de 1924) era inconstitucional, pondo fim a restrições raciais legais a serem aplicadas no casamento. Nesse caso, Mildred Loving e seu marido, Richard Perry Loving, deixaram a Virgínia, onde residiam, para casarem-se no Distrito de Columbia,

⁴²² *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴²³ *Mc Laughlin v. Florida*. 379 U.S. at 195-96.

⁴²⁴ *Loving v. Virginia*. 388 U. S (1) 1967.

tendo em vista a restrição legal imposta pelo Ato da Integridade Racial, de 1924. Ao retornarem à Virgínia, eles foram condenados por terem violado a proibição. Enquanto dormiam, foram surpreendidos por um grupo de policiais no ato sexual, que era considerado crime. Loving alegou que o casamento garantia a privacidade do seu quarto, mas esta alegação serviu como prova para a condenação criminal pretendida pelos policiais, uma vez que demonstrava o casamento realizado em outro estado.

Em suma, eles foram enquadrados na seção 20 a 28 do Código de Virgínia, que proibia casamentos interracialis fora do Estado e na seção 20 a 59, que classificava a miscigenação como um crime, punível com a pena de prisão de 1 a 5 anos. O casal foi declarado como culpado, sujeito a pena de prisão de 1 ano, com a sentença suspensa por 25 anos se o casal deixasse a Virgínia. Os Lovings transferiram-se para o Distrito de Colúmbia e, em 6 de novembro de 1963, a União de Liberdades Cívicas Americanas suscitou uma tendência da Corte de anular o julgamento, sob o argumento de que o estatuto violava a Décima Quarta Emenda. Em outubro de 1964, os Lovings iniciaram uma *class action* na Corte Distrital de Virgínia. A Suprema Corte de Virgínia declarou não haver violação à XIV Emenda, sob a alegação de que ambos cometeram o crime de miscigenação. O caso chegou à Suprema Corte que, não apenas declarou o *strict scrutiny*, como também alegou que tal proibição ao casamento interracial implicava um sistema de hierarquia racial, pondo fim à institucionalização de restrições raciais no casamento.

Nesse particular, ao estabelecer uma nova estrutura baseada no *strict scrutiny*, para questões de classificação racial, a Corte desvinculou-se da alegação de dano psicológico desenvolvida em *Brown*⁴²⁵. Durante a década de 60, já havia um certo consenso de que a Constituição proibia a segregação racial, mas havia um desacordo sobre se a ilicitude da segregação ocorria através de políticas aparentemente neutras.⁴²⁶ Em síntese, se havia um acordo no sentido de que a

⁴²⁵ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴²⁶ Nessa perspectiva, o seguinte trecho do pensamento de Reva Siegel explicita o momento histórico fundamental no desenvolvimento jurisprudencial da *Equal Protection*: “Mas se havia um desacordo sobre as circunstâncias nas quais o Estado e governos locais poderiam ser responsáveis sob a Décima Quarta Emenda pela segregação nos sistemas de escola pública, havia um acordo amplo e prévio de que o Estado e os governos locais tinham a autoridade para remediar o desequilíbrio racial nas escolas públicas. A esse respeito, como em outros, Kaplan compreendeu a separação central no direito: as Cortes Federais deveriam permitir ao Estado e governos locais

cláusula da *equal protection* representava um limite à ação estatal, inexistia consenso sobre a responsabilidade governamental em relação a práticas aparentemente neutras. Jack Balkin, comentando o caso *Loving v. Virginia*⁴²⁷, destaca que este inaugurou um “novo modelo de cidadania constitucional” decorrente da aplicação do *strict scrutiny*, contendo tanto a estrutura normativa da anticlassificação, como a da antissubordinação. Segundo o professor da *Yale Law School*, o caso é emblemático e amplamente citado sob dois aspectos: “primeiro que as classificações raciais são suspeitas e sujeitas ao *strict scrutiny*, e segundo, que a Constituição protege um direito fundamental ao casamento.”⁴²⁸ Outrossim, trata-se, ao nosso ver, de um momento constitucional fundamental que potencializou novos horizontes jurídicos inerentes a uma modelo aprimorado de igualdade racial. Vale a pena transcrever o pensamento de Jack Balkin:

(...)Em 1967, quando a Suprema Corte decidiu *Loving*⁴²⁹, ela já experimentava as proteções constitucionais dentro do Estado de Bem-estar, para proteger o pobre, alterando os laços entre discriminação pública e privada através de doutrinas da ação estatal, expandindo as proteções do procedimento criminal e revigorando garantias constitucionais por liberdade de expressão. (...) ⁴³⁰

corrigir o desequilíbrio racial em circunstâncias onde as Cortes Federais não interviriam elas próprias para determinar a separação. Dessa maneira, durante o próprio período no qual a Suprema Corte adotou a estrutura do *strict scrutiny* apresentada em *Mc Laughlin* e *Loving*, as Cortes federais estavam frequentemente sustentando o direito do Estado e dos governos locais de implementar políticas de consciência de raça, objetivando reduzir a segregação de fato na escola pública. Cortes, em outras palavras, compreendiam a *equal protection* como um limite de raça assimétrico sobre a ação governamental. Elas compreendiam que o propósito da doutrina da *equal protection* era evitar que o Estado infligisse certas formas de danos de status a minorias. Mas essa compreensão da presunção contra a classificação racial começou a mudar no fim de 1960, em resposta aos conflitos nacionais desenvolvidos progressivamente sobre raça e ao surgimento de uma nova geração de iniciativas de integração, objetivando a educação pós-secundária e profissional. ” SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5, *op. cit.*, p. 1514.

⁴²⁷ *Loving v. Virginia*. 388 U.S. I (1967).

⁴²⁸ BALKIN, Jack. ‘Plessy, Brown and Grutter: A Play in Three Acts’. In: *Cardozo Law Review*, vol. 26, n. 5. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law Press, 2005, p. 125.

⁴²⁹ *Loving v. Virginia*. 388 U.S. I (1967).

⁴³⁰ BALKIN, Jack. ‘Plessy, Brown and Grutter: A Play in Three Acts’. In: *Cardozo Law Review*, vol. 26, n. 5. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law Press, 2005, p. 125.

Nessa evolução jurisprudencial, desde 1960, a Suprema Corte tem usado a doutrina do devido processo substantivo para desenvolver o direito fundamental à privacidade, havendo inúmeras decisões por meio das quais a Suprema Corte invalidou leis que proibiam o uso de contraceptivos por pessoas casadas e sua distribuição a pessoas não casadas. De outro lado, de acordo com Robert Wintemute, até 1986, o direito à privacidade foi o argumento fundamental mais importante utilizado por *gays*, lésbicas e bissexuais em suas demandas judiciais. Tendo em vista condutas que criminalizavam condutas homossexuais, eles necessitavam defender um direito fundamental fora de Primeira Emenda, ou seja, que se tratava de uma vedação à privação da liberdade sem o devido processo legal (doutrina do devido processo substantivo), e não com base na doutrina da *equal protection*.⁴³¹

É mister ponderar que a Suprema Corte, em quatro momentos distintos, decidiu questões relativas a direitos de minorias *gays*. A primeira decisão ocorreu em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick*⁴³², o segundo em 1996, em *Romer v. Evans*⁴³³, o terceiro em *Boy Scouts v. Dale*⁴³⁴ e o quarto em *Lawrence v. Texas*⁴³⁵. Assim, em *Bowers*⁴³⁶, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de uma lei da Geórgia que criminalizava a sodomia entre adultos. A questão fundamental era se a Constituição garante o direito fundamental dos homossexuais a se engajar na prática da sodomia, com base no direito à privacidade; a Corte, entretanto, respondeu negativamente. Desde *Griswold*⁴³⁷, a

⁴³¹ WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 23.

⁴³² *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986).

⁴³³ *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

⁴³⁴ *Boy Scouts v. Dale*. 530. U.S. 640 (2000).

⁴³⁵ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴³⁶ *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S 186 (1986).

⁴³⁷ *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479 (1965)

Suprema Corte havia sustentado que o direito à privacidade era implícito à cláusula do *Due Process* inerente à XIV Emenda.

Inobstante, em *Bowers*⁴³⁸, a Corte sustentou que tal direito não se estendia à conduta sexual consensual privada que envolvesse a homossexualidade. Por sua vez, em *Romer v. Evans*⁴³⁹, discutiu-se se a Emenda 2 à Constituição do Colorado, que vedava a adoção pelo Estado de medidas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais, afrontava a *equal protection doctrine*. A Suprema Corte considerou inconstitucional emenda do Estado de Colorado, que era decorrente de referendo popular que vedava a instituição, pelos órgãos administrativos, de políticas antidiscriminatórias em favor de grupos homossexuais, contrariando a *equal protection*. Em primeiro lugar, por criar “segunda classe de cidadãos”; e por não apresentar fundamento plausível diante do *rational relationship test*.

Com efeito, em *Lawrence v. Texas*⁴⁴⁰, a Suprema Corte considerou inconstitucional lei que criminalizava a sodomia no Texas, sob a alegação de que a conduta sexual consensual e íntima era parte da liberdade protegida pelo devido processo substantivo sob a XIV Emenda. Se *Lawrence*⁴⁴¹ não reconhece expressamente a existência de um direito fundamental à homossexualidade, assume especial relevância no desenvolvimento de um constitucionalismo sensível a pretensões de minorias, pois consagra uma esfera de liberdade individual inerente ao direito fundamental à privacidade.

De fato, a questão fundamental de *Lawrence*⁴⁴² consistia em saber se seria legítimo ao Estado punir condutas de foro íntimo que não afetam interesses de terceiros. A Suprema Corte analisou os aspectos específicos do caso, explicitando inexistirem interesses de menores ou de relações nas quais a recusa do consentimento seja improvável, tendo em vista, por exemplo, a possibilidade de coação. Pelo contrário, o caso contemplava dois adultos que, com total

⁴³⁸ *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S 186 (1986).

⁴³⁹ *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

⁴⁴⁰ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴¹ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴² *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

consentimento, envolviam-se em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual. Um outro aspecto fundamental que foi explicitado pela Suprema Corte, decorreu da observação de que o caso não envolvia “qualquer situação em que o governo tenha de dar o seu reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem envolver-se.”⁴⁴³ Considerou-se inconstitucional, portanto, a interferência do poder público em uma esfera relativa à intimidade privada.

Desse modo, Jack Balkin, comentando o caso *Lawrence*⁴⁴⁴, destaca que, em 1960, a prática da sodomia era considerada crime em 50 Estados. Em 1986, quando a Corte decidiu *Bowers v. Hardwick*⁴⁴⁵, vinte e cinco Estados e Colúmbia ainda consagravam penas criminais contra essa prática. Em 2003, todavia, quando a Corte decidiu *Lawrence*⁴⁴⁶, apenas treze estados ainda criminalizavam a sodomia. Nas palavras do autor, “a Suprema Corte encontrou argumentos constitucionais para a proteção de gays, compelindo progressivamente depois a maioria dos Estados que já tinham abolido as leis contra a sodomia entre o mesmo sexo.”⁴⁴⁷ Conforme postula o jurista, *Lawrence*⁴⁴⁸ e *Brown*⁴⁴⁹ representam importantes decisões que contemplaram direitos de minorias; estabelece, entretanto, uma distinção fundamental entre ambas.

Em suma, após *Lawrence*⁴⁵⁰, se o movimento gay conquistou a opinião pública, transformando o sentimento popular em favor da descriminalização, *Brown*⁴⁵¹ não obteve o mesmo impacto em relação ao movimento pela integração

⁴⁴³ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴⁴ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴⁵ *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986).

⁴⁴⁶ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴⁷ BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1542.

⁴⁴⁸ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁴⁹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S. 483 (1954).

⁴⁵⁰ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁵¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S. 483 (1954).

racial, pois, quando foi decidido, a segregação das escolas já havia deixado marcas profundas em relação à forma de vida dos estados sulistas.⁴⁵²

Diante do exposto, a implementação de *Brown*⁴⁵³ encontrou resistência nos anos seguintes, sobretudo nos estados sulistas. A efetivação da decisão demandou a atuação de juízes estaduais, no que se refere à fiscalização e ao cumprimento da decisão. Aos poucos, a decisão foi transformando os valores sociais e a imaginação política de uma sociedade, no sentido de combater a discriminação contra os negros. *Lawrence*⁴⁵⁴, por sua vez, também assumiu um papel fundamental no debate sobre os direitos de gays, inclusive no que se refere à questão sobre o casamento entre homossexuais. Um ano depois da decisão, os americanos estavam divididos em relação à questão moral amplamente controvertida acerca da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse ponto, nas palavras do autor, “menos de um ano depois de *Lawrence*⁴⁵⁵, a noção de que estados puderam reconhecer uniões civis, considerando como uma demanda extremamente natural, parece relativamente positivo, dado o fato de que um estado (Vermont) tem reconhecido uniões civis desde 2000 e outro (Massachusetts) agora reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo.”⁴⁵⁶ Indubitavelmente, percebemos o potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais na transformação dos valores dos cidadãos e da

⁴⁵² Nesse contexto, é pertinente a crítica de Jack Balkin: “Depois que *Brown* foi decidido, os Estados sulistas uniram-se a Jim Crow e às escolas segregadas por muitos anos, e muitos políticos insistiram que *Brown* não era lei. Em contraste, visões populares sobre homossexualidade têm mudado tão intensamente entre 1986 e 2003, uma vez que *Lawrence* não encontrou o mesmo grau de resistência massiva. Nenhum estado decidiu aprovar novas leis de sodomia, em protesto contra *Lawrence*, e os governantes nos Estados cujas leis foram invalidadas não ameaçaram atacar homossexuais ou aprisioná-los.” BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1543.

⁴⁵³ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S. 483 (1954).

⁴⁵⁴ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁵⁵ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁵⁶ BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1544.

opinião popular, repudiando concepções sectárias que tendem a estigmatizar a homossexualidade.

Em face desta leitura, ressaltamos que, em novembro de 2008, homossexuais de todos os Estados Unidos reivindicaram ao presidente eleito Barack Obama que não se esqueça dos anseios do movimento em relação ao casamento gay. Mais de dez cidades americanas realizaram manifestações contra o resultado da votação realizada na Califórnia, no dia 4 de novembro, vedando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os protestos decorreram da aprovação na Califórnia de emenda constitucional que foi resultante de referendo, consagrando a denominada “preposição 8”, ao afirmar que “só o casamento entre um homem e uma mulher é válido e reconhecido.”

Em vista disso, os favoráveis ao casamento gay afirmam que três milhões de votos enviados pelo correio não teriam sido computados, questionando a validade do processo eleitoral, além do caráter discriminatório da emenda. Nos EUA os casamentos entre pessoas do mesmo sexo estão legalizados em Massachussets e Connecticut. Califórnia era o terceiro Estado a permitir tais uniões, mas anteriormente ao resultado da votação. Em 2009, a Suprema Corte da Califórnia ratificou a validade da referida emenda constitucional sem invalidar, entretanto, os cerca de 18 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados na Califórnia de Maio a Novembro de 2008, tendo em vista uma decisão dada pela Suprema Corte local. A decisão contrapõe-se à tendência liberalizante que vem marcando os Estados norte-americanos.

Feitas essas considerações, alguns poderiam questionar: a Suprema Corte da Califórnia, ao ratificar o resultado da votação, agiu corretamente, legitimando a autoridade da decisão decorrente de um referendo popular? A problemática é complexa, mas entendo que se deve analisar, em primeiro lugar, as condições institucionais do Judiciário, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como o grau de participação efetiva destes no processo de elaboração da emenda. Nesse sentido, vale a pena resgatar o pensamento de um autor argentino, Carlos Santiago Nino, saudoso professor da Universidade de Buenos Aires e professor visitante da *Yale Law School*, sendo Doutor pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade de Oxford.

Nessa linha de raciocínio, Santiago Nino sublinha que o processo democrático deliberativo não possui valor epistêmico para impor ideais de

excelência e virtude. A proposta teórica do autor consiste em resguardar o postulado da autonomia moral, contrapondo-se a quaisquer formas de interferência externa sobre a eleição de ideais de excelência pessoal e virtude.⁴⁵⁷ Nesse aspecto, compreendemos que, se a problemática controvertida, a ser apreciada pelo Judiciário, envolve questões éticas controvertidas relativas a direitos de minorias estigmatizadas, a declaração de inconstitucionalidade da lei que venha a restringir o exercício de tais direitos relativos a grupos minoritários constitui um fator necessário ao próprio exercício da democracia constitucional.

É de se mencionar, ainda, que, diferentemente da deliberação parlamentar, o processo argumentativo estabelecido em sede de jurisdição constitucional, na nossa compreensão, tem potencialidade em expressar fundamentos jurídicos capazes de contemplar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pautados por pressupostos vinculados a um uso público da razão. Assim, se o fundamento essencial a ser analisado na aprovação da Emenda constitucional decorrer de uma concepção bíblica acerca do casamento, com base em uma doutrina abrangente particular baseada em padrões heterossexistas, descaracteriza-se o uso público da razão e o valor epistêmico do processo democrático, legitimando a atuação contramajoritária do Tribunal.

De um lado, é fundamental analisar se a questão controvertida, a ser apreciada ao Judiciário, decorre de uma lei cujo processo de aprovação foi marcado por uma prevalência de argumentos religiosos vinculados a doutrinas abrangentes particulares, e capazes de frustrar o potencial racionalizador do debate, pois, nesse caso, legitima-se a atuação contramajoritária da Corte Constitucional com base em pressupostos argumentativos ínsitos a uma pretensão de correção, que é capaz de revelar o uso público da razão, tendo em vista uma fundamentação jurídica racional. De outro lado, a atuação dos movimentos sociais assume especial relevância em uma cultura constitucional capaz de inspirar formas aprimoradas de interpretação sobre a aplicação de princípios constitucionais. Em uma democracia constitucional, o Judiciário pode recorrer a princípios constitucionais de abertura argumentativa para administrar o conflito, conduzindo o diálogo público em relação a questões moralmente controvertidas,

⁴⁵⁷ NINO, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 278.

atendendo de forma juridicamente sensível a pretensões normativas relativas a direitos de minorias, expressas em termos de discursos constitucionais específicos. Como pretendemos demonstrar, uma leitura moral e substantiva da Constituição também pode inspirar uma versão inclusiva de patriotismo constitucional, que se distancia conceitualmente da versão procedimentalista habermasiana.

Disso se infere, ao nosso ver, que a questão fundamental circunscreve-se ao papel do Judiciário - como instância de representação de minorias - na proteção de uma esfera jurídica autônoma de grupos estigmatizados contra investidas perfeccionistas realizadas por maiorias políticas. A Suprema Corte da Califórnia legitimou, portanto, uma perspectiva perfeccionista. Na nossa percepção, admitir que a esfera autônoma de grupos vulneráveis seja violada por um ato normativo de iniciativa popular, implica em legitimar que maiorias parlamentares possam impor doutrinas abrangentes particulares, frustrando os direitos de minorias insulares, o que legitimaria a atuação contramajoritária do Judiciário, seja em uma perspectiva procedimental ou substancialista. Prosseguindo em nossa análise, mister se faz assinalar que *Lawrence*⁴⁵⁸ foi capaz de transformar os sentimentos de cidadãos americanos e da opinião pública em relação ao casamento gay, assumindo especial relevância no debate sobre os direitos dos homossexuais.

Nesse aspecto, estabelecendo uma comparação entre o caso *Lawrence*⁴⁵⁹ e *Brown*⁴⁶⁰, Balkin ressalta os reflexos políticos de cada uma das decisões no contexto constitucional norte-americano. Assim, o autor procura elucidar que, quando *Brown*⁴⁶¹ foi decidido, a doutrina do “separados mas iguais” fazia parte do imaginário coletivo, estando profundamente arraigada nas escolas de dezesseis estados norte-americanos, além do distrito de Colúmbia. Quatro outros estados – Arizona, Kansas, New México e Wyoming permitiam a segregação nas escolas

⁴⁵⁸ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁵⁹ *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

⁴⁶⁰ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S. 483 (1954).

⁴⁶¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S. 483 (1954).

como uma opção local. No resto do país, a segregação de direito tinha sido banida. De acordo com o constitucionalista, a maioria nacional pretendia contrapor-se a Jim Crow, no que se refere a posturas raciais de segregação, em razão de fatores vinculados aos interesses americanos na Guerra Fria.⁴⁶²

Outrossim, as elites nacionais, portanto, contrapuseram-se a Jim Crow, defendendo a integração racial nas escolas, o que se refletiu na decisão da Corte em *Brown*⁴⁶³, em contraposição às maiorias regionais sulistas, que pretendiam bloquear tais avanços. A Suprema Corte, portanto, atendeu aos anseios das elites nacionais. Nas palavras de Balkin, “a Corte Warren trabalhou juntamente com o Congresso e contribuiu para promover os valores políticos dominantes do liberalismo de Guerra Fria. Grande parte da jurisprudência da Corte Warren impôs valores nacionais – e, em particular, os valores das elites nacionais – sobre os valores das maiorias regionais no Sul.”⁴⁶⁴ Sob essa ótica, compreendemos que, ao declarar a inconstitucionalidade da doutrina do “separados mas iguais”, a Suprema Corte inaugurou um novo modelo de constitucionalismo sensível a direitos de minorias, de forma a transformar os padrões de interação social. Disso se infere, ao nosso ver, que o Poder Judiciário pode contribuir de forma relevante para a eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a

⁴⁶² Nesse tópico, veja-se o que afirma Jack Balkin: “Talvez o mais importante, uma visão intensamente forte tinha se desenvolvido entre as elites – e particularmente nas elites políticas estrangeiras – segundo a qual Jim Crow era um obstáculo que prejudicava os interesses americanos na luta da Guerra Fria contra a União Soviética e atribuiu à América uma imagem ruim aos olhos das nações em desenvolvimento do Terceiro Mundo. A segregação sulista era o melhor argumento para a União Soviética, no sentido de que as promessas da liberdade e igualdade soavam falsas. Ademais, as elites nacionais – geralmente educadas publicamente – sentiam que a causa da igualdade racial tinha provocado enormes progressos desde a Primeira Guerra Mundial, particularmente, desde a Segunda Guerra Mundial, quando a América emergiu vitoriosa em uma guerra contra a ideologia racista do nazismo. A Segunda Guerra teve um enorme impacto na transformação da imaginação popular contra a segregação...(…) Em volta dos anos de 1950, a queda de Jim Crow parecia inevitável para muitos americanos; era apenas uma questão de tempo. Esse sentido de progresso inevitável é provavelmente muito importante na motivação das elites, e particularmente elites no judiciário federal, no sentido de responder às demandas por mudança constitucional.” BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1539-1540.

⁴⁶³ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁴⁶⁴ BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1539-1540.

“participação paritária”, tão cara a Fraser, de forma a permitir a renegociação dos padrões justos de interação social.

Em face dessa estrutura conceitual, na primeira parte desse trabalho, destacamos que o modelo de *status*, desenvolvido por Fraser, baseia-se em uma abordagem sociológica, contrariamente a uma ontologia psicológica. O não-reconhecimento não decorreria de uma depreciação da identidade e, nesse sentido, aposta no potencial emancipatório da deliberação pública por meio da concepção de paridade de participação, que deve assegurar aos indivíduos a oportunidade de participar livremente na vida social. Diante do exposto, depreende-se que as perspectivas procedimentalistas e substancialistas não são lógicas excludentes, mas complementares, assumindo o Judiciário, em situações estratégicas, um importante papel na proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões de reconhecimento não são satisfeitas pelas instâncias deliberativas. Entretanto, somente uma releitura desse embate, à luz das teorias do reconhecimento delineadas por Honneth, Fraser, Habermas e Taylor, tem potencialidade em refletir mais profundamente sobre as implicações filosóficas atinentes às pretensões normativas de grupos estigmatizados pelo processo político, de forma a compreender a arena jurídico-constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento.

Nesse ponto, como propugnamos demonstrar, de um lado, o modelo procedimentalista de patriotismo constitucional configura um instrumental teórico fundamental para combater essencializações identitárias, promovendo a inclusão da diferença cultural em uma cultura política comum; de outro lado, a sua integração à cultura política brasileira, em uma perspectiva puramente procedimental, por questões pragmáticas, pode ser insuficiente para garantir o desenvolvimento pleno da autonomia individual, sendo necessário, muitas vezes, adentrar em uma dimensão substantiva a fim de corrigir os desvios do procedimento.

Nessa linha de raciocínio, relembremos que a concepção de racionalidade tayloriana é substantiva, e não procedimental. Os bens articulados pelo sujeito relacionam-se às práticas culturais de uma comunidade: o desvelamento dos bens decorre de um processo autointerpretativo no qual o sujeito se compreende como membro de uma comunidade linguística. É premente lecionar, entretanto, que a ética da substância assume relevância não para impor concepções de bem,

conduzindo a formas opressivas de comunitarismo - mas para potencializar o desenvolvimento da autonomia individual sempre que o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico.

Nesse cenário, constitucionalismo e democracia tornam-se aspectos fundamentais de uma democracia constitucional, na qual a dimensão substantiva da Constituição se torna instrumento de formas de ativismo judicial voltadas para proteção de minorias. O subcapítulo seguinte, de um lado, apresenta o tema da potencialidade inclusiva da concepção de cultura constitucional, delineada por Reva Siegel, estabelecendo uma reflexão crítica a respeito das concepções de “minimalismo judicial” e “constitucionalismo popular”, que foram desenvolvidas no cenário acadêmico norte-americano. De outro lado, investiga os pressupostos inerentes à proposta de “leitura moral da Constituição”, defendida por um dos mais ilustres constitucionalistas norte-americanos, Ronald Dworkin. Este desenvolve uma reflexão fundamental para compreender uma concepção substancialista da Constituição.

5.2

Cultura constitucional, movimentos sociais e minorias: uma análise crítica sobre o minimalismo judicial e o constitucionalismo popular.

De início, é mister esclarecer que a obra de Dworkin configura-se como um dos empreendimentos teóricos mais controversos da filosofia político-jurídica. Adotando uma perspectiva eminentemente substancialista, Dworkin sustenta que a interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos deve considerar, não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais. É de se mencionar, ainda, a existência de uma divergência entre constitucionalistas americanos em relação aos denominados direitos expressos e implícitos (*enumerated and unenumerated rights*), ensejando o embate teórico entre perspectivas originalistas e não-originalistas. Os primeiros pretendiam resgatar a intenção original dos *Framers*, considerando inadmissível uma postura construtiva que incorpore direitos não positivados no texto constitucional.

Os não originalistas, por sua vez, pressupunham a realização pelo Judiciário dos direitos implícitos decorrentes de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Contra os originalistas⁴⁶⁵, Dworkin formula a concepção de um direito em cadeia, segundo a qual os juízes, ao longo da história, constroem conjuntamente um complexo empreendimento em cadeia no qual cada ato de interpretação representa um capítulo que integra um grande romance redigido por diferentes escritores em distintos momentos. A partir da distinção entre regras e princípios, Dworkin pressupõe uma certa margem de liberdade interpretativa na realização de uma moralidade ínsita ao texto constitucional, tendo em vista o reconhecimento de direitos implícitos.

Nesse quadro teórico, a contraposição entre originalistas e não-originalistas é superada em favor de uma perspectiva que concebe o direito em uma dimensão de integridade. Em síntese, o direito como integridade nega uma concepção do fenômeno jurídico como reflexo de práticas convencionais que são voltadas para o passado, ou filosofias pragmatistas voltadas para o futuro. Seria necessário articular ambos os elementos, interpretando a moralidade institucional de uma comunidade como um grande romance em cadeia. O direito como integridade rejeita a problemática da existência ou não de discricionariedade judicial, superando a contraposição entre interpretativistas e não interpretativistas com base na própria leitura moral da Constituição. Há uma ampliação das possibilidades de atuação do poder judicial sem que tal perspectiva implique usurpação das funções legislativas. Em suma, a própria abertura do texto constitucional traz novos horizontes interpretativos com base em princípios eleitos pelo povo.

⁴⁶⁵ Segundo Gustavo Binembojm, o originalismo decorre de um contexto de reação à perspectiva construtiva da Suprema Corte. Os primeiros formuladores da jurisdição constitucional norte-americana ressaltavam que o intérprete da Constituição deve buscar a intenção original dos elaboradores da Constituição: “O originalismo foi uma corrente doutrinária renascida nesse período, precisamente com o projeto de justificar, no plano teórico, a plataforma política conservadora de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). A doutrina é fundada no argumento de que o intérprete da Constituição deve cingir-se, no desempenho de seu mister, à busca da intenção original (*the original intent*) dos “fundadores” da nação, dos elaboradores da Carta. Qualquer tentativa de atualização evolutiva das disposições constitucionais vetustas, segundo a nova realidade social, é tida pelos originalistas como ilegítima, pois importaria em uma ação do Judiciário não autorizada pela Lei Maior na sua vontade seminal; seria como um ato *ultra vires mandati*.” BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira-Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 95.

Nesse ponto, pondera o jurista pela inexistência de incompatibilidade entre democracia e direitos fundamentais, razão por que busca conciliar ambos os aspectos através de uma concepção substancialista de democracia constitucional. Na sua percepção, a comunidade política é formada por indivíduos moralmente autônomos que terminam por constituir um corpo político distinto da maioria de seus membros. Todavia, o filósofo americano exige alguns pressupostos para a atribuição da condição de membro de uma comunidade política ao indivíduo: os integrantes dos corpos políticos deliberativos devem ser eleitos pelo povo; as decisões políticas devem ser influenciadas pelos cidadãos; deve-se resguardar uma autonomia moral do indivíduo diante dessas decisões. Propõe o jurista que, a despeito de uma multiplicidade de concepções de vida digna, os cidadãos compartilham uma concepção de justiça decorrente do fato de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Sua perspectiva está atenta à preservação da inviolabilidade da esfera de autonomia moral de cada indivíduo, de forma que nenhuma decisão política dos órgãos deliberativos poderá afetar esta esfera individual moralmente independente. O controle de constitucionalidade assume especial relevância, pois se torna um instrumento poderoso de preservação de direitos fundamentais em face de maiorias parlamentares.

Tal compreensão expressa uma perspectiva eminentemente liberal, visando a proteger uma esfera de liberdades individuais, cujo âmbito de atuação não pode ser restringido pelo processo político majoritário. Nessa perspectiva, adota uma abordagem tipicamente liberal que concebe indivíduos atomizados. Como explicitamos na primeira parte desse trabalho, tanto Taylor como Honneth contrapõem-se a perspectivas atomistas típicas do modelo contratualista liberal. Nessa linha de raciocínio, Taylor associa a primeira forma de mal-estar ao surgimento do individualismo, a partir do qual passamos a determinar nossos projetos pessoais de vida, nossas escolhas fundamentais e formas singulares de autorrealização de maneira autorreferente. Com efeito, a concepção de liberdade moderna estaria relacionada à concepção de *self* desprendido, no sentido de que devemos nos desvincular de nossos horizontes morais e de uma perspectiva mais ampla para nos centrarmos plenamente em nossa vida individual.

Honneth, assim como Taylor, contrapõe-se à perspectiva do indivíduo atomizado e desenvolve uma segunda alternativa teórica ao modelo liberal, articulando comunidade democrática com uma forma reflexiva de cooperação

comunitária baseada na divisão cooperativa do trabalho e liberdade. Diante do exposto, compartilhamos as preocupações dos autores, no que se refere à crítica a perspectivas liberais que enfatizam indivíduos atomizados, mas entendemos que o Judiciário pode assumir um papel fundamental na proteção de uma esfera de autonomia, sempre que a deliberação não for sensível a pretensões normativas de minorias e quando maiorias parlamentares imponham concepções abrangentes de bem que frustram o debate público. Como pretendemos demonstrar no último capítulo, somente uma concepção de patriotismo constitucional que articule a dimensão procedimental e substantiva da Constituição pode potencializar o desenvolvimento da autonomia individual, revelando novos horizontes de adesão emotiva do cidadão ao ideário constitucional.

No momento, importa apenas salientar que Dworkin parte do pressuposto segundo o qual as decisões políticas majoritárias nem sempre alcançam plenamente todas as concepções éticas individuais, razão por que há de se resguardar um complexo de direitos fundamentais frente ao poder de decisão das maiorias, com fundamento no princípio da autonomia moral. É nessa perspectiva que Dworkin formula a concepção de comunidade de princípios, segundo a qual os indivíduos que formam um corpo social aceitam que suas vidas estejam ligadas por princípios comuns - criados através de um pacto político - que não podem ser restringidos pelas maiorias parlamentares.⁴⁶⁶

É fundamental considerar que o autor americano introduz uma concepção de democracia constitucional cujo pressuposto é a tutela judicial dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que estes devem ser tratados com igual consideração e respeito. Enquanto a democracia majoritária visa a tornar efetiva a vontade política da maioria, a sua concepção de democracia constitucional não se fundamenta na primazia das decisões políticas majoritárias, porquanto exige do governo o respeito a determinados princípios e direitos fundamentais cuja tutela será melhor conduzida através do controle judicial.⁴⁶⁷ Nesse contexto, Dworkin critica severamente a concepção procedimentalista de John Hart Ely,

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17.

contrapondo-se às duas correntes de pensamento que consideram o *judicial review* como antidemocrático: a teoria da intenção original e a teoria procedimental. Na sua concepção, tais teorias, ao evitarem uma interpretação valorativa, terminariam por se basear em julgamentos judiciais substantivos.⁴⁶⁸

Sob esse prisma, a abordagem substantivista de Dworkin foi alvo incessante de críticas, porquanto é acusada de fundamentar-se em uma perspectiva antidemocrática que concede aos juízes uma licença para impor suas convicções morais aos cidadãos. O constitucionalista contra-argumenta no sentido de que a legitimidade interpretativa dos juízes não é elitista e antidemocrática, na medida em que a leitura moral da Constituição é indispensável à democracia. Defende um modelo de democracia constitucional relacionada a uma concepção que limita a esfera de atuação do governo em face das condições de associação moral, legitimando a leitura moral da Constituição a partir do ideal democrático. Nessa concepção filosófica, os direitos individuais são tutelados por normas de textura aberta, dependendo de uma perspectiva reconstrutiva fundamentada na moralidade política de uma comunidade. Para o jurista norte-americano, portanto, a leitura

⁴⁶⁸ Cf.: ELY, Jonh Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, *apud* DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80-100.

Dworkin pretende demonstrar que a decisão judicial não é um ato volitivo do juiz, porquanto toma por base critérios normativos preexistentes, não esgotados nas regras jurídicas. Para Hart, a discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, sendo consequência do caráter incompleto do sistema jurídico. Se a textura aberta das normas não permite a mera subsunção, o juiz deve lançar mão de suas concepções subjetivas. Contrapondo-se a Hart, Dworkin defende que os princípios podem oferecer critérios normativos seguros para resolver os casos difíceis, quando não haja uma regra que regule diretamente o caso. O autor destaca que, se o juiz atuar de forma discricionária, por ato de sua própria vontade, questões relativas à segurança jurídica e separação de poderes restariam comprometidas. É justamente a coerência com a moralidade institucional que permite a superação da subjetividade do juiz. O núcleo mais importante da crítica ao modelo da função judicial positivista está centrado no tema dos casos difíceis. Dworkin sustenta que, quando existem contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade, porque está determinado pelos princípios. A recusa da discricionariedade do juiz possui também motivos políticos, pois uma vez admitida, os direitos individuais estariam à mercê dos juízes, o que significa não se levar a sério os direitos. Justamente para identificar os princípios, Dworkin lança mão de uma construção contrafática que invoca um juiz Hércules, dotado de habilidades ideais para conhecer todos os princípios, possuindo uma visão completa do conjunto do direito vigente. Neste sentido, assinala Cláudio Pereira de Souza Neto ser a figura de um juiz ideal que permite a Dworkin sustentar a tese de que, mesmo nos casos difíceis, existe apenas uma resposta correta. “A função do magistrado é reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Por isso, o modelo do autor se situa entre a concepção volitiva e a concepção cognitiva do ato jurisdicional (ou, em outros termos, entre estática e dinâmica jurídica... (...))Cabe ao magistrado se orientar no ordenamento jurídico vigente com base nos princípios contemporâneos da moralidade política.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 238-248.

moral da Constituição, como método de interpretação, não implica discricionariedade judicial, pois o texto constitucional é permeado por uma moralidade política que deve ser alcançada através de uma perspectiva reconstrutiva, com fundamento no princípio da integridade.

Outrossim, Dworkin concilia o princípio da democracia com o *judicial review*, demonstrando que os valores políticos e morais consagrados pelo povo no ideário constitucional apenas podem ser alcançados através de uma leitura moral da Constituição. Do mesmo modo, não há porque defender uma soberania absoluta do poder legislativo, pois o princípio da igual consideração e respeito torna-se mais efetivo em uma democracia constitucional fundamentada no controle judicial dos direitos fundamentais. Postula, nesta perspectiva, um modelo de democracia constitucional desvinculada do princípio majoritário, porquanto somente a tutela judicial de tais direitos é capaz de consagrar a plenitude do potencial democrático. Nesse sentido, não há uma conexão necessária entre democracia e princípio majoritário, porque a garantia dos direitos através do judiciário reforça o conteúdo democrático do sistema constitucional.

Entretanto, a perspectiva substancialista de Ronald Dworkin tem sido alvo de críticas por Mark Tushnet, Larry Kramer, Jeremy Waldron, integrantes de um movimento contemporâneo denominado “constitucionalismo popular”, que vem se tornando uma teoria extremamente influente nos meios acadêmicos norte-americanos em razão de seu conteúdo progressista, enfatizando a vontade popular na delimitação do sentido da Constituição, em contraposição à supremacia judicial. Jeremy Waldron, professor da *Victoria University*, na Nova Zelândia, opõe-se à leitura moral da Constituição proposta por Dworkin que, na sua percepção, restringe-se a uma perspectiva de resultados e não de meios. Partindo do pressuposto da existência de um desacordo razoável entre autocompreensões filosóficas inerentes a uma sociedade pluralista, Waldron assume uma perspectiva eminentemente procedimental. Ou seja, em face de um desacordo razoável sobre questões morais, a Corte não possuiria autoridade procedimental para impor compreensões substantivas da Constituição, ainda que estas sejam corretas.

Desse modo, alguns defensores do constitucionalismo popular assinalam a tese de que o *judicial review* seria desnecessário, argumentando que o processo deliberativo pode ser responsável por delimitar o sentido da constituição e, nesse particular, o *judicial review* substituiria decisões majoritárias por decisões

expressas por juízes não eleitos. Um outro integrante desse movimento acadêmico, Larry Kramer, também questiona o monopólio judicial da interpretação constitucional como algo inexorável, bem como a tendência de se identificar a história constitucional com a história da Suprema Corte ou de minimizar momentos de constitucionalismo popular como algo raro, excepcional. Em contraposição a Waldron, sua teoria é compatível com o *judicial review*, opondo-se ao argumento segundo o qual este é necessariamente antidemocrático e propondo uma defesa do *judicial review* como um processo no qual a vontade popular é constantemente interpretada.

Nesse sentido, apresenta inúmeros exemplos históricos nos quais a Corte interpretou a Constituição de maneira profundamente antidemocrática, enquanto atores judiciais desenvolveram interpretações alternativas sobre o texto constitucional. O autor analisa o caso *Dred Scott v. Stanford*⁴⁶⁹, considerado como uma das piores decisões da história da Suprema Corte, de acordo com a qual os escravos e seus descendentes não eram pessoas legais e nem mesmo cidadãos, avaliando que o Congresso americano não tinha autoridade para proibir a escravidão nos territórios. De um lado, o constitucionalista americano discute como Lincoln e os abolicionistas condenaram a decisão *Dred Scott*⁴⁷⁰, porque o sentido da Constituição era incompatível com a escravidão. De outro lado, menciona um movimento progressivo de intérpretes da Constituição que pretendiam assegurar a proteção econômica dos trabalhadores, em contraposição à jurisprudência da *Era Lochner*.

Nesse quadro teórico, Kramer elucida que a oposição à supremacia judicial não diz respeito apenas à justiça ou injustiça da decisão, mas se o cidadão é incluído em um processo discursivo amplo. Nas palavras do autor, “julgamentos sobre a legitimidade decorrem, não apenas se nós concordamos ou discordamos dos resultados da Corte, mas também se nós nos sentimos habilitados a discordar, e mais importante ainda, se agimos em função desse desacordo.”⁴⁷¹ Nessa

⁴⁶⁹ *Dred Scott v. Stanford*. 60 U.S. 393.

⁴⁷⁰ *Dred Scott v. Stanford*. 60 U.S. 393.

⁴⁷¹ KRAMER, Larry. *The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 231.

percepção, Kramer, ao nosso ver, não adota uma perspectiva normativa sobre como resolver o desacordo moral, mas uma alegação epistêmica, porquanto ainda que uma resposta correta exista, ela não possui importância prática. Em suma, Kramer sustenta haver nas gerações passadas um sentido intuitivo que defendia a justiça e a naturalidade do constitucionalismo popular, enquanto hoje tal compreensão evoluiu em favor da tese da supremacia judicial. Ressalta o constitucionalista que tal supremacia ideológica objetiva estabelecer uma postura de submissão dos cidadãos comuns às decisões da Suprema Corte.

O autor examina, portanto, alguns dos argumentos formulados pelos defensores da supremacia judicial e procura desconstruí-los. Para uns, a ausência de controle judicial tornaria o direito constitucional caótico, razão por que alguns acadêmicos defenderiam que os juízes deveriam dar a última palavra em relação a pré-compromissos estabelecidos contra maiorias parlamentares, de forma que as Cortes seriam mais capazes de interpretar o sentido da constituição que corpos democraticamente eleitos. Leciona: “incerteza e instabilidade existem mesmo em um regime de total supremacia judicial, enquanto que nós encontraremos num grau considerável de objetividade e resolução mesmo sem esta. A escolha não é entre ordem e caos ou entre estabilidade e anarquia, mas entre diferentes tipos de estabilidade e diferentes mecanismos para alcançá-los.”⁴⁷² Na sua percepção, clareza e objetividade são relevantes, mas não são os únicos valores de uma sistema democrático.

Com efeito, o defensor do constitucionalismo popular também procura refutar o argumento que legitima a supremacia judicial, discordando da concepção que considera a Corte como o fórum mais seguro para resguardar compromissos fundamentais. A ideia de que juízes raciocinam melhor sobre tais compromissos em razão da sua independência institucional, não enfrenta o principal argumento objetado por Waldron: o profundo desacordo moral sobre o conteúdo desses direitos. Em síntese, Kramer opõe-se veementemente à ideologia subjacente à supremacia judicial: a ideia de que o povo é emocional e ignorante, em contraposição a uma elite de juízes extremamente esclarecida. Trata-se, na sua

⁴⁷² KRAMER, Larry. *The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., 234.

percepção, de uma perspectiva paternalista e autoritária divorciada dos verdadeiros anseios das pessoas comuns.

Nesse contexto, a ideologia subjacente à tese da supremacia judicial marcante no direito constitucional seria a de que “política popular é por natureza perigosa e arbitrária; de que a tirania da maioria é um tratamento persuasivo, de que a ordem constitucional é portanto precária e altamente vulnerável...”⁴⁷³ Desse modo, a política comum, para o autor, constitui algo perigoso que deveria ser controlado por uma elite não eleita de juízes. Entretanto, em contraposição a Waldron, Kramer salienta que o constitucionalismo não limita a democracia, porque a participação popular no processo de interpretação constitucional é essencialmente democrática. O seu objetivo central não é renunciar o *judicial review*, mas compatibilizá-lo com o conteúdo democrático do constitucionalismo.

Mister se faz sublinhar que o movimento denominado “constitucionalismo popular” vem suscitando algumas críticas no cenário acadêmico contemporâneo. Analisando criticamente tal movimento, Corey Brettschneider, professor da *Brown University* em *Rhode Island*, assevera não existir para Waldron qualquer argumento que legitime a autoridade da Corte para impor a proteção dos direitos: “De forma relevante, para Waldron, se é a maioria que tem legitimidade procedimental, em razão do desacordo, qualquer outra maneira de decidir importaria na sociedade organizada uma política que violaria sua capacidade de decidir.”⁴⁷⁴ E conclui: “O elemento central, para Waldron, consiste no fato de que sua capacidade possui mais força normativa na tomada de decisão, mesmo em face de uma solução injusta.”⁴⁷⁵ Nesse aspecto, assume claramente um ponto de vista que prioriza o princípio majoritário, rejeitando qualquer teoria que legitime o *judicial review*, independentemente da justiça da decisão, pretendendo estabelecer mecanismos democráticos para resolução do desacordo razoável a partir de uma perspectiva de meios e não de resultados. Waldron assim fundamenta o seu posicionamento:

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 243.

⁴⁷⁴ BRETTSCHNEIDER, Corey. “Popular Constitutionalism and the Case for Judicial Review”. In: *Political Theory*, vol. 34, n. 4. Sage Publications, 2006, p. 518

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 518.

(...)A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das suas diferenças de opiniões quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ela não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão que impressiona alguns de nós como correta, parece tão evidentemente correta por si, que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário. (...) ⁴⁷⁶

Diante do exposto, depreende-se que somente o procedimento democrático de decisão coletiva seria compatível com as diferentes concepções de justiça inerentes a uma sociedade pluralista, razão pela qual não seria legítimo transferir para o Judiciário a tarefa de decidir o desacordo moral que impera na sociedade. Assim, o procedimento democrático seria o método mais eficaz para garantir concepções de autonomia humana e dignidade moral. Nessa percepção, somente o procedimento democrático pode realizar o princípio moral da dignidade humana, contrapondo-se à perspectiva liberal de Dworkin que atribui ao judiciário a tarefa de resguardar uma esfera de inviolabilidade moral dos indivíduos frente a decisões majoritárias.

Sob essa ótica, compreendo que Waldron, ao estabelecer a prioridade da perspectiva dos meios, parece ignorar o fato de que, muitas vezes, o procedimento deliberativo produz resultados antidemocráticos e profundamente injustos. Não propugnamos adotar uma perspectiva liberal que concebe os indivíduos como seres atomizados, tal como na perspectiva de Dworkin, mas compreendemos que, muitas vezes, grupos majoritários podem usar sua vantagem numérica para violar sistematicamente direitos de minorias estigmatizadas cuja participação no processo político majoritário pode ser pouco expressiva. Disso se infere, ao nosso ver, que Waldron não fornece elementos teóricos suficientes para superar a abordagem de resultados, limitando-se a conceber o procedimentalismo como um valor absoluto e levando-o às últimas consequências.

Um dos maiores críticos do movimento denominado “constitucionalismo popular”, Erwin Chemirinsky, Professor de Direito da *Duke Law School*, esclarece que tal movimento nem sempre traz respostas a determinadas situações

⁴⁷⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

nas quais surgem minorias isoladas com participação pouco expressiva no processo político majoritário. Portanto, o problema central do constitucionalismo popular decorre da sua falha “ em reconhecer que a proteção das minorias e seus direitos não pode depender da maioria. ”⁴⁷⁷ Nesse sentido, entendemos que se a atuação judicial é reduzida, não há limites para a atuação das maiorias parlamentares, surgindo a possibilidade de que estas imponham concepções abrangentes de bem que comprometam o potencial inclusivo do processo democrático, oprimindo minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são restringidas. Corey Brettschneider, por sua vez, analisando criticamente a concepção de constitucionalismo popular, leciona que Kramer baseia-se em “um relativismo epistêmico que mina a força normativa de seus exemplos históricos”. A seguinte passagem é conclusiva:

(...)Kramer não nos fornece histórias de revoltas fascistas populares contra as Cortes em contraste com o devido processo. Diferentemente, seus exemplos históricos são de movimentos populares democráticos contra as Cortes, em defesa de interpretações que abraçam a democracia. Mas tal compreensão da importância desses exemplos somente faz sentido quando nós rejeitamos o relativismo que Kramer parece abraçar. (...) ⁴⁷⁸

Prosseguindo em nossa análise acerca do papel da jurisdição constitucional, um outro autor fundamental no cenário constitucional americano, Cass Sunstein, ex-Professor da *University of Chiacago Law School* e recentemente professor da *Harvard Law School*, defende a limitação da atuação jurisdicional das Cortes. O autor delineia a tese de um “minimalismo judicial,” de acordo com o qual as Cortes não deveriam decidir questões desnecessárias na resolução de um caso, de forma a respeitar seus próprios precedentes e exercer as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio. O constitucionalista distingue formas de decisão judicial em duas dimensões. De início, uma concepção profunda deriva de alguma concepção teórica geral para defender seu resultado. Em contraste, opiniões superficiais não procuram defender seus resultados ao invocar teorias gerais.

⁴⁷⁷ CHEMERINSKY, Erwin. “In Defense of Judicial Review”. In: *University of Illinois Law Review*, n. 3, vol. 2004. Illinois: University of Illinois College of Law, 2004, p. 683

⁴⁷⁸ BRETTSCHEIDER, Corey . “Popular Constitutionalism and the Case for Judicial Review”. In: *Political Theory*, vol. 34, n. 4. Sage Publications, 2006, p. 518.

Nessa concepção, o defensor do minimalismo judicial diferencia entre opiniões amplas e estreitas. As opiniões amplas contemplam uma vasta gama de situações além do caso decidido, enquanto que as estreitas apenas resolvem um caso particular, mas sem implicações em outros fatos diversos.⁴⁷⁹ Nessa linha de raciocínio, para o Professor da *Harvard Law School*, certas formas de minimalismo “podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.”⁴⁸⁰ Quando a Corte invalidou lei do Estado do Colorado, adotou uma perspectiva minimalista, proibindo medidas que vedavam a discriminação com base em orientação sexual, mas deixando em aberto outras questões envolvendo homossexualidade. Nessa perspectiva, para Cass Sunstein, haveria uma relação intrínseca entre minimalismo judicial e a promoção da democracia. O Professor da *Harvard Law School* comenta que:

(...)Se, por exemplo, a Corte disse que qualquer regulamentação da Internet deve ser clara, ao invés de vaga, e que a proibição a expressão “indecente” é, portanto, inconstitucional por ser vaga, a Corte, em certo sentido, promoverá o processo democrático ao exigir que o Congresso legisle com especificidade. Ou, se a Corte determinou que qualquer discriminação contra homossexuais deve ser justificada de alguma forma, ela promoverá a deliberação política, ao assegurar que o Direito não é simplesmente produto de ódio irracional ou desrespeito. (...) ⁴⁸¹

Em vista disso, o constitucionalista desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais como forma de promover a deliberação democrática, sobretudo em questões de

⁴⁷⁹ Desse modo, Cass Sunstein, em passagem elucidativa menciona: “(...)Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo... (...)” SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 5.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

alta complexidade, em razão das quais a nação se sente profundamente dividida. Uma das principais características do minimalismo constitui o fato de que os juízes devem decidir os casos de forma estreita e não criar regras amplas. Nesse particular, o autor exemplifica que na decisão da Corte em *Romer v. Evans*⁴⁸², invalidando lei discriminatória contra homossexuais, a Corte pronunciou-se de forma estreita e não abordou com amplitude possíveis casos que envolviam discriminação contra homossexuais, tais como relativos à exclusão militar ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse ponto, na sua percepção, em vários casos envolvendo orientação sexual, ação afirmativa e educação sexual, a Corte pronunciou-se de forma restrita e deixou que questões fundamentais fossem decididas pelas instâncias deliberativas. O autor ressalva ainda a possibilidade de o ativismo judicial propiciar o fenômeno denominado “refluxo”, ao potencializar a articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Nas palavras do autor, “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria, assim como o objetivo que ela procura promover.”⁴⁸³

Desse modo, analisando a intervenção judicial no caso *Quill v. Vacco*⁴⁸⁴, Sunstein explicita que a Suprema Corte não agiu corretamente em invalidar leis proibindo o suicídio assistido, porquanto deveria ter deixado em aberto a questão sobre se seria lícito garantir tal direito às pessoas que enfrentam dores físicas em situação de morte iminente. O autor, entretanto, considera que a perspectiva minimalista, embora seja adequada, não é apropriada para todas as situações fáticas, defendendo o aspecto abrangente da decisão da Corte no julgamento de *Brown*⁴⁸⁵, que considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas. Sublinha que tal perspectiva maximalista não se configurou como um ato isolado, sendo decorrente de toda uma construção jurisprudencial por meio da qual o

⁴⁸² *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

⁴⁸³ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, op. cit., p. 59

⁴⁸⁴ *Quill v. Vacco*. 521 U.S. 793 (1997).

⁴⁸⁵ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

princípio da segregação foi objeto de reprovação por uma série de decisões, legitimando a atuação da Suprema Corte no sentido de pronunciar-se de forma mais amadurecida.

Nesse cenário, o professor da *Harvard Law School* também critica a postura maximalista da Corte em *Roe v. Wade*⁴⁸⁶, sobre o direito das mulheres em realizarem o aborto sob a ótica do direito à privacidade, porquanto a Corte elaborou um complexo de regras contidas no sistema trimestral. É necessário postular que, antes de a Suprema Corte decidir *Roe*⁴⁸⁷, praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. A partir de *Roe*, todas as leis que limitavam a prática do aborto, foram consideradas inconstitucionais e o serviço do aborto tornou-se acessível para as mulheres em todo o país. De início, é premente elucidar que *Roe*⁴⁸⁸ foi um caso paradigmático na história do constitucionalismo norteamericano, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a maioria das leis que criminalizavam o aborto nos Estados Unidos, tendo em vista o direito à privacidade.

Com efeito, o pressuposto fundamental no raciocínio jurídico que foi utilizado pela Corte para legitimar o aborto, baseou-se na viabilidade de vida do feto fora do útero materno. A Corte considerou que a viabilidade de vida extrauterina se configurava como sendo “potencialmente hábil para viver fora do útero materno, embora com vida artificial. Viabilidade é geralmente situada acerca de sete meses (28 semanas), mas pode ocorrer mais cedo, mesmo em 24 semanas.”⁴⁸⁹ Nesse tópico, a Suprema Corte estabeleceu o sistema trimestral, que procurou articular o interesse estatal na vida do feto e o direito à privacidade da gestante.

Nesse cenário, no primeiro trimestre, o Estado não tinha legitimidade para vedar a prática do aborto, tendo em vista a inviabilidade de vida do feto. A partir do segundo trimestre, o governo não poderia proibir o aborto, mas poderia regulamentar a sua prática, visando à proteção da saúde da gestante. Por fim, a partir do terceiro trimestre, quando o feto é viável, o Estado poderia escolher entre

⁴⁸⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸⁷ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸⁹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

proibir a prática do aborto, mas deveria permitir excepcionalmente, visando a resguardar a saúde ou a vida da gestante. A questão fundamental era saber se o feto seria definido como uma pessoa legal a ser contemplada pela XIV Emenda e se, portanto, possuía direito à vida. A maioria da Corte considerou que a proteção jurídica da Constituição não alcançava o feto. Como salienta Dworkin, o Tribunal compreendeu que, como o feto não seria uma pessoa constitucional, a autoridade estatal não teria legitimidade para intervir no direito fundamental à privacidade das mulheres de controlar a sua autonomia reprodutiva. Nas palavras de Dworkin, “a melhor interpretação de nosso direito e da nossa prática constitucional sustenta que um feto não é uma pessoa constitucional.”⁴⁹⁰

Inobstante, para a Corte, a problemática relativa à existência ou não de proteção constitucional ao feto não se confundia com a questão atinente ao início da vida: “Nós não necessitamos resolver a questão difícil sobre o início da vida. Quando aqueles instruídos nas disciplinas respectivas da medicina, filosofia e teologias não são hábeis a alcançar qualquer consenso, o judiciário, nesse nível de desenvolvimento do conhecimento humano, não está em posição de especular como chegar à resposta.”⁴⁹¹ De um lado, para a Suprema Corte, a questão fundamental não era definir o início da vida, nem solucionar um conflito constitucional entre a privacidade da gestante e a vida do feto, mas estabelecer parâmetros para a regulamentação do aborto pelos Estados. De outro lado, o aspecto fundamental da questão envolvida em *Roe* não se restringe à dimensão constitucional, assumindo um papel político fundamental relativo à própria condição social das mulheres. A decisão foi tomada pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis.

Destarte, parecia que a Suprema Corte, além de usurpar a competência do legislativo, havia questionado os valores sociais de um país profundamente conservador e religioso. Indubitavelmente, a Suprema Corte foi capaz de transcender e superar autocompreensões filosóficas sectárias de um país conservador, reconstruindo os valores e tradições sociais vinculados a uma moralidade majoritária, na medida em que esta violava o direito à privacidade da

⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 50.

⁴⁹¹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

gestante. Entendemos que a legitimidade da decisão da Suprema Corte se assentou justamente na possibilidade de o Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, tutelar princípios fundamentais que foram eleitos pelo povo no exercício do poder constituinte originário. *Roe*⁴⁹², de forma marcante, representou um marco histórico no constitucionalismo norteamericano, demonstrando a potencialidade do Judiciário em enfrentar o mérito de questões constitucionais controvertidas, desvinculando-se de uma moralidade majoritária, permeada por preconceitos e assimetrias, a partir de uma reconstrução das práticas sociais vigentes.

De fato, a questão do aborto é uma das mais polêmicas do constitucionalismo norteamericano. Em janeiro de 2009, o Presidente Barack Obama assinou uma ordem executiva que anula a vedação ao uso de recursos para financiar grupos que ajudem a prática de aborto. Obama legitimou sua ordem, recorrendo ao princípio fundamental que orientou a decisão da Corte em *Roe v. Wade*⁴⁹³. Como salientou o Presidente Obama, “a decisão judicial da Suprema Corte em 1973 não só protegia a liberdade e a saúde reprodutiva das mulheres como também representava um princípio mais amplo: o de que o governo não deve meter-se nos nossos assuntos familiares mais íntimos.”⁴⁹⁴ O Presidente concluiu: “E minha intenção é prevenir a gravidez indesejada e ampliar o acesso à educação reprodutiva, a anticoncepcionais e a serviços médicos preventivos.”⁴⁹⁵ A ordem executiva, ao ser assinada pelo presidente, resgatou a lembrança dos 36 anos de *Roe v. Wade*⁴⁹⁶, decisão paradigmática em relação aos direitos reprodutivos das mulheres.

Nesse quadro de emancipação, *Roe*⁴⁹⁷ transformou-se no pilar do movimento feminista, projetando-se desde a década de sessenta como uma força política capaz de expressar as transformações morais decorrentes da crise do

⁴⁹² *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁹³ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁹⁴ WONG, Alex. “Obama dará verbas para aborto”. *Jornal O Globo*, 24 de Janeiro de 2009, p. 28.

⁴⁹⁵ WONG, Alex. “Obama dará verbas para aborto”. *Jornal O Globo*, 24 de Janeiro de 2009, p. 28.

⁴⁹⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁹⁷ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

capitalismo. Inobstante, de acordo com Sunstein, ainda que o resultado de *Roe*⁴⁹⁸ fosse correto sob o ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva, talvez o processo democrático teria tratado melhor da questão relativa ao aborto, se a Corte tivesse atuado de forma mais cautelosa. Trata-se, ao nosso ver, de uma mera suposição do autor, porquanto inexiste garantias de que o processo democrático tratasse de forma mais adequada a questão relativa ao aborto.

Antes de tudo, é mister sublinhar que a decisão *Roe v. Wade*⁴⁹⁹ provocou intensa oposição nos meios acadêmicos, sendo interpretada como uma expansão do ativismo judicial. Nesse aspecto, um outro autor fundamental no cenário do constitucionalismo norte-americano, Robert Post, em um artigo desenvolvido com a teórica feminista Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, sustentam ter ocorrido uma intensa mobilização política contra a decisão em *Roe*⁵⁰⁰, expressando que a oposição à liberalização do aborto, contrapunha-se a “quaisquer esforços no sentido de assegurar a igualdade das mulheres e a separação da igreja e do Estado. A repercussão do *Roe*⁵⁰¹ opôs os ideais do individualismo e do secularismo sobre os quais se baseia a fundação da nossa ordem constitucional.”⁵⁰² Por este motivo, para alguns acadêmicos, a Corte deveria decidir questões controvertidas de forma restrita, evitando o fenômeno político do “refluxo”.

Em vista disso, os autores ressaltam, entretanto, ser intrínseco ao direito constitucional construído judicialmente, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, de forma que o denominado “refluxo” insere-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional. Nas palavras dos autores, “o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional.”⁵⁰³ Em suma, os

⁴⁹⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁹⁹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁰⁰ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁰¹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁰² POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 377

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 379.

eminentes constitucionalistas propõem um modelo “constitucionalismo democrático”, no sentido de garantir a interpretação da Constituição em um contexto marcado pelo pluralismo. É interessante demonstrar o posicionamento dos professores da *Yale Law School*:

(...)O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico legal para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. O Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *judicial review*. (...) ⁵⁰⁴

Em síntese, compreendemos que o constitucionalismo democrático 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. Sustentamos que o Judiciário deve se configurar como uma instância de moralidade crítica, capaz de filtrar criticamente o *ethos*, a partir de um distanciamento reflexivo em relação às tradições. Nesse quadro teórico, o judiciário, por sua natureza contramajoritária, é o espaço adequado para que minorias sejam protegidas. Como pretendemos demonstrar, a leitura moral da Constituição não implica necessariamente uma “confiança antropológica nas tradições”, como alega Habermas, em sua crítica procedimental ao modelo substancialista de Dworkin. Ao contrário do que pretende o herdeiro da Escola de Frankfurt, propugnamos que a leitura moral e substantiva da Constituição constitui um instrumento fundamental de proteção de direitos de minorias, capaz de resgatar uma forma sofisticada de moralidade crítica que procura transformar as práticas sociais vigentes.

Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controversas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 379.

reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70, as questões de gênero assumiram uma dimensão essencial no seio do debate político. Recentemente, tem se debatido sobre questões de aborto, direitos de *gays* e religião, de forma que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos.

Nesse empreendimento teórico, com base em Reva Siegel, percebemos que a atuação dinâmica dos movimentos sociais potencializa formas renovadas de compreensão constitucional, tendo em vista, nas palavras da autora, a própria “textura aberta da Constituição”. Reva Siegel demonstra que, até 1970, a Constituição não era interpretada de forma a vedar que a ação estatal discriminasse as mulheres. Mas, em 1970, o movimento feminista conseguiu que o Congresso submetesse a *Equal Rights Amendment* à ratificação dos Estados. Seus defensores alegavam que a ERA seria necessária, porque a cláusula da *Equal Protection* não representava uma proteção adequada contra a discriminação sexual. A ERA pretendia afirmar que os direitos estabelecidos pela constituição americana aplicavam-se igualmente a todos os cidadãos independentemente de sexo, fornecendo uma estrutura legal contra a discriminação sexual.

Nesse particular, a ideia fundamental era elucidar a categoria da “discriminação sexual”, criando parâmetros para a atuação das Cortes federais e estaduais. Em vista disso, o sexo passaria a ser considerado uma classificação suspeita, assim como raça, pois as ações estatais que estabelecessem diferenciações entre homens e mulheres estariam submetidas ao *strict scrutiny*, sendo necessária a comprovação de um interesse estatal legítimo que justificasse a diferenciação. O movimento feminista pretendia a ratificação da ERA, porque seria a primeira vez na história americana que a igualdade poderia ser alcançada, com o estabelecimento de direitos legais atribuídos às mulheres no mesmo patamar da proteção constitucional conferida aos homens.

É imperioso assinalar que, quando a XIV Emenda à Constituição foi ratificada, a previsão constitucional tratava apenas da discriminação racial. A Constituição Americana, quando se referia a eleitorado, utilizava a palavra “homem”, de forma a estabelecer um padrão nitidamente androcêntrico. Somente em 1920, o direito de voto foi estendido às mulheres através da XIX Emenda. Inobstante, em razão da reação conservadora, a ERA foi derrotada. Como

assevera a autora, no mesmo período, a Corte começou a interpretar a XIV Emenda de forma sensível aos proponentes da ERA.

Diante do exposto, mister se faz ressaltar que, inobstante a ERA não tenha sido ratificada, a sua proposta no Congresso assumiu especial relevância na construção de uma cultura constitucional contra a discriminação sexual. 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.”⁵⁰⁵ Outrossim, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. 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.

Disso se infere, ao nosso ver, que, quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controvertidas. Assim, como destacam os professores da *Yale Law School*, o refluxo “deve ser compreendido como uma das muitas práticas de contestação normal por meio da qual o público procura influenciar o conteúdo do direito constitucional.”⁵⁰⁶ Nesse sentido, a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua

⁵⁰⁵ SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1324; Nesse contexto, cabe trazer as explicações teóricas que ilustram o pensamento de Reva Siegel a respeito do conceito de “cultura constitucional”: “Ao invés de focalizar os governantes como agentes-de-mudança, eu emprego o conceito de cultura constitucional para explorar como as mudanças, na compreensão constitucional, emergem da interação dos cidadãos e governantes. Dessa forma, a cultura constitucional elabora as alegações populares e profissionais sobre a Constituição e permite formas de comunicação e engajamento deliberativo entre cidadãos e governantes que dinamicamente sustentam a autoridade democrática da Constituição na história.” *Ibidem*, p. 1325.

⁵⁰⁶ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 383.

legitimidade democrática. Entendemos ser justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais” que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam.

Nesse aspecto, inobstante a existência de um desacordo moral razoável, a Constituição americana suscita efetiva adesão emotiva dos indivíduos, na medida em que estes delineiam e se apropriam de diferentes discursos constitucionais. Em *Stenberg v Carhart*⁵⁰⁷ por exemplo, a Corte invalidou lei de Nebraska que vedava o aborto parcialmente, porque o estatuto não continha uma exceção de saúde permitindo o procedimento para preservar a saúde da mãe. Os defensores antiaborto discordaram amplamente da decisão da Corte, mas “ainda assim respeitaram a autoridade institucional da Corte para pronunciar o direito.”⁵⁰⁸ Sob essa ótica, eles pressionaram o Congresso para editar legislação semelhante à lei de Nebraska e apoiaram essa legislação com a decisão congressional, ressaltando que o aborto parcial era necessário para preservar a saúde da mulher.

Nessa trajetória constitucional, de acordo com os autores, o constitucionalismo democrático considera o fenômeno do refluxo “não simplesmente da perspectiva das Cortes, mas do ponto de vista da ordem constitucional como um todo. Ele situa o refluxo dentro de uma rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição.”⁵⁰⁹ Muitas vezes, minorias estigmatizadas pressionam o governo a interpretar a Constituição de forma democraticamente sensível a suas pretensões. De fato, determinadas decisões judiciais sobre questões morais controvertidas relativas a minorias podem promover a oposição dos cidadãos, porquanto o desacordo moral é inerente ao regime constitucional. Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, todavia, as controvérsias jurídicas decorrentes da

⁵⁰⁷ *Stenberg v. Carhart*. 530 U. S. 914 (2000).

⁵⁰⁸ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 386.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 389.

ampliação da atuação jurisdicional podem ter consequências positivas para a ordem constitucional americana.

Nesse cenário, os autores apresentam uma interpretação peculiar sobre o caso *Roe v. Wade*⁵¹⁰. Analisando a questão do aborto, Robert Post e Reva Siegel criticam a perspectiva minimalista, ao considerar que *Roe*⁵¹¹, por focar uma questão moral controvertida, teria sido decidido de forma incorreta, mesmo que o direito ao aborto fosse legitimado constitucionalmente. Nas palavras dos autores, “embora tal concepção de minimalismo seja coerente com o desejo de Sunstein de evitar o conflito, esta não é credível. Ela significaria, por exemplo, que *Brown*⁵¹², o qual era certamente tão controvertido como *Roe*⁵¹³, foi decidido incorretamente.”⁵¹⁴ Nesse particular, compreendemos que *Brown*⁵¹⁵ também representava uma questão moral controvertida e, no entanto, a postura construtiva da Corte foi fundamental na transformação dos valores sociais.

Desse modo, para os eminentes professores da *Yale Law School*, a segunda interpretação minimalista implicaria considerar que o caso *Roe*⁵¹⁶ foi decidido incorretamente, porque “era incoerente com o respeito que a Corte deveria ter demonstrado em relação aos católicos e outros que, em 1973, vigorosamente apoiaram o direito à vida.”⁵¹⁷ Em vista disso, sustentamos que o Judiciário, a

⁵¹⁰ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵¹¹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵¹² *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁵¹³ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵¹⁴ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 425.

⁵¹⁵ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁵¹⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵¹⁷ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 425.

partir de uma leitura substantiva do texto constitucional, pode resguardar a esfera privada de grupos minoritários contra investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares. Tal perspectiva, portanto, é incompatível com uma postura minimalista de interpretação constitucional. Como salientam Robert Post e Reva Siegel, a concepção de “respeito” proposta pelo minimalismo tende a negligenciar a força dos “valores constitucionais relevantes”. Por outro lado, segundo os autores, Sunstein não explica o que o minimalismo entende por “respeito”. É oportuno ilustrar o pensamento dos eminentes constitucionalistas a respeito da decisão da Suprema Corte em *Roe* ⁵¹⁸:

(...)Um significado possível de “respeito” consiste no fato de que as Cortes deveriam permanecer neutras em relação a visões constitucionais antagônicas e concorrentes. Mas, nossa análise sobre a reação contra *Roe* ⁵¹⁹ sugere a possibilidade de ocorrerem circunstâncias nas quais tal posição de neutralidade não exista. Os progressistas consideram as questões de papéis familiares e de fé religiosa como decisões individuais que não deveriam ser impostas pelo Estado em uma comunidade pluralista. Os conservadores, lidando com o refluxo contra *Roe* ⁵²⁰, consideram a proteção do individualismo como desrespeitosa de suas visões de valores familiares tradicionais e fé tradicional. Uma Corte deve escolher esses ideais constitucionais concorrentes. Os progressistas não deveriam achar que o fato de a Corte ser neutra objetivava atenuar as controvérsias sobre religião e família, ao inverter o cerne das decisões proibindo instrução de bíblia nas escolas públicas ou protegendo princípios da igualdade de gênero. Uma interpretação alternativa de “respeito” é a de que as Cortes não deveriam decidir casos, de maneira que grupos antagônicos possam se opor. Mas essa interpretação de “respeito” significa que as Cortes deveriam articular somente aqueles direitos constitucionais que expressam valores não controvertidos. Por razões que temos discutido, essa interpretação de “respeito” não é plausível. Ela implica que a Corte não deveria ter decidido *Brown* ⁵²¹, porque a integração racial era incoerente com o respeito que a Corte deveria ter mostrado com o estilo de vida sulista.(...) ⁵²²

Nesse quadro teórico, os autores contrapõem-se à perspectiva minimalista, segundo a qual o Judiciário deveria se abster de julgar direitos constitucionais

⁵¹⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵¹⁹ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵²⁰ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵²¹ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

⁵²² POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 425-426.

controvertidos. O apelo do minimalismo à concepção de “respeito”, para os autores, seria “uma forma indireta de dizer que o valor constitucional relevante é insuficientemente importante para o mérito de proteção judicial”.⁵²³ Entendemos que a alegação segundo a qual o Judiciário deve se abster de julgar questões constitucionais controvertidas é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Desse modo, propugnamos que não há como manter uma neutralidade em questões relativas a minorias que são objeto de um desacordo moral razoável.

Em síntese, a questão fundamental, ao nosso ver, consiste em identificar as situações estratégicas nas quais as instâncias deliberativas não serão capazes de proteger a autonomia privada de grupos minoritários historicamente discriminados. Compreendemos, ainda, que a articulação de ideais constitucionais concorrentes, reflexo de valores diversos inerentes a uma sociedade pluralista, constitui uma função do Judiciário, que deverá administrar princípios jurídicos com base em pressupostos argumentativos inerentes a uma fundamentação jurídica controlável discursivamente. Inobstante, alguns poderiam indagar se tal perspectiva não suscitaria uma abordagem liberal que enfatiza a perspectiva de indivíduos atomizados. Diante do exposto, é fundamental que resgatemos os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento.

Nessa concepção ontológica, sustentamos na PARTE I, que Taylor se contrapõe à perspectiva do *self* descentrado, pois, ao afirmar a centralidade da vida individual, o *self* desvincula-se de uma compreensão mais abrangente capaz de resgatar nossas fontes morais sem as quais nossa existência perde sentido. Taylor assevera que “vivemos em um mundo no qual as pessoas têm direito de eleger por si mesmas sua própria regra de vida, a decidir em consciência quais convicções desejam adotar, a determinar a configuração de suas vidas com uma completa variedade de formas sobre as quais seus antepassados não tinham controle.”⁵²⁴ Diante do exposto, depreende-se que, para o filósofo canadense, a concepção de liberdade moderna, associada ao *self* desprendido, pressupõe que nos desvencilhemos dos nossos horizontes morais para afirmarmos a centralidade

⁵²³ *Ibidem*, p. 426.

⁵²⁴ TAYLOR, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1994, p. 38.

da autorrealização individual. Somente nos desvencilhando de tais horizontes, alcançamos uma liberdade plena.

Sob esse aspecto, a concepção atomista - decorrente da ideia de contrato social - parte de indivíduos atomizados que objetivam realizar seus projetos pessoais de vida. O atomismo pressupõe o indivíduo como entidade autorreferente, de forma que os arranjos sociais são estabelecidos para atender a seus objetivos particulares. Taylor, por sua vez, contrapõe-se a filosofias individualistas que são incapazes de contemplar objetivos coletivos fundamentais a uma sociedade. Assim, quando pretendemos nos contrapor à perspectiva minimalista, argumentando que o Judiciário deve enfrentar o mérito de questões constitucionais controvertidas, para proteger a autonomia privada de grupos minoritários, não estamos partindo de uma perspectiva que focaliza indivíduos atomizados. Estamos apenas afirmando que, quando o processo deliberativo é insensível a questões privadas de minorias, cabe ao Judiciário corrigir os desvios do procedimento em uma perspectiva substancialista.

Nessa configuração normativa, defendemos que uma abordagem minimalista é absolutamente incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais voltadas para a proteção de minorias. Como salientam Robert Post e Reva Siegel, o minimalismo “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear conflito social.”⁵²⁵ Em suma, na nossa percepção, o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais. Nessa percepção, os eminentes professores da *Yale Law School* pretendem contrapor-se ao argumento segundo o qual a reação política contra *Roe*⁵²⁶ poderia ter sido evitada se a liberalização do aborto tivesse ocorrido a partir das instâncias legislativas. É relevante trazer as palavras dos professores da *Yale Law School*:

(...) As concepções progressistas da revolta contra *Roe* combinam crítica profissional e popular justamente dessa forma. Embora seja enfatizado

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 427.

⁵²⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

comumente que a reação contra *Roe* foi uma resposta ao excesso judicial, um número de historiadores têm demonstrado que a mobilização política contra a liberalização do aborto começou bem antes de *Roe* e desafiou todos os esforços, tanto legislativo como judicial, para reformar leis criminais do aborto. (...) ⁵²⁷

Em síntese, os movimentos de oposição a *Roe* ⁵²⁸, que eram predominantemente católicos, surgiram antes dessa decisão e teriam se oposto à liberalização do aborto, seja na esfera judicial ou legislativa. Na palavra dos autores, “o refluxo antiaborto, que tem traumatizado liberais, reflete uma visão constitucional que preservaria os papéis da família tradicional e resistiria à secularização do Estado americano.” ⁵²⁹ Nesse ponto, os autores analisam o caso *Planned Parenthood v. Casey* ⁵³⁰, propugnando contrapor-se ao argumento segundo o qual o minimalismo judicial seria a única forma de evitar o fenômeno do “refluxo”. Para os eminentes constitucionalistas, esse caso é paradigmático na história constitucional americana, demonstrando que a autonomia judicial pode se compatibilizar com a legitimidade democrática.

Em *Casey* ⁵³¹, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de várias regulações do Estado da Pennsylvania com relação ao aborto, consagrando como legítimo o direito de liberdade de uma mulher que pretende realizar o aborto, sob o argumento de que tal interesse merece especial proteção constitucional. A Corte sustentou o direito constitucional ao aborto, reafirmando *Roe v. Wade* ⁵³². Entretanto, preservou a maioria das cláusulas de um estatuto da Pennsylvania que estabelecia várias restrições ao aborto. Considerou constitucional a regra do consentimento informado previsto no *Pennsylvania Abortion Control Act* - que

⁵²⁷ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 410.

⁵²⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵²⁹ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 423.

⁵³⁰ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

⁵³¹ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

⁵³² *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

exigia que os doutores fornecessem às mulheres informação sobre os riscos à saúde e complicações resultantes do aborto - assim como a provisão que impunha um período de espera de vinte e quatro horas antes da realização do aborto.

Admitiu também a exigência do consentimento paterno para aborto realizado por gestante menor, desde que a legislação previsse a possibilidade de suprimento judicial, nos casos em que a gestante demonstre maturidade para decidir sozinha ou quando o aborto atende a seus interesses. A Corte, todavia, considerou inconstitucional a exigência do consentimento do pai do nascituro, como pressuposto para exercício do aborto, estabelecendo que tal exigência implicaria conceder uma superioridade dos maridos em relação às suas esposas, podendo criar situações de abuso conjugal. Diante do exposto, depreende-se que a pluralidade de argumentos enfatizou ainda a necessidade de apoiar decisões anteriores mesmo que elas fossem impopulares, a menos que tenha havido uma mudança no raciocínio fundamental subjacente à decisão prévia, enfatizando também a necessidade de uniformidade na realização de decisões judiciais.

Com efeito, a decisão flexibilizou o sistema trimestral usado em *Roe*⁵³³, para admitir vedações ao aborto anteriores ao 3º trimestre, uma vez configurada a viabilidade fetal extrauterina, confrontando o interesse da mulher em obter o aborto em face do interesse estatal à vida do feto. Diante dos avanços da tecnologia médica decorrentes da época em que *Casey*⁵³⁴ foi decidida, considerou-se que um feto pode ser considerado viável à 22ª ou 23ª semana ao invés da 28ª semana, como tinha sido estabelecido em *Roe*. É premente ponderar que o elemento fundamental da decisão configurou a questão relativa à viabilidade de vida, como o fundamento capaz de legitimar o interesse estatal à vida do feto mais importante que o direito da mulher em realizar o aborto.

Nessa perspectiva, a Corte adotou uma solução intermediária, articulando com propriedade os ideais defendidos pelos proponentes das duas correntes sobre o tema, contrapondo-se a perspectivas minimalistas que pretendem abster-se de julgar questões fundamentais moralmente controvertidas. Nesse contexto, os

⁵³³ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁵³⁴ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992)

eminentes professores da *Yale Law School*, em passagem elucidativa, mencionam que:

(...)Se o minimalismo procura suprimir o desacordo pela abstenção, *Casey* aspira encaminhar o desacordo pelo reconhecimento. É precisamente sobre a base da articulação direta de ideais constitucionais concorrentes que *Casey* aposta na sua alegação, apelando “para lados concorrentes de uma controvérsia nacional para por fim à divergência, ao aceitar uma determinação comum enraizada na Constituição”. Ao conectar essa pretensão a um padrão amplo e harmônico de “opressão indevida”, *Casey* autoriza a Corte a responder a ambos os lados da disputa do aborto, ajustando o direito constitucional, de forma que cada lado encontra reconhecimento. (...) ⁵³⁵

Nessa linha de raciocínio, entendemos que a Suprema Corte alcançou, portanto, um equilíbrio razoável entre duas concepções filosóficas fundamentais envolvidas na questão do aborto, qual seja, o respeito à vida humana e à igualdade das mulheres efetivada através do princípio da autodeterminação reprodutiva. Outrossim, através da análise desse caso emblemático, percebemos que efetivamente - por meio da mediação no diálogo público - a arena constitucional pode funcionar como um cenário simbólico de lutas por reconhecimento, refletindo-se nos processos por meio dos quais os indivíduos tematizam publicamente suas aspirações normativas, de forma que os diferentes movimentos sociais e minorias insulares passam a delinear sentidos e interpretações constitucionais que serão administradas judicialmente com base em argumentos jurídicos racionais.

Nesse sentido, compreendemos que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado de fundamentos jurídicos sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos. Indubitavelmente, *Casey* ⁵³⁶ é um paradigma, demonstrando a independência do direito, ao revelar que o sistema constitucional tem potencialidade em articular ativismo judicial na proteção de minorias e legitimidade democrática. Nas palavras dos autores, a decisão demonstra “como uma decisão constitucional pode ser politicamente sensível, ao

⁵³⁵ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 429.

⁵³⁶ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

mesmo tempo em que afirma um compromisso da distinção entre direito e política.”⁵³⁷ E, por fim, afirmam enfaticamente: “ela demonstra como juízes podem usar padrões constitucionais flexíveis para administrar e mediar o conflito, guiando o diálogo público sobre práticas sociais fortemente controvertidas e captando a forma do sentido social de alegações concorrentes.”⁵³⁸ Assim, entendemos que a adoção de uma estratégia minimalista, como forma de evitar a resolução judicial de questões morais controvertidas, de maneira a impedir o fenômeno do refluxo, pode implicar uma concepção limitada e simplista acerca da atuação judicial, incapaz de contemplar, por exemplo, direitos de minorias.

Sob essa ótica, compreendemos, de um lado, que o minimalismo de Sunstein ignora o fato segundo o qual, muitas vezes, há um *deficit* de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, enseja uma expansão da atuação judicial, visando a proteger certos grupos estigmatizados. De outro lado, ser ou não maximalista não constitui algo válido em si mesmo, pois a presença de tal atributo depende da capacidade institucional e do perfil das pessoas que compõem as Cortes Constitucionais. Nesse cenário, uma teórica do reconhecimento, Iris Marion Young, professora de Ciência Política na Universidade de Chicago, ressalta ser a representação política de minorias raciais nas instâncias deliberativas uma questão já incorporada na agenda pública norte-americana, porquanto muitas vezes as normas de representação possuem um caráter excludente, sendo necessário incrementar a representação política de grupos subrepresentados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas.⁵³⁹

Em suma, em determinadas situações, ser maximalista também pode promover a democracia. Nesse particular, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas destes grupos, a

⁵³⁷ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 430.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 430.

⁵³⁹ YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a ausência de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso. No caso brasileiro, entendo que o STJ e o STF têm assumido um importante papel na promoção de valores constitucionais, superando a ausência de valor epistêmico das instâncias deliberativas, quando seja o caso. O subcapítulo seguinte investiga a atuação dos tribunais superiores brasileiros na proteção de minorias estigmatizadas, no seio de uma cultura constitucional que potencializa as interações entre atores sociais e Judiciário, à luz das ontologias do reconhecimento.

5.3

A atuação do STJ e STF na proteção de grupos estigmatizados

O presente subcapítulo investiga um dos temas mais interessantes do direito brasileiro: a atuação do STJ e STF na proteção de minorias, à luz dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento. Pretendemos realizar uma investigação empírica articulada com elementos de teoria política. De fato, a Constituição Federal de 1988 constitui um documento com conteúdo principiológico, suscitando um amplo campo de possibilidades interpretativas, de forma que a ampliação da atuação judicial - voltada para a proteção de transexuais, direitos de uniões homoafetivas e gestantes de fetos anencéfalos - também enfrenta a denominada “dificuldade contramajoritária”. Isso ocorre, porque inexistente um consenso substantivo de valores em sociedades pluralistas, tendo em vista o desacordo moral razoável que impera no mundo contemporâneo. Assim, para muitos, a dificuldade surge, porque o Judiciário não seria a instância mais legítima para resolver questões constitucionais controvertidas, anulando determinadas leis aprovadas pelos órgãos democraticamente eleitos. Mas, como pretendemos demonstrar, muitas vezes, há uma inércia do processo político em questões morais que envolvem grupos minoritários, ou um *déficit* de representação destes, legitimando uma expansão da atividade judicial.

Existem, portanto, questões relativas a minorias que são objeto de um desacordo moral razoável. Discute-se muito, por exemplo, a respeito das uniões homoafetivas no Brasil. O artigo 226 § 3º da CF não reconhece expressamente as uniões homoafetivas no Brasil, pois apenas considera as uniões estáveis entre homem e mulher. Tal lacuna legal suscita a necessidade de uma postura

construtiva de alguns tribunais, no sentido de assegurar direitos previdenciários e sucessórios. Com efeito, o STJ tem enfrentado a lacuna legal de forma juridicamente às pretensões destes grupos. No caso do RESP nº 395.904/RS, por exemplo, a problemática envolvida era relativa a benefícios previdenciários. Pretendemos analisar a posição específica do STJ em relação às uniões homoafetivas no subcapítulo 5.3.3.

Em relação ao STF, como propugnamos investigar no subcapítulo 5.3.2, inexistente uma posição quanto à possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, uma vez que nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade foi apreciada pelo pleno. Três Ministros, entretanto, manifestaram-se sobre o tema, destacando-se os posicionamentos dos Ministros Dr. Eros Grau (Recurso Extraordinário n. 406.837/SP), Dr. Celso de Mello (ADIN 3.300/DF), Dr. Gilmar Mendes (RESP eleitoral nº 245640).

Outra questão polêmica é o transexualismo. O transexualismo constitui uma desordem de identidade de gênero que se caracteriza por uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identidade psíquica. Mas, a questão fundamental constitui a possibilidade ou não de alteração do *status* sexual. Muitas vezes, após realizada a cirurgia, o pedido de modificação do prenome e do status sexual é indeferido, de forma que a condição física passa a se tornar incompatível com o sexo jurídico. O STJ teve a oportunidade de examinar a questão no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 001058, que será objeto de análise no subcapítulo 1.3.4.

É de se mencionar que surgiram várias tentativas de regulamentar legalmente a matéria. A primeira foi o projeto de lei nº 1.909-A, proposto por José Coimbra, aprovado nas duas casas legislativas, mas vetado pelo ex-presidente Figueiredo. Surgiram também outros projetos, os de nº 5.789/85 e nº 3.349/92, que foram arquivados. O mais recente foi o Projeto de Lei nº 70-B, aprovado com emendas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e na Comissão de Seguridade Social e Família. Mas, “foi retirado da ordem do dia pelo presidente da Câmara, Michel Temer, durante a visita do Papa.”⁵⁴⁰ Esse projeto

⁵⁴⁰ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo – O Direito a uma Identidade Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

pretendia alterar a redação do artigo 58 da Lei n.º 6.015/73 e também foi arquivado.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei da Câmara n.º 72/2007, pretendendo alterar o artigo 58 da Lei 6015/73, que dispõe sobre registros públicos, para permitir a alteração do prenome de pessoas transexuais. Se a lei n.º 6015/73 estatui que toda alteração de prenome seja efetivada apenas pela via judicial, o projeto estabelece um procedimento célere, determinando somente um laudo médico que comprove o status da pessoa transexual. Até o momento da elaboração da presente tese, o projeto encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, sendo que, até a sua aprovação, o Judiciário vem suprimindo a lacuna legal. Assim, quando os mecanismos deliberativos funcionam adequadamente, de forma a atender às demandas de grupos minoritários, a necessidade de intervenção judicial é reduzida; entretanto, quando maiorias políticas que possuem doutrinas abrangentes, violam sistematicamente os direitos desses grupos, frustrando o debate, cabe ao Judiciário corrigir os desvios do procedimento.

Sob esse prisma, um outro exemplo a ser examinado é a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. A anencefalia constitui má formação congênita na qual o feto se desenvolve sem a formação do cérebro, tornando inviável a vida extrauterina. A criança nasce com vida, vindo a falecer algumas horas ou dias depois. Como se sabe, os artigos 124 a 126 do Código Penal tipificam o aborto provocado pela gestante ou por terceiro. De acordo com o artigo 128, o aborto indispensável para salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário, não é punido, nem o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Inobstante, o artigo 128 não contempla como causa de exclusão da antijuridicidade a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, criando maior probabilidade de uma doença hipertensiva com graves riscos à saúde da mãe.

Nessa linha de raciocínio, os Projetos de Lei n.º 4.403/04, que acrescentava um inciso ao artigo 128 do Código Penal - de autoria da Deputada Jandira Feghali - e n.º 4360/04 tentavam regulamentar a matéria, mas foram arquivados. Em 14 de Agosto de 2007, o deputado Dr. Pinotti apresentou requerimento de

desarquivamento do Projeto de Lei n^o 4.360/04, mas foi indeferido em 21 de Agosto. Quanto ao projeto n^o 4.403/04, a Deputada Cida Diogo solicitou o desarquivamento em 2007, tendo a tramitação sido retomada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara. Há um Projeto de Lei n^o 183 de 2004, que é de autoria do Senador Duciomar Costa, pretendendo modificar o artigo 128 do Código Penal, para inserir o aborto de feto anencéfalo, sendo objeto de análise na Comissão de Constituição e Justiça no momento de elaboração do presente trabalho.

Nesse particular, tais aspectos revelam que, muitas vezes, não há vontade política de regular determinadas matérias relativas a questões éticas de minorias. Cumpre esclarecer, todavia, que o presente trabalho não propugna abandonar a perspectiva procedimentalista acerca de lutas por reconhecimento de minorias, mas apenas destacar que, em casos específicos, tais como mudança de prenome de transexuais, antecipação terapêutica de fetos e direitos previdenciários de homossexuais, o STJ e STF também têm assumido uma papel relevante na construção de uma cultura jurídico-constitucional inclusiva. A mobilização do movimento GLBT, por exemplo, inspirou o projeto de lei n^o 122/06, que altera a Lei Federal n^o 7716/89, referente a crimes decorrentes de preconceito de raça ou de cor, com o objetivo de alterar o Código Penal Brasileiro para criminalizar a homofobia.

Inobstante, integrantes das frentes parlamentares da Família e Apoio à Vida protestaram contra o referido projeto de lei, realizando um ato de defesa da liberdade religiosa em Frente ao Congresso Nacional. Ademais, foi entregue à presidência do Senado uma Carta em Favor da Liberdade de Expressão, Liberdade Religiosa e contra a Pedofilia, de acordo com a qual o projeto deverá ser rejeitado, pois afeta a liberdade religiosa e a liberdade de expressão garantidas constitucionalmente. O conflito constitucional surge, porque a Constituição determina ser livre a manifestação de pensamento (art. 5^o, IV), inviolável a liberdade de consciência, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, garantida na forma da lei (art. 5^o, VI). De fato, o projeto considera crime de preconceito os motivados por orientação sexual ou questões de gênero, com penas de até cinco anos de reclusão.

Por fim, é fundamental explicitar que, até o momento da configuração desta tese, o projeto de lei n^o 122/06 teve sua votação retirada de pauta em 15 de

Março de 2009. De acordo com a senadora Fátima Cleide, o mesmo foi retirado de pauta das votações “devido ao risco dele não ser aprovado diante das manifestações negativas em relação à aprovação.” O Senador Marcello Crivella, por exemplo, criticou o projeto em plenário, alegando que o comportamento homossexual é claramente antinatural, de forma que tanto os pais como os religiosos têm o direito de posicionar-se contra tal conduta de orientação sexual na educação dos filhos e dos fiéis. Para a senadora Fátima Cleide, a estratégia agora é constituir um grupo de trabalho, visando a discutir a relevância da aprovação do projeto.

Destarte, um outro julgamento histórico que será objeto de análise no subcapítulo 5.3.6, diz respeito à ação popular que questionava a legalidade da demarcação de uma área contínua de 1,7 milhão de hectares para a reserva indígena Raposa / Serra do Sol, em Roraima. Trata-se de um caso emblemático, pois, pela primeira vez, a questão da terra indígena é analisada com base no texto constitucional. Por fim, no subcapítulo 5.3.5, analisaremos o caso Ellwanger, de forma a compreender o papel fundamental do STF no combate a posturas discriminatórias, motivadas por racismo. Por 8 votos a 3, o STF confirmou a condenação de Siegfried Ellwanger, um editor de livros de conteúdo antissemita, como, por exemplo, *O Judeu Internacional: Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*, concluindo que constitui crime de racismo, a difusão de idéias discriminatórias ao povo judeu. Antes de adentrarmos na análise empírica de casos fundamentais por meio dos quais é possível delinear uma sensibilidade jurídica do STJ e STF em relação às demandas de grupos minoritários, é imperioso tecer breves considerações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil à luz dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento.

5.3.1

Algumas reflexões sobre o controle de constitucionalidade no Brasil: a questão da abstratização do controle difuso à luz dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade constitui um sistema misto, recebendo influxos jurídicos de modelo americano e austríaco.

Trata-se de um sistema singular de jurisdição constitucional que articula elementos do modelo norte-americano e austríaco. Após a Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu modificações relevantes que suscitaram um sistema híbrido. De um lado, manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade: o controle difuso, que permite que qualquer juiz ou tribunal exerçam o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, e o concentrado, estabelecido desde a EC n. 16/65.

De outro lado, instituiu algumas inovações, como a abertura do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103), retirando-se o caráter exclusivo da legitimidade do Procurador-Geral da República, a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e do Mandado de Injunção (art. 5º LXXI), a previsão da ADPF (102, § 1º), a delimitação do âmbito de atuação do recurso extraordinário a questões constitucionais (art. 102, III). A partir da Emenda Constitucional nº 03 de 18 de março de 1993, foi contemplada a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que possui eficácia *erga-omnes* e efeito vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 102 da Constituição passou a contemplar um novo parágrafo que prevê o instituto da repercussão geral, concebido como um requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário.⁵⁴¹

⁵⁴¹ A Lei nº 11.418/06 regulamentou o instituto de repercussão geral, reproduzindo a previsão da Emenda Constitucional nº 45/2004. De acordo com o artigo 543-§ 1º do Código de Processo Civil, a existência da repercussão geral pressupõe “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos da causa.” O recorrente tem o dever de demonstrar a relevância constitucional das questões discutidas, sob pena de o recurso não ser admitido, aproximando os efeitos do controle difuso do concentrado. Por conseguinte, o recurso extraordinário deixa de ter um caráter meramente subjetivo de defesa dos interesses das partes, para contemplar a função de defesa da ordem constitucional objetiva, tendo em vista a repercussão geral. O próprio Código de Processo Civil atribui ao relator o poder de, em decisão monocrática, dar ou negar provimento a recurso com base na jurisprudência dos tribunais superiores (557 § 1º – A), potencializando a concentração ou abstração do controle de constitucionalidade. Ademais, a criação da súmula vinculante, a partir da Emenda Constitucional nº 45, também decorre de uma trajetória constitucional que afirma a prevalência do controle concentrado de constitucionalidade ou abstratização do controle difuso, com a aproximação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso. Ademais, com base na teoria da *transcendência dos motivos determinantes*, a eficácia vinculante das decisões do STF não se restringe à parte dispositiva do julgado, aplicando-se também às razões determinantes que fundamentaram o acórdão. A coisa julgada ultrapassa o dispositivo para alcançar também a fundamentação, atingindo normas de igual teor. O efeito prático é viabilizar a utilização do instituto da reclamação contra ato administrativo ou judicial contrário à fundamentação constitucional delineada pelo STF em sede de ADI. A teoria da *transcendência dos motivos determinantes* e a repercussão geral do recurso extraordinário inserem-se também nesse processo de abstratização do controle difuso. Não se pode mais dizer que o recurso extraordinário visa,

Mas, a questão sobre a abstratização do controle difuso assumiu um contorno jurídico singular no julgamento da reclamação nº 4.335/AC. É fundamental compreender que, no julgamento do HC nº 82. 959/SP, a discussão centrou-se em torno da constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos. O STF, por seis votos a cinco declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, em sede de controle difuso, tendo como relator o Min. Dr. Marco Aurélio de Mello. Em decorrência do posicionamento firmado no HC nº 82. 959/SP, foi interposta a Reclamação nº 4.335/AC. Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos pelo STF, a Defensoria Pública da União requereu direito à progressão de regime de dez condenados no Estado do Acre, mas o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco indeferiu o pedido.

O juiz argumentou que a decisão do STF só possuía eficácia *inter-partes*, sendo necessário que o Senado editasse resolução suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, conforme dispõe o artigo 52, X da Constituição. Por este motivo, a Defensoria Pública da União ajuizou a reclamação nº 4.335. Quatro Ministros da Corte manifestaram-se sobre a questão. Gilmar Mendes e Eros Grau posicionaram-se no sentido de que as decisões do STF sobre a inconstitucionalidade da norma já possuem eficácia *erga-omnes* independentemente da atuação do Senado, que possui apenas a singela função de

meramente, a resolver o caso concreto, porque se há repercussão geral, há interesse *erga-omnes* no julgamento do referido recurso. Por fim, a própria jurisprudência do STF assume especial relevância nesse processo de concentração no controle de constitucionalidade. Recentemente, o STF decidiu que há modulação de efeitos mesmo no recurso extraordinário. Como se sabe, prepondera na doutrina constitucional brasileira, a teoria da nulidade de pleno direito do ato inconstitucional, que suscita uma eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade. Inobstante, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 mitiga a teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, no controle concentrado, afasta-se o dogma da nulidade do ato constitucional por razões de segurança jurídica ou interesse público. Inobstante, a técnica da modulação temporal dos efeitos sempre foi considerada como um atributo específico do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a previsão na Lei nº 9.868/99. Entretanto, a jurisprudência do STF passou admitir modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade mesmo no controle difuso. Os efeitos sociais justificam a modulação de efeitos no controle concreto.

dar publicidade à decisão daquele tribunal. Assim, a questão diz respeito à possibilidade ou não de modificação da competência do Senado independentemente de emenda constitucional, mas em decorrência de uma nova interpretação do STF que, para alguns, teria extrapolado os limites semânticos do texto constitucional. É oportuno trazer as explicações teóricas do Ministro Gilmar Mendes:

(...) É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-se dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. (...) ⁵⁴²

Em suma, compreendeu ser necessário redimensionar o papel do Senado Federal, uma vez que o texto constitucional atribuiu ao STF o papel de guardião da Constituição, conferindo especial ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, não sendo legítima a distinção quanto aos efeitos das decisões em sede de controle abstrato e difuso. O Ministro Eros Grau, a seu turno, julgou procedente a reclamação, acompanhando o Relator. Inobstante, o Min. Sepúlveda Pertence concedeu o *Habeas Corpus* de ofício, para que o juízo do Acre verificasse o preenchimento dos pressupostos para a concessão do pedido de progressão, mas julgou improcedente a Reclamação n.º 4.335, alegando que não seria necessária a mutação constitucional, uma vez que a “EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A).” ⁵⁴³ Portanto, considerou que o artigo 52, X tem se tornado obsoleto, mas afirmou não ser necessário combatê-lo por meio de uma mutação constitucional, pois o instituto da súmula vinculante já tornaria dispensável a atuação do Senado Federal.

Feitas essas considerações, em um contexto marcado pelo surgimento de críticas no cenário jurídico brasileiro a uma excessiva amplitude dos poderes

⁵⁴² STF, voto do Min. Gilmar Mendes, Reclamação 4.335, extraído do livro CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488-493.

⁵⁴³ FERREIRA FILHO, Roberval Rocha (org.). *Principais Julgamentos do STF*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221.

judiciais atribuídos à atuação do STF, tendo em vista a denominada “dificuldade contramajoritária”, podemos questionar: quais os fundamentos filosóficos que legitimam o ativismo judicial na proteção de minorias? É possível conceber o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, inerentes a contextos de vulnerabilidade moral, como fundamento filosófico capaz de garantir a legitimidade da expansão da tutela jurisdicional voltada para proteção de minorias estigmatizadas?

Sob esse prisma, como analisamos na primeira parte, Taylor sublinha a dimensão psicológica do reconhecimento, porquanto a depreciação sistemática afeta profundamente a autoestima e termina por suscitar a internalização de imagens autodepreciatórias. Honneth, por sua vez, postula uma concepção de autonomia, que se delineia quando os indivíduos se veem reconhecidos em suas singularidades por seus parceiros de interação social, de forma que tal processo intersubjetivo possui um potencial moral que atravessa as relações sociais. Lecionamos que o conceito de “invisibilidade social” constitui um substrato teórico fundamental para combater contextos de subordinação, mas que tal concepção deveria estar desprovida de uma perspectiva que enfatiza o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, sem retirar dos sujeitos a potencialidade de ampliação das condições intersubjetivas por reconhecimento mútuo.

Em vista disso, tal compreensão decorre da possibilidade fática de que, inexistindo tal experiência subjetiva de sofrimento, porquanto o indivíduo vivenciaria uma felicidade ilusória, não haveria como criticar injustiças sociais. De outro lado, como investiga Andreas Kalyvas, professor da *New School for Social Research*, “como estabelecer a distinção entre sentimentos morais e as expectativas normativas de um grupo reacionário cuja identidade é ameaçada pela democratização e liberalização das sociedades modernas pelos movimentos progressistas?”⁵⁴⁴ Nesse particular, consideramos que a psicologia moral do sofrimento é insuscetível de legitimar formas de ativismo judicial que objetivem a proteção de minorias.

⁵⁴⁴ KALYVAS, Andreas. “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2, n. 1. London: Sage Publications, 1999, p. 103.

Nesse ponto, podemos exemplificar a controvérsia jurídica a respeito da adoção por casais homoafetivos. Trata-se de uma questão extremamente polêmica, tendo em vista a existência de argumentos jurídicos que se apoiam em uma perspectiva subjetiva segundo a qual a homossexualidade dos pais adotivos poderia ocasionar reflexos sobre o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, podendo este vir a tornar-se homossexual. Em síntese, o desenvolvimento de uma criança em um lar homossexual poderia suscitar efeitos psicológicos negativos à sua criação, tendo em vista a ausência da figura paterna. Tais argumentos apoiam-se, entretanto, em uma perspectiva que concebe a heterossexualidade como única expressão “sadia” da orientação sexual, considerando a homossexualidade, por sua vez, como uma doença psicológica e anormal. A própria preocupação em relação à futura orientação sexual do menor já revela implicitamente uma concepção preconceituosa a respeito da homossexualidade.

Inobstante, tal entendimento revela-se como uma interpretação equivocada uma vez que a Classificação Internacional de Doenças 10 da OMS considera a homossexualidade como uma livre expressão da sexualidade humana, assim como a Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia. Em face desta leitura, entendemos que a existência de um ambiente familiar no qual os valores do amor e da proteção estejam presentes na formação do menor, é o argumento fundamental capaz de legitimar o pedido de adoção, sendo irrelevante a alegação relativa à orientação sexual dos pais adotivos poder implicar danos psicológicos ao menor.

É mister salientar, ainda, a existência de um outro argumento - utilizado para legitimar a vedação da adoção por casais homoafetivos - que consiste no fato de o menor poder ser alvo de eventuais “brincadeiras” discriminatórias decorrentes do ambiente escolar. Nesse particular, o direito do casal homoafetivo à adoção deveria ser restringido em face do direito do menor de obter uma criação por casais heterossexuais, evitando situações de sofrimento decorrentes do preconceito. Ora, o simples fato da existência de eventuais discriminações no ambiente escolar não pode ser concebida como um argumento legítimo para vedar a adoção por casais homoafetivos.

Tal perspectiva implicaria acolher autocompreensões assimétricas de mundo e a dimensão psicológica como fundamentos legítimos para justificar a

discriminação jurídica, em ofensa flagrante ao art. 3º, inciso IV da Constituição de 1988, que veda discriminações jurídicas baseadas no preconceito. Diante do exposto, depreende-se que o preconceito não pode servir como parâmetro para limitar os direitos de casais homoafetivos, uma vez que é justamente tal postura estigmatizante que deve ser negada por meio da tutela do princípio da isonomia. Ademais, entendo que a dimensão psicológica não pode ser utilizada como paradigma para restringir ou ampliar a atuação judicial na tutela dos direitos de casais homoafetivos, porquanto a concepção de reconhecimento não deve ser considerada como uma categoria da psicologia.

Com efeito, tais exemplos relativos ao direito à adoção por casais homoafetivos revelam claramente a dificuldade de legitimarmos uma postura judicial construtiva voltada para proteção de minorias estigmatizadas, com base em ontologias filosóficas que concebem o não-reconhecimento em termos de depreciação de identidade. Como salientamos, o reconhecimento deve ser desvinculado de sua dimensão psicológica, razão por que optamos pelo modelo teórico de Nancy Fraser, de forma que a expansão da atuação judicial visando a resguardar, por exemplo, o direito à adoção por casais homoafetivos, deve estar direcionada à eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a participação paritária de minorias sexuais, sempre que houver um *deficit* de representação das minorias no processo político.

Disso se infere, ao nosso ver, que, se apostamos na dimensão psicológica do reconhecimento, como fundamento filosófico capaz de legitimar a expansão da atividade judicial voltada para resguardar a adoção por casais homossexuais, tornar-se-à possível alegar, em sentido oposto, que a adoção também poderá suscitar danos psicológicos ao menor, seja em relação ao desenvolvimento da homossexualidade, seja no que se refere à possibilidade de preconceito no ambiente escolar, tornando excessivamente subjetiva a atuação jurisdicional. Outrossim, danos psicológicos não devem ser considerados como substratos filosóficos legítimos para determinar sentidos e interpretações constitucionais.

Nessa perspectiva, como elucidamos, o argumento de dano psicológico utilizado em *Brown*⁵⁴⁵ suscitou uma resistência massiva de juízes sulistas, aduzindo que, se *Brown* teria se utilizado da alegação de dano psicológico, eles

⁵⁴⁵ Brown v. Board of Education. 347 U. S 483 (1954).

também teriam seus próprios argumentos relativos a um certo dano psíquico. A Suprema Corte de Lousiana, por exemplo, argumentou que as crianças miscigenadas possuem grandes dificuldades de obter aceitação social, com “sentimentos de inferioridade em relação a seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes...”⁵⁴⁶ Nesse contexto, entendemos que o reconhecimento deve ser concebido em uma perspectiva institucional, divorciado de uma abordagem psicológica que aposta nas experiências de humilhação e desrespeito. Taylor, como Honneth, configura o reconhecimento sob a dimensão da autorrealização, focalizando a possibilidade de internalização de imagens autodepreciatórias.

Ora, a filosofia de Honneth, que aposta no potencial emancipatório das experiências de sofrimento como a base motivacional capaz de impulsionar as lutas sociais, não pode ser considerada como paradigma teórico capaz de legitimar qualquer forma de tutela jurisdicional que objetive a proteção de grupos minoritários. Nesse sentido, de um lado, os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento podem ser um instrumental teórico fundamental para compreensão de determinadas formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são desconsideradas pelo processo político.

De outro lado, defendemos que o simples fato de adotarmos ou não uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, pois depende fundamentalmente das condições institucionais do Judiciário, da questão jurídica envolvida, e se esta envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público. A realidade brasileira aponta, em alguns casos, uma inércia das instituições deliberativas em questões morais envolvendo minorias como, por exemplo, o transexualismo, a união *gay* e o aborto de fetos anencéfalos. Em face dessa estrutura conceitual, compreendemos que uma perspectiva minimalista da atuação jurisdicional somente se revela como adequada, quando grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo político; mas é incapaz de considerar determinadas situações estratégicas nas quais somente o Poder Judiciário poderia assumir um papel proeminente na proteção de minorias estigmatizadas cujas demandas não

⁵⁴⁶ State v. Brown, 108 So. 2d 233, 234 (La. 1959).

são satisfeitas pelas instâncias deliberativas, ainda que resgatando a dimensão substantiva da Constituição.

Nesse quadro teórico, podemos destacar, como exemplo de uma perspectiva judicial não minimalista, ou seja, uma postura maximalista voltada para a proteção de grupos estigmatizados, a decisão monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, referente ao julgamento da ADI nº 3.300/DF, apresentada por associações de defesa dos direitos dos homossexuais, que impugnou o art. 1º da Lei 9278/96, no que se refere à expressão “o homem e a mulher”, requerendo a declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, por contrariar o princípio da igualdade, visando declarar a existência da união estável homoafetiva. Inobstante, não houve apreciação da ação pelo Órgão Pleno do STF, haja vista que o relator, Ministro Dr. Celso de Mello, em decisão monocrática, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, tendo em vista a derrogação da Lei 9.278/96 (que regulamentou a União Estável) pelos artigos 1722 a 1727 do Código Civil de 2002. A posição monocrática do Ministro Celso de Mello será analisada no subcapítulo seguinte, que investiga o posicionamento de alguns ministros do STF em relação ao tema das uniões homoafetivas.

5.3.2

O STF e as uniões homoafetivas.

De início, é mister enfatizar que inexistente uma posição do STF sobre a possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, uma vez que o órgão pleno não apreciou nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Três Ministros, entretanto, assumiram posicionamentos sobre o tema, destacando-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADIN nº 3.300/DF. Manifestaram-se também sobre o tema, os Ministros Eros Grau, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837/SP, e Min. Gilmar Mendes, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564, quando exercia a função de Ministro do TSE.

É premente compreender que a união homoafetiva não foi reconhecida expressamente no artigo 226 § 3º da CF, inexistindo norma específica. Enquanto as uniões heterossexuais foram reconhecidas pela Constituição como sociedades de afeto, as uniões homossexuais, em decorrência da ausência de regulamentação

legal, são consideradas por uma corrente doutrinária como sociedades de fato. A *affectio societatis*, ou afinidade dos indivíduos com o fim de reunir esforços visando ao lucro, como elemento inerente às sociedades empresariais, não se confunde com a *affectio maritalis*, inerente às uniões heteroafetivas e homoafetivas, concebidas como um sentimento de amor entre duas pessoas visando a uma comunhão de vida, de forma pública, contínua e duradoura. Os elementos caracterizadores de uma e outra não se confundem, razão por que a união homoafetiva não pode ser concebida como uma “sociedade de fato”, mas uma sociedade de afeto.

Assim, a decisão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI n.º 3.300/DF, entretanto, assumiu especial relevância pela sua postura maximalista, uma vez que, inobstante tenha extinto o processo por questões de natureza formal, terminou por adentrar no mérito da questão. Indubitavelmente, tal decisão possui um papel pedagógico, apontando a existência de uma questão constitucional de “alta relevância social e jurídico-constitucional”, no que se refere à qualificação normativa das uniões homoafetivas como entidades familiares. Confira-se a seguinte passagem da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

(...)Quanto à tese sustentada pelas entidades autoras de que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”. (...) ⁵⁴⁷

Em suma, ao adotar uma perspectiva maximalista, posicionou-se em favor da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, com base no emprego da analogia e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade, prestigiando decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

⁵⁴⁷ ADIN 3300-DF. Decisão Monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, julgado em 03 de Fevereiro de 2006.

relativamente às uniões homoafetivas, onde se destacam decisões que integram o parceiro na ordem de vocação hereditária. Diante da omissão legal, há julgados considerando que o elo afetivo impõe a aplicação analógica com a legislação que rege a união estável, contrapondo-se à jurisprudência dominante que se limita ao deferimento da partilha do acervo patrimonial adquirido pelo esforço comum e nega a concessão de direitos sucessórios.

Nesse cenário, de acordo com o constitucionalista Luis Roberto Barroso, em parecer monográfico sobre o tema, “a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (artigo 226, §1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (artigo 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos dois pais e seus descendentes (artigo 226, §4º).”⁵⁴⁸ De acordo com o jurista, todavia, o reconhecimento da união homoafetiva “seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares.”⁵⁴⁹

É importante sublinhar a existência de uma corrente doutrinária que considera as uniões homoafetivas como meras “sociedades de fato”. A resistência de uma parte da jurisprudência brasileira em equiparar as uniões homoafetivas como entidades familiares tem, todavia, como resultado a negação da distribuição das demandas às varas de família. Inobstante, não pretendemos realizar um estudo exaustivo sobre a atuação dos tribunais brasileiros na proteção dos direitos de minorias, pois o foco da nossa investigação restringe-se à atuação dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) na proteção de grupos minoritários, em conexão com as ontologias do reconhecimento de Honneth, Habermas, Taylor e Fraser.

Em relação ao posicionamento dos Tribunais de Justiça de segundo grau, nossa pesquisa limita-se apenas a uma breve análise dos contornos jurídicos da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por envolver julgados paradigmáticos na proteção do direito à orientação sexual, influenciando a atuação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Nessa trajetória

⁵⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n; 16, maio, junho, julho, agosto, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, p. 37.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

jurídico-constitucional, indiscutível o impacto simbólico da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu o primeiro passo para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em 1999, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, invocando o princípio da não-discriminação por orientação sexual, fixou a competência da Vara de Família, argumentando que a restrição do artigo 226, §3º não impede o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. De acordo com a Desembargadora Maria Berenice Dias “a partir de tal posicionamento jurisprudencial, todas as ações envolvendo o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ao menos no Rio Grande do Sul, migraram das varas cíveis para as varas de família.”⁵⁵⁰

Com efeito, inexistente regra constitucional determinando a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Analisando o tema, Luis Roberto Barroso postula que “a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às uniões homoafetivas”.⁵⁵¹ A regra do artigo 226, § 3º, relativa ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representa “uma norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.”⁵⁵² Ora, se a Constituição e o Código Civil foram omissos no que se refere à união homoafetiva, isso não implica que os diplomas supracitados têm estabelecido uma vedação implícita.

Desse modo, segundo o constitucionalista, trata-se de uma norma de inclusão, criada com o objetivo de por fim à anterior discriminação às uniões extramatrimoniais, não devendo ser interpretada de forma discriminatória, em ofensa aos princípios constitucionais que a justificaram. É fundamental esclarecer que a equiparação legal à união estável assume relevância na concessão de direitos previdenciários e sucessórios, por exemplo. Em 2001, a 7ª Câmara do

⁵⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 134.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 40.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a concessão da meação do patrimônio ao companheiro sobrevivente, reconhecendo, pela primeira vez, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale a pena transcrever a ementa do julgado:

(...)União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, revelados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (...) ⁵⁵³

Em síntese, de acordo com Desembargadora Maria Berenice Dias, tratou-se de uma decisão paradigmática, que suscitou avanços relevantes na jurisprudência. Nas palavras da autora, “o Relator, ainda que não reconhecendo a existência de uma união estável, invocou, por analogia, a legislação que rege as uniões extramatrimoniais.” ⁵⁵⁴ Em suma, aplicou o regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista o esforço comum para construção do patrimônio. A partir desse precedente, inúmeros julgados passaram a reconhecer a omissão da lei, equiparando a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável homoafetiva. De qualquer forma, após a morte de um dos companheiros, geralmente é pretendida em juízo a partilha do patrimônio, e não os direitos sucessórios decorrentes do status de herdeiro.

Em face desta leitura, a tendência majoritária da jurisprudência nacional é a de rejeitar a pretensão a direitos sucessórios. A primeira decisão concedendo direitos sucessórios ao companheiro ocorreu na justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo que o elo afetivo determinaria a aplicação analógica com a legislação que rege a união estável, contrapondo-se à jurisprudência dominante

⁵⁵³ TJRS. 7ª C. Cível. AC 70001388982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 1/3/2000.

⁵⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136.

que se restringe ao deferimento da partilha do acervo patrimonial adquirido pelo esforço comum. Um caso emblemático foi a disputa de direitos sucessórios entre companheiro sobrevivente e municipalidade. Esta pretendia a declaração de vacância do acervo patrimonial, tendo em vista a ausência de parentes sucessíveis. É oportuno transcrever o julgado:

(...)UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. (...)

⁵⁵⁵

Disso se infere, ao nosso ver, que o caso assumiu uma dimensão jurídica singular, pois não houve acréscimo patrimonial durante o período de convivência, uma vez que todos os bens eram de propriedade do *de cujus*, adquiridos antes do início do relacionamento. Interpostos embargos infringentes e, tendo ocorrido empate, tornou-se necessária a convocação do 3º Vice-presidente para proferir o voto de Minerva, atribuindo ao companheiro a totalidade do acervo patrimonial do *de cujus*. Feitas essas considerações, no que se refere à evolução jurisprudencial do tratamento das uniões homoafetivas, passamos à questão central, objeto de análise no presente trabalho: a sensibilidade jurídica dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal na proteção de grupos minoritários e sua conexão com as filosofias do reconhecimento de Fraser, Honneth, Habermas e Taylor.

Nessa linha de raciocínio, é imperioso investigar que o Ministro Eros Grau, em decisão monocrática relativa ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837, manifestou-se sobre o tema das uniões homoafetivas. Neste caso, o recorrente, ao pretender a aplicação do regime jurídico da união estável, argumentou a existência de ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que o tribunal compreendeu que tal regime só seria aplicável à relação homem e mulher.

⁵⁵⁵ TJRS. 4ª G.C. Cív. EI 70003967676 – Redatora para acórdão, Des. Maria Berenice Dias, j. 9/5/2003.

Tendo em vista a ausência do cumprimento do requisito do prequestionamento, o Ministro Eros Grau não conheceu o recurso. Inobstante, terminou por manifestar implicitamente seu posicionamento acerca do tema, no sentido de que o regime jurídico da união estável seria inaplicável às uniões homoafetivas. Confirma-se o argumento do Ministro Eros Grau:

(...)Insubsistente, também, a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos – pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual – o disposto no art 226 § 3º da Constituição Federal do Brasil. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento. (...) ⁵⁵⁶

Assim, com base no artigo 21 § 3º do Regimento Interno do STF, negou seguimento ao recurso, tendo em vista a ausência de prequestionamento explícito e, embora não tenha apreciado a questão relativa à violação ao princípio da isonomia, terminou por revelar, de forma implícita, o seu entendimento, no sentido de que o regime jurídico da união estável - previsto no art 226 § 3º - somente seria aplicável à união entre homem e mulher. Entendo que o Ministro não apresentou uma fundamentação lógico-racional capaz de afastar a aplicação analógica no caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também teve a oportunidade de expressar seu entendimento, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564. A controvérsia surgiu quando Maria Eulina Rabelo de Souza Fernandes, companheira homoafetiva da então prefeita de Viseu/PA, teve o seu registro de candidatura à Prefeitura de Viseu impugnado pelo juiz eleitoral, sob a alegação da existência de união estável, porque sua companheira, que estava no cargo há dois mandatos, deveria ter se licenciado seis meses antes da eleição. O juiz eleitoral manifestou-se no sentido de violação ao artigo 14 §7º da Constituição Federal, que proíbe a perpetuação de grupos familiares no poder executivo, tendo em vista a vedação da candidatura dos cônjuges do Presidente da República, Governadores e Prefeitos. A questão fundamental, portanto, era saber se a união entre pessoas do

⁵⁵⁶ STF, RE 406.837/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 23.02.2005.

mesmo sexo também seria contemplada pela regra da inelegibilidade, que é prevista no art. 14 §7º da Constituição.

Nessa perspectiva, o TRE deu provimento ao recurso interposto, considerando que a regra da inelegibilidade não atingiria as relações homoafetivas, não se enquadrando no conceito de união estável. Contra essa decisão, foi interposto o RESP eleitoral nº 24.564 para o TSE, que, por intermédio do Ministro relator Gilmar Mendes, reconheceu a inelegibilidade da candidata, uma vez que sua companheira deveria ter se licenciado seis meses antes da data da eleição, aplicando analogicamente o art 14 §7º, de forma que não só o casamento, mas também a união homoafetiva determinam a aplicação da regra da inelegibilidade, evitando o continuísmo de oligarquias no poder. É oportuno transcrever a ementa:

(...)Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita no município. Inelegibilidade. Art 14 § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra da inelegibilidade prevista no art. 14 §7º da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (...) ⁵⁵⁷

Diante do exposto, depreende-se que o Ministro Gilmar Mendes não reconheceu expressamente o status jurídico familiar das uniões homoafetivas. Partindo, todavia, do pressuposto que a legislação eleitoral impõe obrigações jurídicas às uniões homoafetivas, no que se refere à ampliação da regra do artigo 14, §7º, torna-se implícito o reconhecimento do status jurídico-familiar destas uniões. No ensejo, o STF, através do Min. Marco Aurélio de Mello, deferiu liminar de abrangência nacional, determinando ao INSS que passasse a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (artigo 16, I da Lei nº 8.213/91; possibilitasse a inscrição do companheiro homossexual na condição de dependente; passasse a processar os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados por companheiro do mesmo sexo, uma vez cumpridos os requisitos legais aplicados aos casais heterossexuais (artigos 74 a 80 da Lei nº 8213/91), fixando o prazo de dez dias para efetivação

⁵⁵⁷ TSE. RESP Eleitoral 24.564. Relator Ministro Gilmar Mendes.

das medidas indispensáveis ao cumprimento do teor da decisão, sob pena de multa diária de 30 mil reais (artigo 461 do Código de Processo Civil).⁵⁵⁸

Sob esse aspecto, percebemos que o judiciário pode funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos. Os posicionamentos dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello e Gilmar Mendes assumiram especial relevância na construção de uma cultura constitucional capaz de superar quadros de “invisibilidade social” de grupos estigmatizados. Como salientamos, 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.

Como investigamos, 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. É oportuno resgatar novamente uma passagem que elucida o pensamento do autor:

(...)Para chegar a uma auto-relação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas como a vergonha ou a ira. Daí a experiência do desrespeito estar sempre acompanhada de sentimentos afetivos que, em princípio, podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas. (...) ⁵⁵⁹

Nessa concepção ontológica, o autor propugna investigar os pressupostos necessários que ensejam situações de vulnerabilidade moral, porquanto as experiências de desrespeito e humilhação impedem as condições necessárias para uma autorrealização plena. Honneth apropria-se do pensamento de Dewey, segundo o qual os sentimentos são compreendidos como “a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”⁵⁶⁰ Assim, o filósofo alemão

⁵⁵⁸ STF, PET n. 1984/RS. Voto do Min. Relator, Dr. Marco Aurélio de Mello.

⁵⁵⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento - A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 220.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 221.

analisa que, em situações de vulnerabilidade moral, os sujeitos ofendidos, quando seus parceiros de interação não correspondem às suas expectativas normativas, terminam por expressar sentimentos de vexação, que “consistem num rebaixamento do sentimento de valor próprio”⁵⁶¹. Como assinalamos, todavia, a apologia da psicologia moral do sofrimento não pode ser considerada como um paradigma filosófico capaz de renovar a teoria crítica, pois torna-se incapaz de solucionar contextos em que há uma falta de consciência da própria situação de infelicidade. Esta falta de consciência de um contexto de frustração, típica do “escravo feliz”, somente pode se superada por meio da concepção de “participação paritária”, delineada por Fraser ou, ainda, por um *self* pós-convencional, tão caro a Habermas.

Diante do exposto, defendemos que certas formas de ativismo judicial que visam contemplar direitos de minorias, devem estar desvinculadas das experiências emotivas de sofrimento vivenciadas pelo sujeito, porquanto a expansão dos processos intersubjetivos por reconhecimento mútuo pode efetivar-se plenamente por meio da concepção de “participação paritária”, configurada por Fraser. Em face dessa estrutura conceitual, a autora focaliza a relevância do estabelecimento de lutas no espaço público, permitindo o surgimento de padrões aprimorados e justos de interação social. Tais considerações foram explicitadas no seguinte trecho:

(...)O cerne normativo da minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como companheiros. Para a participação paritária ser possível, eu alego que, ao menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais deve ser de tal forma que assegure aos participantes independência e voz.. A segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito para com todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. (...)⁵⁶²

Em suma, a autora pretende contrapor-se a uma perspectiva afirmativa, adotando uma postura desconstrutiva que visa a combater padrões

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 222.

⁵⁶² FRASER, Nancy. “Recognition without Ethics?” In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. Sage Publications: London, 2001, p. 29.

institucionalizados de valores culturais, por meio dos quais determinados grupos são impedidos de alcançarem pleno reconhecimento. O modelo de status de Fraser desvincula-se da perspectiva identitária que é delineada por Honneth e Taylor, porquanto, ao enfatizar a dimensão psicológica do reconhecimento, as políticas identitárias negligenciam as estruturas sociais institucionalizadas que impedem os indivíduos de interagirem como parceiros sociais.

Assim, entendemos que o posicionamento dos Ministros Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Gilmar Mendes revela a potencialidade do Judiciário em contribuir para desconstruir determinados padrões heterossexistas que impedem a “participação paritária” de grupos homossexuais. Ainda que se adote a perspectiva da intersubjetividade, compreendemos que a instância judicial pode combater quadros de “invisibilidade social”, desencadeando novas capacidades de autorreferência moral com a ampliação constante acerca da autocompreensão sobre nossos atributos singulares, desde que desvinculada de reações emotivas vinculadas à humilhação e ao desrespeito.

Nesse ponto, é de se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também tem desempenhado um papel fundamental na proteção do direito à orientação sexual de grupos estigmatizados. O subcapítulo seguinte examina a posição do STJ na proteção dos direitos de uniões homoafetivas. Um caso emblemático decorreu do julgamento referente ao RESP nº 395.904/RS, no que se refere a direitos previdenciários.

5.3.3

O STJ e as uniões homoafetivas

A problemática central do RESP nº 395.904/RS surgiu quando o autor ajuizou demanda em face do INSS, pleiteando o direito a benefício previdenciário, decorrente de pensão por morte, bem como o complemento da PREVI, tendo em vista o falecimento de seu companheiro. O INSS contestou a demanda, alegando que a parte autora não se enquadrava na qualidade de dependente do segurado, condição que era necessária ao recebimento do benefício pretendido. Como a sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido, o Ministério Público Federal apelou da sentença sob o fundamento de que o texto consagrado no art. 226, §3º da Constituição Federal não excluiria a união estável entre pessoas do mesmo

sexo, devendo ser observado o princípio constitucional da igualdade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acertadamente deu provimento ao recurso, postulando que:

(...) 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3-O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV e 5º, aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais (...)⁵⁶³

Inconformado, o INSS interpôs o RESP nº 395.904/RS, alegando contrariedade à lei federal nº 8.213/91, que consagra a União Estável apenas entre homem e mulher. O Ministro Hélio Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de considerar improcedente a tese da impossibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, com base na ausência de regulamentação legal, uma vez que a questão versa sobre Direito Previdenciário, e não sobre Direito de Família. Em síntese, o princípio da igualdade não poderia estar desvinculado do princípio da justiça em seu sentido mais puro. A negativa de direitos fundamentais relativos ao recebimento de direitos previdenciários entre pessoas que estabeleceram uniões homoafetivas, implicaria o surgimento de um não-direito, situação que fere a isonomia constitucional.

Nesse quadro teórico, considerou que “o teor do art. 226, §3º da Constituição Federal conceituou união estável, sem contudo excluir a relação homoafetiva,”⁵⁶⁴, inexistindo tal exclusão no Direito Previdenciário. A existência de uma lacuna legal, na sua percepção, deveria “ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito, no termos do art. 4º da LICC”⁵⁶⁵, cabendo ao Judiciário,

⁵⁶³ TRF 4ª Região. Ac. 349.785/RS – 6ª Turma. Rel Nylson Paim de Abreu, j. 21/11/2000.

⁵⁶⁴ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

⁵⁶⁵ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

por meio de uma metodologia principiológica, preencher as lacunas legais, de forma a adequá-las às necessidades sociais. Declarou ainda que, “alijar parte da sociedade - inserida nas relações homoafetivas - da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão legal expressa, constituirá ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio insculpido no art. 5º, caput da Constituição Federal.”⁵⁶⁶ Nessa linha de raciocínio, observou terem sido preenchidos os requisitos da Lei 8.213/91, tendo sido comprovada a qualidade de segurado e a convivência afetiva e duradoura, negando provimento ao Recurso Especial interposto pelo INSS.

Em voto-vista, o Min. Paulo Medina inicialmente apontou que o recorrente teria alegado que o acórdão impugnado contrariava o conceito de companheiro previsto no art 16, § 3º da Lei nº 8.213/91, que remete ao dispositivo constitucional para delimitar o alcance da expressão companheiro, para fins de direito previdenciário. Na linha de raciocínio do Dr. Luis Roberto Barroso, apontou que toda interpretação é produto de uma época, de forma que o conceito de companheiro não representa “um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos.”⁵⁶⁷ Destacou que “a Lei nº 8213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto, excluir expressamente a união homoafetiva.”⁵⁶⁸

Uma vez que o segurado contribuiu toda a vida para a Previdência Social, tendo como seu dependente o companheiro do mesmo sexo, o princípio da igualdade determina o tratamento isonômico, uma vez que “onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.”⁵⁶⁹ Concluiu que seria necessária a interpretação da Lei nº 8.213/91 à luz da Constituição, tendo em vista a lacuna legal e a possibilidade de interpretação extensiva, negando provimento ao recurso do INSS. Prosseguindo

⁵⁶⁶ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

⁵⁶⁷ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

⁵⁶⁸ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

⁵⁶⁹ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

no julgamento, a turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Min. relator.

Por fim, salientamos haver a existência de um outro recurso especial que irá elucidar a posição dos ministros do STJ. Trata-se do julgamento do RESP n^o 820.475, no qual a Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento provimento, vencidos os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. O Min. Antonio de Pádua Ribeiro, relator do processo, em seu voto de procedência do recurso, assinalou que:

(...)Da análise dos dispositivos transcritos, não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Nem por isso, todavia, o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4^a da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar nos limites do seu deferimento. (...) ⁵⁷⁰

Assim, tendo em vista o aspecto análogo da união homoafetiva em relação à união estável consagrada no art 226 § 3^o da Constituição Federal, aplicou a analogia, reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva. Os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho não conheceram o recurso, compreendendo que há vedação constitucional, configurando-se hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. O Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou o Relator, admitindo o recurso e dando-lhe provimento para reconhecer a possibilidade jurídica do pedido. Considerou que o art. 1^o da Lei 9.278/96 e artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil apenas estabelecem a possibilidade jurídica da união estável entre homem e mulher, preenchidos os requisitos legais, mas não estabeleceu vedação expressa às uniões homoafetivas. Confirma-se a argumentação do voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

(...)Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preenchem as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres. O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2^o (lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões

⁵⁷⁰ STJ, RESP n^o 820. 475/RJ. Voto do Min. Dr. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado 21/08/2007.

entre pessoas do mesmo sexo. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. (...) ⁵⁷¹

Diante do exposto, depreende-se ser indiscutível a atuação efetiva do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de representação de minorias. Indubitavelmente, tal postura ativista do Judiciário na proteção de minorias insere-se dentro do fenômeno denominado “Neoconstitucionalismo”, concebido como um complexo de transformações suscitadas no direito constitucional europeu após a Segunda Guerra, que foram capazes de transformar o papel da Constituição nas instituições contemporâneas.

Nesse trajetória jurídica, analisando tema, Eduardo Ribeiro Moreira, considera o Neoconstitucionalismo como “um novo paradigma do direito.” Nas palavras do autor, a concepção do neoconstitucionalismo “enxerga o direito como ele pode ser: transformador. Mais do que a superação de uma metodologia jurídica - o que já seria uma grande proposta - o neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas e jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição.” ⁵⁷² Nesse tópico, os princípios atuam como pautas normativas que conduzem a novas releituras do direito infraconstitucional. A força invasora da Constituição é direcionada por uma pretensão de correção capaz de articular as instâncias do direito e da moral de forma não contingente. Cabe trazer as explicações teóricas de Eduardo Ribeiro Moreira:

(...) Os princípios, no neoconstitucionalismo total, agem como diretrizes constitucionais contínuas, incidindo a todo momento, mesmo quando há regra regulando a matéria. É indissolúvel que as diretrizes constitucionais guiem o caso concreto e as tomadas de decisões - sejam esses princípios expressos ou tácitos. Essa conexão é imperativa, já que a vontade constitucional se irradia em todos os momentos judiciais. A argumentação jurídica e outros temas de filosofia de direito aplicada, como a coerência, ou a pretensão de correção do sistema normativo, incidindo em transformação do resultado do direito concretizado, são os principais elementos defendidos pelo

⁵⁷¹ STJ, RESP n° 820. 475/RJ. Voto do Min. Dr. Luis Felipe Salomão. Julgado em 2/09/2008.

⁵⁷² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 18.

neoconstitucionalismo total. O ponto de vista é interno, ativo e moral e supõe do participante ativo a aceitação prévia da correção que conduz ao resultado de crítica desejado. (...) ⁵⁷³

Indubitavelmente, a dimensão do Constitucionalismo e da democracia passam a articular-se de forma indissociável no Estado democrático de Direito. O paradigma normativo no processo de reconstitucionalização do direito é a Lei Fundamental de Bonn e a criação do Tribunal Constitucional Federal. Após a Segunda Guerra, deixa de prevalecer na Europa o modelo de supremacia do parlamento, predominando o da supremacia da Constituição, com a criação de Tribunais Constitucionais que passaram a resguardá-la inclusive contra a vontade majoritária. De acordo com Luis Roberto Barroso, esse conjunto de transformações inerentes ao direito constitucional podem ser sintetizadas da seguinte forma:

(...) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do sec XX; ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. (...) ⁵⁷⁴

Desse modo, no Brasil, o processo da constitucionalização do direito ocorreu recentemente a partir da Constituição de 1988, quando esta conquistou uma superioridade material, por meio da qual a força normativa dos princípios passou a produzir efeitos por todo o ordenamento jurídico. De fato, partindo dos pressupostos argumentativos inerentes ao Neoconstitucionalismo, a atuação dinâmica dos movimentos sociais pode suscitar uma cultura constitucional que potencializa a relação entre grupos estigmatizados e o Judiciário, de forma a impulsionar transformações nos processo de interpretação da Carta Magna. Com

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11-12.

efeito, percebemos, com base em Reva Siegel, que a atuação dos tribunais superiores na proteção dos direitos das uniões homoafetivas, por exemplo, partindo de uma compreensão ampla acerca do texto da Carta Magna, tem inspirado uma cultura jurídico-constitucional que dinamiza as interações formais e informais entre minorias e o Judiciário.

De acordo com Reva Siegel e Robert Post, “ a contestação política desempenha um papel importante na elaboração de compreensões sobre o significado e a aplicação de princípios constitucionais.”⁵⁷⁵ Ou seja, a atuação dinâmica dos movimentos sociais suscita novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais. Nas palavras dos autores, “quando os movimentos sociais têm sucesso na contestação da aplicação de princípios constitucionais, eles podem contribuir para mudar o sentido social de princípios constitucionais e práticas por estes reguladas.”⁵⁷⁶ Delineia-se, ao nosso ver, uma cultura constitucional aberta a novos padrões normativos que serão administrados com base em pressupostos capazes de revelar uma racionalidade prática inerente a uma metodologia neoconstitucionalista.

Sob esse prisma, compreendemos que, a partir da constitucionalização do direito, os princípios constitucionais de abertura argumentativa passam a ser utilizados pelo Judiciário para administrar questões constitucionais controvertidas inerentes a grupos estigmatizados, como, por exemplo, a possibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, ou a atribuição de direitos sucessórios, atendendo aos desafios propostos pelas sociedades pluralistas. Os princípios constitucionais, ao nosso ver, são vetores da democracia que se renovam e alcançam plenitude argumentativa com a atuação dinâmica dos movimentos sociais, inspirando a atuação do Judiciário, seja em uma perspectiva procedimental ou substancialista.

Desse modo, a arena constitucional passa a ser concebida como um universo simbólico por meio do qual diferentes pretensões normativas são tematizadas e submetidas a processos discursivos, administrados com base em fundamentos jurídicos racionais. No Neoconstitucionalismo, entendemos que a

⁵⁷⁵ BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. “Principles, Practices and Social Movements”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 154: 927, p. 928.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 929.

moralidade passa a ser concebida em uma perspectiva argumentativa e principiológica, funcionando como uma incessante pretensão de correção das normas jurídicas. Com a argumentação jurídica constitucionalizada, o direito passa a ser interpretado de forma dinâmica pelos movimentos sociais e minorias estigmatizadas, de modo que a arena jurídica tem potencialidade em atender de forma juridicamente sensível a pretensões normativas destes grupos. Estes passam a se utilizar da retórica dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade, de forma a interagir com a atuação do Judiciário.

Em face desta leitura, a argumentação jurídica é o principal elemento delineado pelo Neoconstitucionalismo, podendo consubstanciar-se em um instrumental teórico capaz de dinamizar formas complexas de interpretação constitucional que são inspiradas pela atuação efetiva dos grupos minoritários. Em síntese, o Neoconstitucionalismo legitima a atuação do Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa, que serão apropriados pelos movimentos sociais e minorias em processos interpretativos, potencializando as interações entre as Cortes e tais grupos. A mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes e a arena jurídica, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Trata-se, como pretendemos demonstrar, de uma nova narrativa simbólica capaz de inspirar uma cultura constitucional aberta e inclusiva. Assim, de acordo com Reva Siegel, “os movimentos sociais permitem que os atores não governamentais tenham uma oportunidade de responderem às instituições de poder e de ter uma voz no desenvolvimento das normas constitucionais.”⁵⁷⁷ Na nossa percepção, as Cortes, ao nosso ver, rearticulam os processos de interpretação constitucional à luz das pretensões normativas dos atores sociais por meio de processos argumentativos.

Em vista disso, os movimentos sociais possuem um papel fundamental na reconstrução de padrões normativos por meio dos quais questões constitucionais

⁵⁷⁷ BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. “Principles, Practices and Social Movements”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 154: 927, 2006, p. 946.

são reinterpretadas através de princípios constitucionais de abertura argumentativa. Cabe trazer a contribuição teórica de Jack Balkin e Reva Siegel:

(...) Os movimentos sociais não possuem autoridade formal no sistema legal (embora alguns membros dos movimentos sociais possam ser legisladores ou outros agentes políticos). Entretanto, eles podem mudar o significado das normas constitucionais e, portanto, alterar a legitimidade ou ilegitimidade de práticas sociais particulares. Isto ocorre porque movimentos rompem e ajudam a reformular a ordem social da qual o direito e as Cortes, em última análise, dependem. Mesmo sem autoridade formal para construir o direito, movimentos sociais têm o poder de alterar o significado do direito e alterar o ambiente normativo no qual as leis são interpretadas e compreendidas. Eles podem minar ou apoiar a legitimidade de práticas existentes, deslocando princípios consolidados e nutrindo novas normas constitucionais. (...) ⁵⁷⁸

De início, em relação à cultura constitucional brasileira, é premente sublinhar que, na luta por reconhecimento na esfera política, um dos momentos fundamentais na mobilização do movimento homossexual no Brasil ocorreu durante os trabalhos que precederam a Assembléia Nacional Constituinte, quando se pretendeu incluir o termo “orientação sexual” como um dos fundamentos impeditivos de discriminação. Entretanto, o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal consagrou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Naquele momento, os articuladores do movimento homossexual utilizaram-se de contatos estabelecidos com parlamentares, além de estabelecerem alianças com o movimento feminista, especificamente o Conselho Nacional de Direitos da Mulher. Durante o período de elaboração da Constituinte, travaram uma árdua batalha de envio de correspondências e articulações em face das conquistas do movimento no plenário e nas subcomissões.

Nesse contexto de luta, as subcomissões temáticas acolheram a expressão “orientação sexual”, sendo também aceita a sua inclusão no projeto do Relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral (PMDB). Inobstante, a expressão foi suprimida na comissão de sistematização, sob argumento de uma suposta desnecessidade da sua inclusão, apesar da oposição do deputado José Genoíno.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 949.

Entretanto, quando a emenda foi apresentada em plenário, José Genoíno solicitou destaque, o que demandaria 280 votos de aprovação. Entretanto, a bancada evangélica e outros representantes da moral cristã reagiram violentamente com fundamentos absolutamente implausíveis e com alegações religiosas. Nesse aspecto, o deputado Salatiel Carvalho alegou que:

(...)Os evangélicos não querem que os homossexuais tenham igualdade de direitos porque a maioria da sociedade não quer (...) amanhã ou depois, nos próprios meios de comunicação, ou em qualquer aspecto em que os homossexuais se sentirem prejudicados, eles terão cobertura constitucional para garantir que seus direitos sejam respeitados. Só que, na ótica dos homossexuais, os direitos que eles entendem como seus podem ser prejudiciais à formação da própria família, podem ser prejudiciais, inclusive, à formação e à educação. (...)

⁵⁷⁹

Ainda assim, as pretensões normativas dos homossexuais têm sido tratadas pelos meios de comunicação de maneira respeitosa, passando a inserir-se no rol constitucional das minorias, como negros, mulheres e índios. Salientamos, ainda, que três estados, o Distrito Federal e mais de setenta e quatro municípios incluíram a expressão “orientação sexual” como fundamentos impeditivos de discriminação. A consagração da expressão nas Constituições estaduais e municipais reflete, indubitavelmente, as conquistas obtidas pelos homossexuais, no que se refere à capacidade de mobilização do movimento, tendo em vista parceria com órgãos de assessoria parlamentar nos Estados e Municípios. De outro lado, o próprio Ministério da Previdência já concede pensão a companheiros de homossexuais, sendo que, no município do Rio de Janeiro, a prefeitura também concede o referido direito.

Nesse particular, cumpre esclarecer que a importância da mobilização do movimento refletiu-se na existência de um projeto de lei que altera a Lei Federal n. 7716/89, referente a crimes decorrentes de preconceito de raça ou de cor, pretendendo modificar o Código Penal Brasileiro para criminalizar a homofobia. Essa proposição parlamentar, que tramita no Senado Federal sob a forma de PLC n.º 122/06, representa motivo de orgulho para o movimento pró-homossexualismo

⁵⁷⁹ CÂMARA, Cristina. *Cidadania e Orientação Sexual: a Trajetória do Grupo Triângulo Rosa*. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002, p. 123 a 129.

no Brasil. Para melhor compreensão do tema, é oportuno transcrever o que vem proposto nos artigos 8º A e 8º B do projeto de lei:

Art 8º A – impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados, abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1º desta Lei:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art 8º B – proibir e livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs.

Pena:reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Como analisamos, ocorreu um ato de defesa da liberdade religiosa em Frente ao Congresso Nacional que foi realizado por frentes parlamentares da Família e Apoio à Vida, em protesto contra o referido projeto de lei. Ademais, na Carta em Favor da Liberdade de Expressão, Liberdade Religiosa e contra a Pedofilia, que foi entregue ao Senado, alegou-se que o projeto deveria ser rejeitado, pois traz conseqüências nefastas para a liberdade religiosa e a liberdade de expressão garantidas constitucionalmente. Trata-se de um conflito constitucional entre a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV) e livre exercício dos cultos(art. 5º, VI), por um lado, e a não discriminação, por outro.

Destarte, de acordo com o deputado Miguel Martini, integrante da Frente da Família e Apoio à Vida, os líderes religiosos têm o direito de defender opiniões contrárias ao homossexualismo, sem que isso configure discriminação à orientação sexual. Assim, a criminalização à homofobia representa uma questão moral controvertida que, inobstante envolva o direito fundamental à orientação sexual e à não-discriminação, também afeta a liberdade religiosa e liberdade de consciência. Os grupos de defesa dos direitos de homossexuais e aqueles ligados às frentes parlamentares da Família e Apoio à Vida recorrem a diferentes “significados constitucionais” para reivindicarem seus direitos. Trata-se de uma questão constitucional fundamental relativa à atuação das entidades religiosas, no que se refere à difusão de condutas discriminatórias por orientação sexual.

Nessa configuração normativa, Cass Sunstein, analisando o tema, postula que “conflitos entre igualdade sexual e instituições religiosas criam tensões severas em uma democracia constitucional. Tais conflitos levantam uma questão óbvia: o governo tem permissão para controlar comportamentos discriminatórios pelas instituições religiosas e dentro delas?”⁵⁸⁰ Tal controvérsia é resolvida afirmativamente pelo constitucionalista, uma vez que, na sua percepção, mesmo as normas internas das entidades religiosas, que estabelecem tratamento diferenciado entre homens e mulheres, devem se adaptar ao princípios de igualdade de gênero previstos na Constituição.

Assim, entendo que as entidades religiosas, a pretexto de exercerem a liberdade de consciência, não podem difundir condutas discriminatórias que atentem contra minorias estigmatizadas, sendo legítimo à autoridade estatal proteger o direito fundamental à orientação sexual e à não-discriminação, porquanto a própria Constituição assegura a liberdade de crença, credo e culto, na forma da lei, o que remete à possibilidade de regulamentação pelo Legislativo. Em suma, se o PLC nº 122/06 for efetivamente aprovado no Congresso Nacional, a criminalização da homofobia terá decorrido da própria ponderação de princípios estabelecida pelo legislador entre dois direitos fundamentais colidentes, o que não afasta a possibilidade de reconhecimento de sua não aplicação em um caso concreto. Nesse tópico, o seguinte trecho explicita o pensamento de Luis Roberto Barroso:

(...)O legislador, portanto, deverá limitar-se a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer. Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade, em tese, não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto. (...) ⁵⁸¹

⁵⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 210-211.

⁵⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 87.

Inobstante, nossa investigação não propugna adentrar na análise específica da temática relativa à ponderação de princípios na Constituição, mas apenas ressaltar que a existência de normas principiológicas de abertura argumentativa permite a minorias estigmatizadas se apropriarem da retórica dos princípios constitucionais para reivindicarem suas aspirações normativas em lutas intersubjetivas por reconhecimento. Por outro lado, é fundamental salientar que, se o próprio Legislativo estabelecer uma legislação criminalizando a homofobia, não caberia ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, declarar a inconstitucionalidade de tal diploma legislativo, sob o argumento da garantia da liberdade de religião, uma vez que se trata de um instrumento concebido para viabilizar o combate ao preconceito e à discriminação de minorias estigmatizadas.

Com efeito, a postura do STF deverá ser cautelosa e deferente, porque o processo legislativo envolveu uma ampla mobilização da sociedade, de forma que as maiorias parlamentares que possuem interesses atingidos pela lei, foram contempladas no processo político. Ademais, a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, que são objeto de amplo preconceito e hostilidade na sociedade. A atuação contramajoritária revela-se necessária quando ausentes as condições de abertura e participação de grupos minoritários, de forma que o processo político não atende às suas expectativas normativas. Como se sabe, a criminalização da homofobia tem sido debatida no Senado, tendo sido o tema do 5º Seminário da Frente Parlamentar pela Cidadania ABLGT, com a participação de representantes da ABLGT. Se, eventualmente a questão constitucional controvertida chegar ao STF, entendo que a postura deste tribunal deverá ser deferente, defendendo ser solucionada por meio do princípio da proporcionalidade.⁵⁸²

⁵⁸² Nesse particular, é fundamental elucidar a distinção proposta por um dos autores fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, Robert Alexy, entre regras e princípios. De início, é premente sublinhar que a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, delineada por Alexy, revolucionou a ciência do direito. Atribuindo força normativa aos princípios, Alexy pretendeu se contrapor a teorias positivistas que atribuíam um papel secundário aos princípios. Para Alexy, os direitos fundamentais possuem a estrutura de “mandados de otimização”. Enquanto as regras possuem um caráter hipotético-condicional, permitindo a subsunção de comportamentos, os princípios assumem uma dimensão ideal, tendo em vista a possibilidade de cumprimento em “diferentes graus”, o que revela a sua estrutura de mandato de otimização. Nas palavras de Alexy, os princípios “podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoria dos derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87; Nesse contexto, estabelecida tal diferenciação, os conflitos entre regras e as colisões entre princípios são resolvidos de maneiras diversas. O conflito entre regras efetiva-se na

Em vista disso, em relação à questão constitucional relativa à criminalização da homofobia, o conflito entre liberdade religiosa e não-discriminação envolve dois princípios constitucionais que refletem duas autocompreensões éticas e formas de autorrealização concorrentes, reflexo de uma sociedade pluralista na qual há um desacordo moral razoável entre múltiplas concepções de vida boa. São duas formas de identidade expressas em dois valores constitucionais contrapostos: orientação sexual, não discriminação e liberdade religiosa. Inobstante, no caso concreto, entendo que não caberia ao Judiciário anular a ponderação de princípios feita pelo legislador, uma vez que se trata de uma questão relativa a grupos estigmatizados, tendo sido a questão amplamente debatida.

Mas, ainda que a questão seja objeto de apreciação pelo Judiciário, entendemos que a mesma não conduz a uma inconstitucionalidade na norma, uma vez que o princípio da não-discriminação justifica a restrição ao princípio da liberdade religiosa. Nesse aspecto, analisando a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio do subprincípio da adequação, percebemos que a medida relativa à criminalização é instrumento que possui uma relação adequada com os fins a que ela se destina (trata-se de uma relação meio-fim), ou seja, é mecanismo eficaz para reduzir a violência contra homossexuais. De acordo com

dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios se resolvem na dimensão do peso. Diante de algumas possibilidades fáticas ou jurídicas, prevalece o princípio P1; em outros contextos o princípio P2 irá prevalecer. É por meio do princípio da proporcionalidade que serão solucionadas as colisões entre princípios. O princípio da proporcionalidade manifesta-se por meio de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os subprincípios da adequação e da necessidade relacionam-se “à otimização relacionada àquilo que é faticamente possível”. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, diz respeito à otimização quanto às possibilidades jurídicas da situação. ALEXY, Robert. “Constitutional Rights, balancing and Rationality”. In: *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2. Oxford: Malden, 2003, p. 135.

É imperioso elucidar cada um dos subprincípios. O subprincípio da adequação “excluiu a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer outro princípio ou a finalidade para o qual foi adotado”, ou seja, envolve uma adequação lógica entre o meio utilizado e o fim pretendido. Por sua vez, o princípio da necessidade “exige que, entre dois meios para se promover P1, que sejam igualmente eficazes, seja escolhido aquele que interfira menos em P2.” Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à otimização quanto às possibilidades jurídicas, funcionando como uma “lei de ponderação”. Nas palavras de Alexy, “quanto maior o grau de não satisfação, ou interferência de um princípio, maior deve ser a importância em se satisfazer o outro.” Trata-se, portanto, de um juízo sobre a importância de realização de um dos princípios concorrentes que justifica a necessidade de interferência do outro princípio, tendo em vista as possibilidades jurídicas. *Ibidem*, p. 135-136.

uma pesquisa nacional, a cada três dias de 2008 foi detectado pelo menos um crime de ódio por orientação sexual no país, segundo o Programa Federal Brasil Sem Homofobia. De acordo com o relatório anual do Grupo Gay da Bahia, 190 homossexuais foram assassinados no Brasil em 2008, um a cada dois dias, 55% a mais do que no ano anterior. Enquanto em 2007, verificou-se uma morte a cada três dias, em 2008, esses crimes ocorreram uma vez a cada dois dias. O histórico de preconceitos e agressões legitima a criminalização, uma vez que a dinâmica é incrementada por atitudes intolerantes. E, indiscutivelmente, as funções que a legislação penal cumpre são insubstituíveis, permitindo a punição de atentados contra a vida, liberdade e a dignidade humana, possuindo caráter pedagógico e simbólico.

Nessa compreensão normativa, em relação ao subprincípio da necessidade, entendemos que não há outro meio mais benigno capaz de satisfazer com a mesma intensidade o princípio da não discriminação, porque a difusão homofóbica pelos evangélicos é o principal veículo de massa que conduz a uma manipulação das pessoas contra os homossexuais, considerados como seres anormais, doentes, não sendo concebidos como uma expressão de uma sexualidade sadia. Em relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, os fins inerentes à promoção do princípio constitucional da não-discriminação justificam a restrição a outro direito, superando os efeitos suscitados por essa interferência. Trata-se de um juízo de ponderação proporcional na intensidade de interferência entre dois princípios constitucionais.

Em suma, o fim pretendido com a criminalização da homofobia é acabar com a violência e o preconceito, de forma que o grau de satisfação do princípio da não-discriminação justifica a necessidade de interferência no princípio da liberdade religiosa. Destarte, os efeitos colaterais em relação ao exercício de tal direito não são tão relevantes, uma vez que não é fundamental para o evangélico difundir a homofobia, não sendo necessário para o exercício da liberdade religiosa propagar condutas discriminatórias contra homossexuais. Não é constitutivo da expressão religiosa evangélica, a necessidade de difusão homofóbica; a homofobia é a opinião parcial de alguns. O fim pretendido – combate à violência – justifica a restrição, uma vez que a sociedade vai lucrar com a redução da cultura homofóbica, com a formação de novos evangélicos mais moderados, inspirando uma cultura da tolerância por meio da qual os novos

liames identitários inerentes a autocompreensões religiosas podem sofrer um distanciamento reflexivo em relação a suas próprias tradições. Trata-se, portanto, de um juízo de ponderação proporcional racionalmente controlável por meio do exercício argumentativo da pretensão de correção.

Outrossim, analisando a questão, sob a ótica dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento, se atribuirmos ao aspecto psíquico dos participantes e às experiências de desrespeito, na linha da psicologia moral de Honneth, um potencial normativo capaz, não apenas de avaliar a justiça de uma sociedade, mas de fundamentar formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas, tornar-se-à possível alegar, por exemplo, que os líderes religiosos teriam o direito de defender opiniões contrárias ao homossexualismo no exercício da liberdade de consciência, sob pena de se configurar uma situação de vulnerabilidade moral, que conduz a experiências de sofrimento individual.

Sob esse prisma, como salientamos, Honneth afirma a centralidade do desenvolvimento de formas intersubjetivas de reconhecimento mútuo como necessárias à construção da identidade, de forma que “se eu não reconheço meu parceiro de interação, não posso me reconhecer nas suas relações com o mesmo gênero de pessoa, já que lhe foram negadas por mim justamente aquelas propriedades e capacidades que eu quero ver confirmadas por ele.”⁵⁸³ É na esfera do direito que, para o autor, os indivíduos alcançam o reconhecimento na dimensão do autorrespeito. Tal abordagem original e brilhante, todavia, encontra dificuldades de aplicação na esfera do direito constitucional, por razões pragmáticas, especialmente no que se refere à legitimação de formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas, não por sua ênfase na intersubjetividade, mas pelo resgate da psicologia analítica de Dewey.

Nessa trajetória filosófica, para Honneth, em sua releitura de John Dewey, os sentimentos são “reações afetivas ao contrachoque do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”⁵⁸⁴ Nesse cenário, os sentimentos, desprovidos de uma abordagem monológica, típica de determinadas linhas psicanalíticas de

⁵⁸³ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento - A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 78.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 221.

pensamento, passam a conectar-se à atuação positiva ou negativa das ações. É oportuno transcrever novamente o pensamento de Honneth:

(...)O ponto de partida da argumentação de Dewey é constituído pela observação de que os sentimentos aparecem no horizonte de vivências do ser humano somente na dependência positiva ou negativa com a efetuação das ações: ou elas acompanham, como estados de excitação ligados ao corpo, a experiência de “comunicações” (com coisas ou pessoas) particularmente bem-sucedidas ou eles sugerem como vivências de um contrachoque de ações fracassadas ou perturbadas. A análise dessas vivências de contrachoque dá a Dewey a chave que permite a ele chegar a uma concepção dos sentimentos humanos nos termos da teoria da ação. (...) ⁵⁸⁵

Mas, como salienta Andreas Kalyvas, professor da *New School for Social Research*, “como estabelecer a distinção entre sentimentos morais e as expectativas normativas de um grupo reacionário cuja identidade é ameaçada pela democratização e liberalização das sociedades modernas pelos movimentos progressistas?” ⁵⁸⁶ Diante do exposto, as experiências de desrespeito poderiam ser apenas aquelas vivenciadas por cidadãos religiosos, cujas expectativas normativas - de exercerem livremente a liberdade de consciência e de crença - se frustradas, suscitariam uma suposta situação de vulnerabilidade moral, de forma a tornar incerta a legitimação de formas de ativismo judicial.

Nesse cenário, Nancy Fraser configura uma filosofia do reconhecimento capaz de superar os limites estreitos da política da diferença e, seguindo a tradição kantiana, procura afirmar a centralidade da dimensão deontológica da teoria política, fornecendo um instrumental teórico mais coerente com os desafios propostos por formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias. A proposta habermasiana, por sua vez, defende o potencial racionalizador do debate estabelecido na esfera pública como um instrumento capaz de ampliar as potencialidades interpretativas dos participantes em relação aos conteúdos específicos de autocompreensões religiosas ou não religiosas. Em seu livro, *Entre Naturalismo e Religião*, o herdeiro da Escola de Frankfurt propugna a aplicação dos mecanismos pós-convencionais de construção de identidade, por meio dos

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁸⁶ KALYVAS, Andreas. “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2, n. 1. London: Sage Publications, 1999, p. 103

quais as autocompreensões religiosas são suscetíveis de tematização na esfera pública de sociedades pós-seculares.

Entretanto, na democracia constitucional brasileira, nem sempre as minorias estigmatizadas alcançam com plenitude a prerrogativa de serem autoras e destinatárias dos seus direitos, em uma perspectiva habermasiana. Nesse sentido, indiscutível a força política da bancada evangélica, consubstanciando-se como uma forma de degradação das instituições democráticas que cria obstáculos ao exercício dos direitos constitucionais da comunidade AGLBT. Os deputados evangélicos foram eleitos para uma casa representativa de todo o povo e se comportam como representantes de grupo de interesse, liderando ações que promovem posturas discriminatórias contra minorias sexuais.

Inobstante, nossa proposta teórica não pretende relegar o procedimentalismo a uma posição secundária. Pelo contrário, os resultados da mobilização dos grupos homossexuais nitidamente revelam que a discussão pública de suas demandas na sociedade civil e política trouxeram vitórias marcantes em relação a suas demandas. Há um conjunto de leis estaduais e municipais que estabelecem regras de combate à violência e discriminação por motivo de orientação sexual. Inobstante, com base na análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos já mencionados, é imperioso elucidar que efetivamente a arena jurídica brasileira tem atuado como instância de representação de minorias sexuais, sempre que determinadas demandas vinculadas a direitos previdenciários e sucessórios não são satisfeitas pelas instâncias deliberativas.

É de se mencionar que, em 27.02.2008, foi impetrada - pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral - a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, objetivando o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva pelo STF, aduzindo, em primeiro lugar, violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que o texto constitucional, ao vedar qualquer forma de preconceito à discriminação arbitrária, também proibiria implicitamente discriminação fundada em orientação sexual, uma vez que tal forma de desequiparação afronta o núcleo constitucional da isonomia, por estabelecer tratamento diferenciado a situações equivalentes.

Nessa trajetória jurídico-constitucional, o autor sustenta que, diante da inexistência de fundamentos legítimos para justificar a desequiparação, torna-se

necessário estabelecer o tratamento igualitário, pois, em um Estado pluralista, tais fundamentos devem se basear em argumentos assentados em “razões públicas” e não por autocompreensões de mundo particulares, religiosas e assimétricas que são vinculadas a uma moralidade majoritária. Argumentou que o não-reconhecimento das uniões homoafetivas não promove nenhum valor constitucional, afrontando o núcleo substantivo da Constituição, que objetiva construir uma sociedade pluralista, livre e solidária, vedando qualquer forma de discriminação e preconceito, de forma que fundamentos religiosos não podem legitimar práticas discriminatórias em um Estado laico.

Nessa perspectiva, prosseguindo em nossa análise acerca do papel do STJ e STF na proteção de minorias estigmatizadas, verificamos a existência de uma outra questão, que também desperta polêmica: o transexualismo. O transexualismo representa um problema relativo com a identidade sexual ou um caso extremo de disforia sexual. O transexual está convencido de pertencer ao sexo oposto e possui um desejo irreversível de obter a modificação física do corpo para adaptá-lo à imagem que faz de si mesmo. Enfim, sofre de uma insatisfação profunda com o sexo anatômico. No subcapítulo seguinte, investigamos a posição do STJ na proteção dos direitos de transexuais, sendo fundamental, entretanto, elucidar alguns aspectos fundamentais da problemática jurídica envolvida.

5.3.4

O STJ e a questão do transexualismo

É premente compreender que o transexualismo constitui uma desordem de identidade de gênero, havendo uma incongruência entre o sexo biológico e a identidade psíquica. Assim, é considerado pela Medicina como uma anomalia da sexualidade humana. Trata-se, portanto, de uma inversão da identidade psicossocial do indivíduo que gera uma neurose reacional obsessivo-compulsiva. A doutrina classifica o transexual em primário e secundário. O primário é o verdadeiro transexualismo; desde a infância, o indivíduo apresenta aversão ao sexo biológico. No transexual secundário, por sua vez, o impulso transexual ocorre em segundo plano, não sendo recomendável a cirurgia. O seu quadro

clínico pode ser modificado, não se compatibilizando com uma medida tão drástica como a via cirúrgica.⁵⁸⁷

Nesse sentido, a intervenção cirúrgica para redesignação do estado sexual tem como objetivo harmonizar o sexo morfológico e o sexo psicossocial. No Brasil, a primeira cirurgia de redesignação do estado sexual ocorreu em 1971, com o transexual Waldir Nogueira. A cirurgia foi um sucesso, porém, intentada a ação de mudança de nome e do estado sexual no registro de nascimento, o Ministério Público, tomando conhecimento, denunciou o médico como incurso na prática de crime de lesões corporais de natureza gravíssima. Foi em primeira instância condenado a 2 anos de reclusão, mas absolvido em 2º grau, pois não houve ação dolosa em sua atividade profissional, visando apenas a diminuir o sofrimento do paciente.

Durante muitos anos, o Conselho Federal de Medicina compreendia que essa cirurgia possuía caráter mutilante e não corretivo, sendo crime de lesão corporal. Somente com a Resolução 1482/97, os médicos foram liberados eticamente para a realização dessa cirurgia no Brasil. Essa resolução declara ser a cirurgia de mudança de sexo não criminosa e a autoriza, a título experimental, como tratamento dos casos de transexualismo. Em 2002, O Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1652/02, em vigor até os dias atuais. No entanto, a cirurgia nos pacientes será feita por um período não inferior a 2 anos e obedecerá a uma avaliação por uma equipe médica multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social. Somente podem ser operados os transexuais maiores de 21 anos.

De início, incumbiu-se a resolução de definir a síndrome transexual. Para configurar o transexualismo, é necessário que a pessoa apresente profunda insatisfação com o sexo anatômico, desejo expresso de eliminar as genitais, permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois

⁵⁸⁷ A respeito da problemática do transexualismo, cf.: CHOERI, Raul. “Transexualismo e Identidade Pessoal: Cirurgia de Transgenitalização”. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SZANIAWSKY, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação Sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 34; PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo – O Direito a uma Identidade Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. Trad. Orlando Moreira. São Paulo: Loyola, 1997, p. 13, *apud* CHOERI, Raul. “Transexualismo e Identidade Pessoal: cirurgia de trasgenitalização”. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247-248.

anos e ausência de outros transtornos mentais. Para que seja diagnosticado o transexualismo, a resolução exige que o paciente seja acompanhado durante 2 anos por uma equipe multidisciplinar. O Conselho Federal de Medicina parte do pressuposto de que a cirurgia de mudança de sexo tem o propósito terapêutico de adequar a genitália ao sexo psíquico, o que é autorizado pelo artigo 199, § 4º, da Constituição Federal. Tal disposição trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

É de se mencionar que o objeto fundamental do presente trabalho não consiste em realizar uma análise exaustiva da atuação do Judiciário brasileiro na proteção de minorias. Nossa proposta empírica restringe-se apenas ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na proteção de grupos estigmatizados, a partir dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento. É importante, entretanto, tecer breves considerações acerca da evolução jurisprudencial em relação à questão do transexualismo, a fim de compreender a posição específica do STJ na proteção de minorias insulares.

Feitas essas considerações, é fundamental investigar alguns aspectos jurídicos fundamentais envolvidos na problemática do transexualismo. A Constituição de 1988 busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos (art. 3º, I da CF), concebida como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Analisando o tema, Luiz Edson Fachin considera o direito à orientação sexual como um direito personalíssimo com sede constitucional, fundamentando-se no artigo 5º caput e no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.⁵⁸⁸ O *caput* do artigo 5º consagra o direito à liberdade e à igualdade sem distinção de qualquer natureza; o artigo 5º, inciso X, por sua vez, garante a inviolabilidade da vida privada e da intimidade. Para Fachin, esses dispositivos constituem o fundamento jurídico que consagra o direito fundamental à orientação sexual.

Mas, a questão fundamental relativa ao transexualismo constitui a possibilidade ou não de alteração do *status* sexual. O problema agravava-se quando, depois de realizada a cirurgia, o pedido de modificação do prenome e do status sexual era indeferido e a aparência da pessoa passava a não condizer com o

⁵⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. “Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.

seu sexo jurídico. Durante a década de 80, os tribunais brasileiros defendiam a imutabilidade do prenome e do estado sexual no registro, admitindo somente as retificações da Lei de Registros Públicos. Alegava-se que o registro público deveria ser preciso e regular, constituindo expressão da verdade. Em relação à mudança de sexo, argumentava-se que a cirurgia não resultava em uma verdadeira alteração do sexo, pois este não era uma questão de escolha, mas determinado biologicamente. Tal retificação do registro civil só era admitida, em regra, no caso do intersexual.

No início da década de 90, houve uma inovação em relação ao entendimento da matéria, passando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a decidir favoravelmente à admissibilidade da modificação do registro do transexual redesignado. O advento da Resolução 1482/97 do CFM provocou a manifestação de alguns tribunais brasileiros, que passaram a decidir não apenas favoravelmente pela cirurgia, mas também pela mudança do prenome. A jurisprudência e a doutrina passaram a flexibilizar a barreira da imutabilidade prevista no artigo 58 da Lei de Registros Públicos, no sentido de assegurar ao transexual operado o direito a um prenome que não o exponha a uma situação capaz de ofender sua dignidade. Quanto à mudança de sexo civil, a questão ainda suscita certa polêmica, pois representa uma questão moralmente controversa em uma sociedade pluralista, sobre a qual inexiste consenso filosófico ou moral. Há aqueles que defendem a tese segundo a qual sexo não pode ser objeto de escolha, sendo determinado biologicamente, enquanto outros propugnam a possibilidade de alteração no registro civil, com base no princípio da dignidade humana.

Nesse ponto, é fundamental lembrar que, para autores procedimentalistas, como Jeremy Waldron e Jürgen Habermas, somente o procedimento democrático de decisão coletiva seria compatível com as diferentes concepções filosóficas de uma sociedade pluralista, razão por que não seria razoável transferir para o Judiciário a tarefa de decidir o profundo desacordo moral. Ou seja: apenas a institucionalização de procedimentos pode efetivar concepções de autonomia humana e dignidade moral. Sob esse aspecto, ressaltamos que, para Waldron, o procedimento democrático constitui o instrumento capaz de realizar o princípio moral da dignidade humana, contrapondo-se à perspectiva liberal delineada por Dworkin, que atribui aos juízes a tarefa de resguardar uma esfera de inviolabilidade moral dos indivíduos frente a

decisões de maiorias parlamentares. Habermas, a seu turno, leciona que a leitura moral da Constituição empreendida por Dworkin pressupõe uma “confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais americanas”, razão por que o seu paradigma procedimental contrapõe-se à perspectiva substancialista de democracia constitucional.

Inobstante, quando concebemos a arena constitucional como um cenário de lutas pelo reconhecimento, percebemos que o Judiciário - enquanto instância de representação de minorias - pode inspirar uma nova narrativa simbólica, um novo processo de articulação da diferença em uma cultura jurídico-constitucional aberta e inclusiva, sempre que as instâncias deliberativas mostrarem-se insensíveis às aspirações normativas de grupos estigmatizados. No caso específico do transexualismo, existe o Projeto de Lei da Câmara n. 72/2007, alterando o artigo 58 da Lei 6015/73, que dispõe sobre registros públicos, possibilitando a alteração do prenome de pessoas transexuais. Enquanto a Lei 6015/73 estatui que toda alteração de prenome seja realizada pela via judicial, o projeto estabelece um procedimento simplificado e célere, prevendo a exigência de um laudo médico que comprove a condição da pessoa transexual.

Sob esse prisma, durante a discussão do projeto, surgiram inúmeras críticas dirigidas contra a necessidade de se averbar o nome no registro e a ausência de previsão específica para alteração de sexo. O projeto encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, sendo que, até a sua aprovação, a justiça vem suprimindo a lacuna legal. Assim, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, de forma a contemplar minorias estigmatizadas, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando a atuação dos órgãos políticos não atende às expectativas normativas de minorias insulares, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *déficit* de abertura e participação das mesmas.

Sob essa ótica, como pretendemos demonstrar, tal insuficiência da atuação das instâncias deliberativas no provimento de demandas sociais específicas de transexuais tem sido suprida pelo papel pedagógico da atuação de alguns tribunais e do Superior Tribunal de Justiça na interpretação constitucional da questão do transexualismo, postura esta que se insere em um contexto mais amplo, revelando uma sensibilidade jurídica dos Tribunais Superiores em relação ao tema dos

grupos estigmatizados, seja no que se refere a direitos de transexuais, de homossexuais ou, como pretendemos demonstrar, de índios.

De início, é necessário explicitar a existência de uma tendência que vem se expressando nos tribunais, em favor da alteração do *status* sexual do transexual. De cinco anos até os dias atuais, esse entendimento vem se consolidando cada vez mais na jurisprudência, havendo vários acórdãos dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco que buscam adequar o prenome e o estado sexual do transexual, embora existam decisões em sentido contrário no que se refere à mudança de sexo, considerado biologicamente imutável. Há um primeiro entendimento na doutrina no sentido de que se deve permitir a alteração do prenome, colocando-se o termo transexual no lugar reservado ao sexo para garantir que outrem não seja induzido a erro. Mesmo entre os doutrinadores que defendem a alteração do *status* sexual, há divergência quanto à possibilidade de constar ressalva no registro sobre a condição de transexualidade.

Nesse quadro teórico, passamos ao exame da questão central que é objeto de reflexão em nosso trabalho: a análise da sensibilidade jurídica do STJ e STF na apreciação de questões relativas a direitos de minorias. Podemos mencionar, como exemplo dessa sensibilidade jurídica, a atuação do Superior Tribunal de Justiça no deferimento do pedido de homologação da Sentença Estrangeira n^o 001058, que determinou a retificação do registro para atribuir sexo e prenome feminino a determinado transexual. O autor da ação ajuizou pedido de homologação de sentença estrangeira formulada pelo Tribunal de Gênova, na Itália, que estabeleceu a retificação do prenome e do sexo no registro civil após a realização de cirurgia para mudança de sexo. O Min. Barros Monteiro citou um acórdão paradigmático proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação civil n^o 165.157-4/5, no qual o relator Desembargador Dr. Boris Kaufmann leciona que “manter-se um ser amorfo, por um lado mulher, psíquica e anatomicamente reajustada, e por outro lado homem, juridicamente, em nada contribuiria para a preservação da ordem social e da moral...”⁵⁸⁹ Nesse sentido, vale a pena transcrever uma passagem do voto do Min. Barros Monteiro:

⁵⁸⁹ Nesse cenário, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela 5^a Câmara de Direito Privado, deferiu alteração do estado sexual com base no art. 5^o, X (inviolabilidade da vida privada) da Constituição. No acórdão, o Des. Relator Dr. Boris Kaufmann defende que a alteração pode viabilizar um

Já na Declaração Universal dos Direitos de Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º X). Reside aqui o fundamento autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela, ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente normais em qualquer indivíduo, pelo medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida.⁵⁹⁰

Com efeito, o Min. Barros Monteiro ponderou que a pretensão não ofende a soberania, a ordem pública ou os bons costumes, sendo fundamental conferir ao interessado “uma identidade de gênero que lhe permita resolver a grave dicotomia em sua personalidade, com a possibilidade de garantir-lhe uma vida mais serena e de favorecer e sua integração social em sintonia com sua tendência natural.”⁵⁹¹

Verificamos, por meio da leitura do voto do Ministro Barros Monteiro, como os princípios constitucionais foram utilizados pelo STJ, de forma a atribuir integridade moral ao ordenamento jurídico.

Indubitavelmente, as concepções de “ordem pública” e “bons costumes” representam conceitos jurídicos indeterminados que inspiram múltiplas possibilidades interpretativas. No caso específico, o STJ interpretou tais conceitos à luz dos princípios constitucionais da intimidade, da honra e da dignidade da pessoa humana. Percebemos que, com base em tais princípios constitucionais de abertura argumentativa, o Tribunal foi capaz de resgatar uma interpretação aprimorada a respeito do conceito de “ordem pública” que se articulou a uma moralidade crítica capaz de reconstruir as práticas sociais vigentes, atendendo de forma juridicamente sensível a pretensões normativas de minorias sexuais. A

casamento inexistente, se o transexual vier a contrair núpcias com outro homem, posto que o ordenamento só reconhece como válido o casamento entre pessoas de sexo diversos. Destaca que, uma vez adotado o fator psicológico como critério distintivo entre os sexos, o casamento existe. Inobstante, se a transexualidade era ignorada pelo outro consorte, este poderá ajuizar ação de anulação do casamento. O acórdão fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nega a possibilidade de ressalva no registro de nascimento sobre a condição de ser o autor transexual. TJ-SP. Ac. da 5ª Câmara de Dir. privado. Apel. Cível n. 165.157-4/5. rel. Des. Boris Kaufmann.

⁵⁹⁰ STJ-SE 001058.

⁵⁹¹ STJ-SE 001058.

própria leitura moral da Constituição, ao nosso ver, legitimou uma perspectiva substancialista capaz de conectar direito e moralidade crítica. De fato, a existência de conceitos jurídicos indeterminados não inspirou uma postura discricionária do STJ, mas uma postura reconstrutiva do ordenamento jurídico, com base em princípios que conferem integridade moral ao sistema normativo.

A questão fundamental, entretanto, é: como pensar todas essas transformações do ponto de vista dos fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento? O modelo ora proposto de patriotismo constitucional propugna uma releitura da versão procedimental habermasiana, apostando no Judiciário como instância capaz de resgatar a dimensão substantiva da Constituição. Tais exemplos demonstram que, em situações estratégicas, a arena constitucional pode se configurar como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, sobretudo em momentos nos quais o processo político majoritário não seja capaz de atender às pretensões normativas de grupos minoritários.

Nesse contexto, assinalo ainda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm assumido um papel fundamental na proteção de determinados grupos minoritários, expresso - nos termos da teórica feminista Nancy Fraser - como um fator político capaz de eliminar determinados obstáculos institucionais que impedem a “participação paritária” de tais minorias, de forma a permitir a renegociação dos padrões justos de interação social. Como pretendemos demonstrar no subcapítulo seguinte, um julgamento relevante que revela a contribuição fundamental do STF no combate a posturas discriminatórias, motivadas por racismo, foi o caso Ellwanger, revelando o papel fundamental do judiciário na construção de uma cultura constitucional baseada na concepção de tolerância e respeito à diferença.

5.3.5

O STF e o caso Ellwanger

Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do crime de racismo, em razão da publicação de livros de conteúdo antissemita: *O Judeu Internacional: Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*. Em setembro de 2003, por 8 votos a 3, o STF confirmou a condenação de Siegfried Ellwanger, concluindo que a propagação de

ideias discriminatórias ao povo judeu constitui crime de racismo, indeferindo pedido de *habeas corpus*. Confirmou a condenação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, os Ministros Marco Aurélio de Mello e Moreira Alves propugnavam que os judeus não poderiam ser considerados como uma raça, razão pela qual se manifestaram favoravelmente à concessão do *habeas corpus*. Uma vez que o editor apenas divulgava ideias de conteúdo antissemita, e não por incitar a população, estava amparado pelo exercício da liberdade de expressão e manifestação do pensamento individual. Para o Ministro Moreira Alves, os judeus não são uma raça, mas um povo, legitimando a inocência de Ellwanger. A maioria dos ministros, todavia, não se limitou a uma interpretação literal do conceito de raça. O Ministro Maurício Correa asseverou que:

Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente, não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer características físicas, visto que todos se qualificam uma espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos... (...) a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensão de inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.⁵⁹²

A questão fundamental, portanto, decorria de um conflito entre o princípio constitucional da liberdade de expressão e da não-discriminação. Nesse contexto, distanciou-se de uma hermenêutica positivista tradicional, para resgatar a importância dos princípios no processo de interpretação constitucional. Como salientamos, no Neoconstitucionalismo, democracia e Constituição passam a conectar-se de forma marcante no Estado democrático de Direito. Em face desta leitura, compreendeu-se que o princípio constitucional da liberdade de expressão nem constitui um valor absoluto, nem pode ser um instrumento capaz de acorbertar a prática de ilícitos penais. O direito à incitação ao racismo não se encontra amparado pelo direito constitucional à liberdade de expressão, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Um outro julgamento histórico

⁵⁹² STF, HC 82.424-2/RS. Min Relator Dr. Moreira Alves, data de julgamento, 19/03/2004.

que reflete tal sensibilidade jurídica do STF, evidenciou-se no caso da ação popular que questionava a legalidade da demarcação de uma área contínua de 1,7 milhão de hectares para a reserva indígena Raposa / Serra do Sol, em Roraima.

5.3.6

O STF e a demarcação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol

O julgamento da ação popular que questionava a legalidade da demarcação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, iniciou em 27 de agosto, mas, após a leitura do primeiro voto do Ministro Dr. Carlos Ayres de Britto, a votação foi suspensa. A reserva foi demarcada e homologada em 2005, quando começou a retirada dos não-índios da região. É premente frisar que os Ministros julgaram a primeira das mais de 30 ações que contestam a legalidade da homologação contínua da Reserva Serra do Sol. A decisão do STF, por 10 votos a 1 dos ministros, afirmou a legalidade da demarcação contínua da Reserva, uma vez que o Min. Marco Aurélio foi o único a votar contra o processo de demarcação. Para o Min. Gilmar Ferreira Mendes, a decisão é histórica, sendo a primeira vez em que a problemática da terra indígena é objeto de apreciação à luz da Constituição. A demarcação foi aprovada com 19 restrições, 18 determinadas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e uma formulada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes. O modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, foi impugnado por ação popular ajuizada por Senador da República contra a União, na qual se pretendeu “a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto Homologatório de 15/04/005, do Presidente da República.”⁵⁹³

O autor sustentava que “a Portaria em questão apresentava os mesmos vícios da Portaria 820/98, que a antecedeu, em razão da não observância das normas dos Decretos 22/91 e 1.775/96, haja vista que não teriam sido ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia”⁵⁹⁴, e somente um profissional teria assinado o laudo antropológico, suscitando uma “prova de

⁵⁹³ STF, Pet 3388/RR, voto do rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

⁵⁹⁴ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

presumida parcialidade.” Aduz que “a reserva em área contínua traria consequências desastrosas tanto para o Estado de Roraima, sob os aspectos comercial, econômico e social, quanto para os interesses do país, comprometendo a segurança e a soberania nacionais.”⁵⁹⁵

No ensejo, alega a existência de “um desequilíbrio da Federação, já que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, suprimiria parte significativa do território roraimense, ofendendo, ademais, o princípio da razoabilidade, ao privilegiar de maneira absoluta o princípio da tutela do índio em detrimento, por exemplo, da iniciativa privada.”⁵⁹⁶ A discussão sobre a demarcação da Reserva levou sete meses para ser concluída, tendo sido julgada em várias etapas relativas aos meses de agosto, dezembro de 2008 e agora em março de 2009. O Min. Marco Aurélio de Mello destacou algumas ilegalidades do processo administrativo que resultou no decreto presidencial de demarcação da reserva indígena. Em agosto de 2008, o relator, Min. Carlos Ayres de Britto, já havia julgado improcedente o pedido formulado, para assentar a condição indígena da área demarcada como Raposa Serra do Sol, em sua totalidade, ficando revogada a liminar concedida da ação cautelar 009, devendo se retirar das terras em causa todos os indivíduos não índios.

De início, é importante esclarecer que a controvérsia decorreu de um conflito constitucional entre os princípios federativo e da autonomia privada, por um lado, e, por outro lado, o princípio da tutela ao índio. O artigo 231 da Constituição Federal dispõe: “São assegurados aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”⁵⁹⁷ A questão da terra, portanto, assume especial relevância para os direitos dos povos indígenas, pois visa a assegurar a sobrevivência física e as singularidades culturais relativas a crenças e tradições

⁵⁹⁵ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

⁵⁹⁶ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

⁵⁹⁷ Art. 231 da Constituição Federal de 1988.

desses povos. Nas palavras de Luis Fernando Villares, a demarcação de terras indígenas constitui “ o reconhecimento formal previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, realizado pelo Estado brasileiro, de competência da União Federal, das terras indígenas tradicionalmente ocupadas.”⁵⁹⁸ De fato, a partir da norma do artigo 231, *caput*, podemos extrair o princípio constitucional implícito da tutela-proteção dos direitos indígenas. Desse modo, trata-se de um princípio que, inobstante a ausência de uma previsão expressa no texto da Constituição, decorre de uma interpretação sistemática do texto constitucional quanto à proteção estatal aos direitos e interesses relativos às comunidades indígenas.

Indubitavelmente, um dos aspectos mais interessantes do voto do Min. Carlos Ayres de Britto foi a utilização de uma argumentação jurídica específica para resguardar o princípio constitucional implícito da tutela-proteção dos direitos indígenas, estabelecendo novos contornos teóricos e hermenêuticos em relação ao princípio da proporcionalidade. Para o Ministro, o próprio conceito de “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas ganha “um conteúdo irrecusavelmente extensivo.”⁵⁹⁹ Nesse particular, como elucidamos, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado no cenário constitucional brasileiro como uma forma de limite à atividade estatal. O princípio da proporcionalidade constitui um dos mais relevantes limites à atuação legislativa e administrativa, assumindo especial relevância na interpretação constitucional, especialmente no que se refere à análise das restrições a direitos fundamentais, diante da possibilidade de colisão entre princípios constitucionais.

No caso a ser analisado, trata-se de um conflito constitucional entre o princípio constitucional implícito da tutela-proteção dos direitos indígenas em contraposição aos princípios do pacto federativo e da autonomia privada. Estabelecidas tais premissas jurídicas, percebemos a relevância da argumentação jurídica utilizada pelo Min. Carlos Ayres de Britto, tendo em vista que, na sua compreensão, o “princípio da proporcionalidade”, ao ser utilizado em tema da

⁵⁹⁸ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125.

⁵⁹⁹ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

demarcação das terras indígenas, assume uma dimensão extensiva e não restritiva. Esclareceu que, “ para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, em contraposição ao que denomina de “cosmogonia indígena,” sendo necessário “conferir aos índios tudo o que é necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b)a reprodução de toda a estrutura social primeva.”⁶⁰⁰

Disso se infere, ao nosso ver, que a concepção de necessidade inerente ao princípio da proporcionalidade, que implica um contraste entre medidas, tendo em vista a possibilidade de um meio menos restritivo a um direito fundamental, especificamente em relação aos índios, assume uma dimensão estrita. O Ministro Carlos Ayres de Britto não explicitou a sua compreensão acerca do que representa a “conotação estrita” da necessidade, mas interpretamos tal posicionamento no sentido de que, mesmo que existam outros meios que interfiram menos no princípio da autonomia privada e do pacto federativo, tal existência não possui relevância jurídica, pois o texto constitucional impõe que se reconheça aos índios a preservação de todos os recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural.

Nesse empreendimento normativo, segundo o relator, que tal equação decorre da disposição constitucional de acordo com a qual “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”⁶⁰¹, de forma que esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente, inclusive à própria Constituição, e ainda, à transformação de um Território Federal em Estado Membro. Nesse tópico, cumpre elucidar que, uma vez homologada a demarcação por meio do decreto presidencial, há o reconhecimento declaratório, e não constitutivo, do direito à posse indígena. Em vista disso, a homologação implica o reconhecimento automático da nulidade dos atos que impliquem o domínio e a posse das terras indígenas.

⁶⁰⁰ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

⁶⁰¹ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

Nesse particular, mencionou que o artigo 14 §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que a instalação dos Estados do Amapá e de Roraima ocorreria “com a posse dos governadores eleitos em 1990”, para afirmar que, “em consequência, o novo Estado já nasce com seu território jungido a esse regime constitucional de preexistência de direitos à ocupação de terras que, por serem indígenas, pertencem à União, não havendo de se falar em redução do patrimônio, ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação.”⁶⁰² Inexiste, portanto, subtração do território de Roraima, uma vez que o art. 231, §6º da Constituição Federal determina serem nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, não gerando direito à indenização.

Nessa percepção teórica, compreendemos, com base no texto constitucional, que o direito indígena às terras é preexistente tanto à própria formação do território de Roraima e Amapá como ao reconhecimento estatal por meio do decreto homologatório; entretanto, este estatui deveres e prerrogativas da União que são decorrentes do poder administrativo de polícia em relação à terra indígena. A União tem a prerrogativa de declarar a nulidade dos atos jurídicos que impliquem o domínio e a posse das terras indígenas, de forma que todos os títulos de propriedade relativos a áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios são considerados inexistentes. Cabe também à União fiscalizar a adequada utilização das riquezas minerais e dos recursos hídricos pelos não-índios.

Nesse cenário, em relação ao formato da demarcação indígena, entendeu que deve ser contínuo, pois somente ele viabiliza os imperativos constitucionais voltados para garantir os recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural de uma dada etnia. (art. 231, §1º). Tal posicionamento, ao nosso ver, é o único capaz de harmonizar-se com a vontade do Constituinte, uma vez que a permanência das populações não-índias no interior da reserva suscitaria efeitos negativos em relação ao *modus vivendi* indígena. Os índios teriam restrições sérias nas suas atividades produtivas de caça e pesca, tendo em vista a possibilidade de limitações ao seu deslocamento dentro da reserva. No mérito, o relator julgou improcedente o pedido formulado, “para assentar a condição indígena da área

⁶⁰² STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

demarcada como Raposa Serra do Sol, em sua totalidade, pelo que fica revogada a liminar concedida na ação cautelar 2009, devendo se retirar das terras em causa todos os indivíduos não-índios.”⁶⁰³

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da ação popular. O Min. Carlos Alberto de Direito manifestou-se a favor da homologação contínua, mas estabeleceu limites ao arbítrio da FUNAI no tema da administração das terras indígenas, sugerindo 18 condições, tendo em vista a disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras.⁶⁰⁴

⁶⁰³ STF, Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.08.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

⁶⁰⁴ Nesse contexto, confira-se as 18 condições impostas pelo Min. Carlos Alberto de Direito: “1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art 221, § 6º da CF, o interesse da União, na forma da lei; 2) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo, se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação das bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes - O Ministério da Defesa e o Conselho de Defesa Nacional - serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai.; 7) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação, fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, à pesca e ao extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e os costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração; 11) deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12) o ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifa ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas; 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como a atividade agropecuária extrativa; 16) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI e 231, § 3º, da Constituição da República,

Nessa trajetória jurídica, os Ministros Carmem Lucia, Ricardo Lewandowsky, Eros Grau, César Peluso e Ellen Gracie também julgaram parcialmente procedente a ação popular para que fossem observadas as condições constantes do voto-vista do Min. Menezes Direito, tendo a Min. Carmem Lúcia feito ressalva quanto às condições 10, 17 e 18. O Min. César Peluso, quanto aos itens 8 e 9, acompanhou o Min. Menezes Direito por diversos fundamentos jurídicos. Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa julgou o pleito improcedente. O Min. relator, Carlos Ayres de Britto, reajustou o seu voto para também adotar as observações contidas no voto do Min. Carlos Menezes Direito, com ressalva à condição 9, para dela excluir a expressão “em caráter apenas opinativo” e inserir as palavras “os usos”, antes da expressão “tradições e costumes indígenas”.

É imperioso sublinhar que, em março de 2009, os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio de Mello e Celso de Mello finalizaram a votação, de forma que o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado. O Tribunal, inicialmente, rejeitou questão de ordem suscitada por representante da comunidade indígena assistente, no sentido da renovação da oportunidade de sustentação oral das partes, tendo em vista a superveniência de fatos surgidos no julgamento, relativamente às condições determinadas pelo Min. Menezes de Direito. Ficou vencido o Min. Marco Aurélio de Mello, acolhendo a questão de ordem, sob a alegação de que as condições inovariam o processo, não tendo sido objeto de discussão. Quanto ao mérito, prevaleceu o voto do Min. Carlos Ayres de Britto, que determinou a condição indígena da área demarcada, em sua totalidade, tendo o Tribunal aprovado as ressalvas determinadas pelo Min. Menezes Direito, apenas realizando algumas alterações.

Em relação à condição 3, determinada pelo Min. Menezes Direito, ratificou que o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, mas assegurou a participação dos índios no resultado da lavra, na forma da lei.

bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e inisponíveis. ” STF, Pet. 3388/RR, voto do Min. Dr. Menezes Direito, 10.12.2008, extraído do livro FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *STF-Principais Julgamentos*. Salvador: JusPodivum, 2009.

Acrescentou uma condição em relação às dezoito já estabelecidas, assegurando aos entes federados a participação no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Quanto à condição 17, fizeram ressava os Ministros Carlos Ayres de Britto, Dr. Eros Grau e Dra. Carmem Lúcia. O relator admitia a ampliação de terras indígenas demarcadas antes da Constituição de 1988. Os Ministros Joaquim Barbosa (julgou improcedente o pedido) e Marco Aurélio de Mello ficaram vencidos.

Em síntese, o Min. Marco Aurélio julgou o pedido procedente, apontando a nulidade do processo de demarcação, tendo em vista a inexistência de citação dos principais interessados para se manifestarem na fase de instrução do processo. O ministro propôs o saneamento da ação, sob pena de nulidade de todo o processo, providenciando-se a citação do Ministro da Justiça, responsável pela edição da portaria demarcatória, e a do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, responsável pelo decreto de sua homologação, de 15 de Abril de 2005. Propôs, ainda, a citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Urimatã, Paracaima e Normandia cuja localização situava-se na área demarcada. Observou que o Ministério Público deveria ter sido intimado desde o início do processo, tendo em vista o § 4º do art. 6º de Lei 4.717. De fato, o Ministério Público somente foi intimado a pronunciar-se após o término da instrução probatória.

Assim, a decisão suscitou muita polêmica, uma vez que, para muitos constitucionalistas, o STF teria ultrapassado os limites estabelecidos pela separação de poderes, propondo a edição de comandos normativos, independentemente do debate público, não tendo se assegurado plenamente o contraditório aos grupos e às instituições, a fim de que se manifestassem na instituição das condições determinadas pelo Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. Inobstante, entendo que as condições exigidas pelo Ministro Carlos Alberto de Direito, e endossadas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, decorrem apenas de uma interpretação da Constituição aplicada a um contexto fático, refletindo o sentimento de certos setores sociais que consideravam a possibilidade de ameaça à soberania nacional sobre aquele território. Tais condições, ao contrário do que alegam muitos, não conferem primazia à política de defesa nacional em detrimento dos direitos indígenas, sendo uma técnica que atua no campo da operacionalização da decisão.

Com efeito, como salientou Ayres de Britto, tratou-se de uma técnica criativa, inteligente, ao condicionar a execução do julgado a algumas providências. Não houve inovação quanto ao contexto fático, os fatos foram os mesmos, havendo apenas alteração dos argumentos jurídicos, sendo desnecessária a rediscussão contraditória da matéria. Para o Min. Joaquim Barbosa, todavia, a decisão suscitaria um constrangimento das comunidades sem que se garantisse às partes a oportunidade de trazer seus argumentos a respeito das condições, ofendendo o artigo 5º, inciso LV da Constituição.

A problemática decorre do fato de que o STF tem firme jurisprudência no sentido de assegurar o contraditório na esfera administrativa e civil. Podemos citar como exemplo, o julgamento da ADI n.º 1105, argüindo a inconstitucionalidade do art 7º da Lei 8.906/94, que determina serem direitos do advogado “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.”⁶⁰⁵ Nesse julgado, o plenário do STF considerou que a possibilidade do advogado fazer sustentação oral após o voto do relator, viola o princípio do contraditório previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio do devido processo legal nos seus dois aspectos: procedimental e substantivo.

Sob esse prisma, especificamente no caso da PET 3388/RR, a circunstância de os julgadores suscitarem razões, fundamentos e argumentos jurídicos que não foram previstos pela parte, insere-se no próprio mecanismo decisório. Em suma, o fato de se invocar uma questão jurídica nova no curso do julgamento, não é suficiente para suscitar a exigência de uma nova sustentação oral, criando-se o precedente perigoso, da necessidade de interrupção do julgamento, para retornar ao *status quo ante*, com a aditamento da peça da ação popular e reinstauração da instrução probatória. A mera circunstância de ter havido um novo enfoque, na prolação de um voto pelo acolhimento em parte do pedido inicial, não torna necessário reabrir-se a sustentação da tribuna, situando-se dentro da *cognitio* do tribunal.

⁶⁰⁵ Art 7º da Lei 8.906/94

O Ministro Carlos Ayres de Britto ratificou a decisão do Min. Carlos Alberto de Menezes de Direito, no sentido de que o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, mas assegurou a participação dos índios no resultado da lavra, na forma da lei. Trata-se, portanto, de uma interpretação literal do artigo 231 da Constituição Federal, que determina que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.”⁶⁰⁶. Inexiste, portanto, inovação fática.

Feitas essas considerações, compreendo que a atuação do STF consagrou, portanto, um substancialismo sensível a grupos estigmatizados, atuando como uma “instância de representação de minorias”. Nesse ponto, tal perspectiva assumida pelo STF aproximou-se da postura teórica de um outro autor americano, John Hart Ely, cujas contribuições teóricas foram fundamentais no debate sobre o papel do Judiciário, enquanto “instância de representação de minorias”, mas em uma perspectiva procedimental. A questão fundamental, para Ely, consiste em identificar se existe ou não um contexto pluralista no qual as várias minorias que integram nossa sociedade, interagem e deliberam para proteger seus interesses ou se, ao contrário, o sistema de “pactos de defesa mútua” revela-se ineficaz. O autor contrapõe-se ao argumento segundo o qual as Cortes não seriam qualificadas para engajar-se nesse tipo de análise política prática, de forma que caberia ao Judiciário identificar quais grupos na sociedade não têm seus desejos e necessidades atendidos pelas instâncias deliberativas.

Em síntese, a problemática fundamental enfrentada por Ely consiste na possibilidade de conciliação entre a atuação judicial e o processo democrático. Adotando uma perspectiva procedimentalista, o autor enfatiza que tal possibilidade decorre da necessidade de se atribuir ao tribunal a função de avaliar a regularidade do processo legislativo. Somente o controle do processo democrático e de seus requisitos processuais pode assegurar que uma pluralidade de interesses se manifeste em um espaço público democrático. Tal percepção está

⁶⁰⁶ Artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

fortemente conectada com a ideia de democracia, que irá se legitimar através do controle do procedimento legislativo. Ao resguardar as condições formais do processo legislativo, as decisões judiciais estariam legitimadas democraticamente.⁶⁰⁷

Nessa perspectiva, Ely pretende dialogar com duas tradições teóricas do constitucionalismo americano: originalistas e não-originalistas. Os originalistas compreendem as normas como entidades autorreferentes, independentemente de qualquer conteúdo substantivo. A atuação judicial, portanto, deve se restringir à letra da lei, tendo em vista as escolhas estabelecidas pelo legislador. O objetivo fundamental dos originalistas é a compatibilização com o princípio democrático, considerando-se a inexistência de legitimidade dos juízes para invalidar atos aprovados pelo legislador e, nesse particular, somente o poder democraticamente eleito possui autorização constitucional para decidir questões políticas fundamentais. Se o princípio majoritário constitui o pilar da estrutura político-constitucional, estatuinto a concepção segundo a qual todos os cidadãos devem se submeter ao governo da maioria, as decisões majoritárias somente podem ser restringidas através de limites estabelecidos pela própria vontade popular.

Diante dessa estrutura conceitual, para o originalismo, como apenas os cidadãos podem estabelecer na Constituição cláusulas de natureza contramajoritária, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o juiz apenas está resguardando a supremacia da vontade popular. Ely, entretanto, contrapõe-se a uma concepção estreita de originalismo, sublinhando que o estabelecimento de poderes ilimitados aos legisladores do passado contraria o princípio democrático, restringindo a vontade popular. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o juiz originalista estabelece a supremacia da vontade das gerações passadas, retirando das gerações presentes a possibilidade de realizar escolhas políticas. Mesmo sem desconsiderar a relevância da intenção dos legisladores, Ely postula que a vontade popular deve expressar os interesses das gerações presentes, para que estas deliberem na resolução de seus problemas. Em face desta leitura, a restrição da atuação judicial à vontade dos *framers* seria uma perspectiva sem sucesso, pois algumas cláusulas constitucionais demandam do intérprete uma

⁶⁰⁷ ELY, Jonh Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 75-77.

“independência restrita”, razão por que não é possível restringir a aplicação dessas cláusulas à vontade do legislador.

Nessa linha de raciocínio, para a corrente dos não-interpretativistas, a Constituição é concebida como um documento vivo cujo sentido não pode ser interpretado com base no aspecto literal de seus dispositivos. Muitas vezes, os princípios constitucionais possuem um sentido indeterminado, sendo necessário resgatar aspectos externos inerentes à Constituição “não-escrita”. Ely enfatiza que tanto a perspectiva dos interpretativistas como a dos não-interpretativistas estariam equivocadas. De um lado, para os primeiros, a Constituição deixa de ser um patrimônio dos vivos para transformar-se em um patrimônio dos mortos. Por outro lado, os não-interpretativistas, ao propugnarem o conteúdo substantivo das normas constitucionais, conferem poderes excessivos ao Judiciário, que termina por invadir a esfera de competência destinada ao legislativo.

Outrossim, para o autor, o núcleo substantivo da Constituição não pode ser alcançado de forma objetiva, pois expressa opções ideológicas dos próprios juízes. Em verdade, o Legislativo revela maior aptidão em decidir questões políticas que o Judiciário. De acordo com o autor norte-americano, se inexistem critérios objetivos para aferir questões morais substantivas, nada mais democrático que considerá-las de competência exclusiva do Legislativo. A inexistência de procedimentos democráticos esvazia a legitimidade interpretativa dos tribunais.

Antes de tudo, é mister elucidar que, alinhando-se à matriz procedimentalista, a obra de John Hart Ely se fundamenta em uma defesa contundente da autocontenção judicial, propondo que o *judicial review* deve se restringir à garantia das condições procedimentais que viabilizam o processo democrático. Nesse contexto, não caberia ao Judiciário adentrar no conteúdo substantivo das normas constitucionais, e sim garantir a lisura dos pressupostos procedimentais inerentes à democracia. De acordo com Ely, a atividade do Tribunal Warren tornou-se um exemplo paradigmático exatamente por priorizar a garantia da lisura dos procedimentos democráticos de formação política da vontade, desvinculando-se de uma dimensão substancial e reconstrutiva de valores constitucionais.

Nesse sentido, se o Parlamento não atende às aspirações democráticas, então devemos reforçar os pressupostos democráticos, não havendo razão para o

estabelecimento da supremacia judicial. As decisões políticas de uma sociedade devem ser tomadas pelas instituições políticas com legitimidade democrática e não por um corpo elitista cujos membros não foram eleitos pelo povo.⁶⁰⁸ Constitui uma dimensão intrínseca ao processo legislativo uma racionalidade procedimental que reflete resultados legitimamente democráticos. Visando a conciliar a primazia do processo democrático e a rejeição a uma atividade judicial substantiva, o autor interpreta a atuação da Corte Warren em uma perspectiva procedimental cujas decisões foram fundamentais na trajetória política norte-americana.

Sob esse aspecto, para Ely, a atuação da Corte Warren não reflete um enfoque substantivo, mas uma perspectiva procedimentalista de interpretação constitucional atinente ao devido processo legal, de forma a assegurar a racionalidade do procedimento de maneira imparcial. Trata-se, portanto, de uma atuação eminentemente procedimental voltada para resguardar os direitos individuais e a lisura do procedimento, sem examinar questões substantivas. Vale a pena transcrever o posicionamento de Ely:

(...)A Corte de Warren foi a primeira a atuar seriamente com base nele. Foi também a primeira a avançar até o terreno das restrições ao sufrágio e à má distribuição e, uma vez ali, ocupá-lo com seriedade. Certamente, foram decisões intervencionistas, mas tal intervencionismo não esteve orientado pelo desejo de parte da Corte de reivindicar alguns valores substantivos particulares, que houvessem determinado como importantes ou fundamentais, mas sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é onde propriamente se identificam, pesam e ajustam tais valores – estivesse aberto a pessoas de todos os pontos de vista em condições que se aproximam da igualdade. (...) ⁶⁰⁹

Assim, a atuação da Corte Warren desenvolveu-se com base na proteção de grupos minoritários, de forma a julgar inconstitucionais leis discriminatórias não com base em princípios substantivos, mas com base na racionalidade do procedimento. A questão fundamental, para Ely, era ampliar o âmbito de incidência dos princípios políticos, para alcançar determinados grupos

⁶⁰⁸ ELY, Jonh Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 75-77.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 98.

minoritários, e não estabelecendo um tratamento diferenciado sem qualquer justificativa. Sob essa ótica, é interessante notar que a interpretação procedimental que foi delineada por Ely sobre a Corte Warren, não corresponde inteiramente à realidade, porquanto a Constituição norte-americana contém normas substantivas não vinculadas às condições procedimentais que permitem o funcionamento do processo democrático, pois nem todas as decisões partem de uma perspectiva procedimental. Nesse cenário, a atuação judicial somente se legitima quando, nos casos fáceis, limitar-se ao sentido literal do texto constitucional, resguardando direitos nele consagrados expressamente.

Entretanto, em relação aos casos difíceis a atuação judicial objetiva dois tipos de direitos. De um lado, os direitos de acesso à esfera política, incluindo liberdade de expressão e sufrágio; de outro lado, os direitos de igualdade relativos ao papel das minorias, no que se refere à esfera política. Tais direitos impedem que maiorias parlamentares estabeleçam tratamento discriminatório em relação a minorias religiosas e raciais. O autor critica a decisão da Corte em *Wright v. Rockfelleer*⁶¹⁰, julgado em 1964, na qual se rejeitou a alegação de discriminação racial, respeitando o limite estabelecido no 70^a e 80^a Distrito Congressional de *New York*, sob o argumento de que a discriminação intencional não tinha sido provada. Os dois votos dissidentes dos juízes Douglas e Goldberg basearam-se no fato de que havia uma seleção racial intencional, significando a violação constitucional. Sempre que houvesse controvérsia quanto à constitucionalidade de política pública voltada para grupos estigmatizados, que são objeto de preconceito e discriminação, seria necessário atribuir ao judiciário a tarefa de interpretar a Constituição, uma vez que a instância deliberativa poderia ser representante de maiorias parlamentares capazes de bloquear os avanços de grupos tradicionalmente discriminados.

Nessa trajetória normativa, refere-se a um voto do juiz Blackmun em *Carolene Products*, segundo o qual “Estrangeiros como uma classe são um exemplo inicial de uma minoria discreta e insular para a qual preocupação judicial elevada, é apropriada. ..”⁶¹¹ Em suma, o controle de constitucionalidade passa a ser concebido como um reforço para a representação, de forma que decisões

⁶¹⁰ 376 U.S. 52 (1964).

⁶¹¹ 304 U.S. 144 (1938).

judiciais contramajoritárias não são antidemocráticas, pois asseguram o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse ponto, a atuação da jurisdição constitucional deveria se limitar a casos nos quais o processo democrático não funciona bem, hipótese em que o Judiciário teria maior legitimidade para interpretar a Constituição. Para Ely, haveria uma ausência de confiança no processo democrático, nas seguintes hipóteses:

(...)a) os que estão dentro, estão bloqueando os canais de mudanças políticas para assegurar que eles permaneçam dentro e os que estão fora permaneçam fora, ou b) mesmo que ninguém esteja privado verdadeiramente de voz ou voto, os representantes, de olho na maioria efetiva, estão sistematicamente deixando em desvantagem alguma minoria mantida fora, por simples hostilidade ou recusa preconceituosa em reconhecer interesses em comum e, desse modo, privando tal minoria da proteção concedida a outros grupos em um sistema representativo. (...) ⁶¹²

Em síntese, de um lado, os tribunais devem manter abertos os canais de mudança política, impedindo que determinadas majorias limitem a livre manifestação de ideias dissidentes, cabendo à jurisdição constitucional resguardar as liberdades fundamentais, como a de expressão e a de acesso à informação. Por outro lado, os direitos de igualdade permitem uma ampla representação de minorias, garantindo o funcionamento do processo democrático e impedindo que a coalizão majoritária dominante não estabeleça um conjunto de regras a ser aplicável de forma menos favorável para os grupos minoritários.

Sob esse prisma, principal falha de Ely, entretanto, consiste na rejeição da dimensão substantiva da Constituição e da doutrina do devido processo legal substantivo, porquanto a cláusula do devido processo é compreendida em uma perspectiva puramente procedimental. Outrossim, entendemos que a Constituição não se limita a uma dimensão puramente procedimental, pois o princípio do devido processo legal americano foi construído em torno de toda uma perspectiva substantiva e material. Nesse contexto, defendo a tese segundo a qual o Poder Judiciário pode contribuir de forma relevante para a eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a “participação paritária” de grupos minoritários, de

⁶¹² ELY, Jonh Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 102-103.

forma a permitir a reconstrução dos padrões justos de interação social, seja a partir de uma perspectiva procedimental ou em um enfoque substantivo.

Outrossim, prosseguindo em nossa análise acerca de uma perspectiva procedimentalista voltada para a proteção de grupos minoritários, é premente ponderar a relevância de um outro autor fundamental no debate contemporâneo acerca da jurisdição constitucional: Peter Haberle, professor da Universidade de Augsburg. O constitucionalista, assim como Ely, também demonstra uma preocupação com um procedimentalismo sensível aos interesses das minorias. Nessa linha de raciocínio, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “Haberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de alternativas para a interpretação constitucional.”⁶¹³ O autor pretende superar a metodologia constitucional tradicional que considera o direito como um sistema fechado, postulando que a interpretação constitucional deve ser articulada a uma sociedade aberta e à própria realidade social

Sob esse aspecto, Haberle propugna reunir constituição e realidade constitucional, estabelecendo uma relação intrínseca entre ambos: a Constituição é, nesse sentido, um espelho de publicidade e da realidade. Assim, o autor contrapõe-se à metodologia constitucional tradicional, ampliando o processo interpretativo, de forma a contemplar, não apenas os autores formalmente legitimados, mas também o cidadão. A tese fundamental de Haberle é a defesa de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, assim definida: “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 elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”⁶¹⁴

Nesse sentido, Haberle desenvolve um instrumental teórico que atenda à realização do interesse público, tendo em vista que a metodologia constitucional tradicional não atende à complexidade da realidade social. Esta deve ser superada para ampliar o círculo de intérpretes legitimados para promover a interpretação

⁶¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes-contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sergio Fabris, 1997, p. 464.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 13

constitucional. Sob essa ótica, os afetados pela concretização das normas constitucionais devem ter a oportunidade de participar de um amplo processo interpretativo, conectando a Constituição à realidade social. Nas palavras do autor, “povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional.”⁶¹⁵ Nesse cenário, essa ampliação do processo interpretativo deve abarcar, não apenas os órgãos estatais formalmente legitimados, mas também a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Nesse quadro teórico, o indivíduo, enquanto pré-intérprete, delineia a forma como se realizará a interpretação dos tribunais. São os destinatários das normas relativas aos direitos individuais que delimitam o conteúdo da interpretação desses direitos. Em suma, o conceito de sociedade aberta de intérpretes torna necessário o desenvolvimento de parâmetros abertos de interpretação que atendam aos desafios de uma sociedade pluralista, pois a legitimação do processo de interpretação constitucional decorre da abertura a uma participação democrática em sede de jurisdição constitucional. A própria teoria democrática constitui o substrato legitimador da interpretação dos tribunais, ou seja, o potencial dialógico irá delimitar a legitimidade dos atos jurisdicionais. Em suma, a racionalidade deixa de adotar uma perspectiva monológica, para efetivar-se no espaço público, tendo em vista a teoria democrática.

Nesse ponto, o autor estabelece alguns parâmetros de verificação da constitucionalidade da norma, como a participação no processo interpretativo e a questão relativa à polêmica por ela suscitada. Se a aprovação de uma lei tiver decorrido de uma polêmica que foi intensificada por um amplo debate público, o Judiciário deve ser cauteloso na apreciação da inconstitucionalidade. Nas palavras de Habermas, “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional.”⁶¹⁶ Com efeito, se há necessidade de ampliar o círculo de intérpretes, também há de se resguardar a participação popular no processo de interpretação das normas submetidas a um exame de constitucionalidade.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 46.

Diante do exposto, tanto Habermas quanto Habermas configuram uma concepção de jurisdição constitucional como guardião da democracia deliberativa. Nessa perspectiva, para o herdeiro da Escola de Frankfurt, os diferentes grupos sociais devem influenciar, não apenas o processo deliberativo por meio do qual as leis são debatidas e criadas, como também no seu processo de concretização. Habermas resgata a ideia de “comunidade aberta de intérpretes” de Peter Häberle, defendendo um processo hermenêutico aberto e dialógico, porquanto o potencial racionalizador do debate público seria fundamental na legitimação das decisões dos tribunais superiores.

Nesse contexto, analisando a perspectiva habermasiana, assevera Gisele Cittadino que “o paradigma procedimental do direito pretende apenas assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, através de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição.”⁶¹⁷ Ou seja, os impulsos comunicativos do mundo da vida devem influenciar o processo de interpretação constitucional de forma determinante. Tal perspectiva dialógica está intimamente conectada com a discussão filosófica sobre o justo e o bem.

De fato, como já lecionamos, Taylor e Honneth, seguindo a tradição hegeliana, estabelecem a prioridade do bem sobre o justo, contrapondo-se a perspectivas universalistas que tendem a desconsiderar questões éticas sobre o bem; Habermas, por sua vez, procura conectar ambas as dimensões. O filósofo, por meio do conceito de “comunidade de intérpretes”, propugna métodos dialógicos de interpretação constitucional, de forma que os indivíduos interpretem princípios constitucionais à luz de suas concepções particulares de bem, flexibilizando sua distinção rígida entre questões éticas e morais e articulando de forma original a esfera do justo e a do bem.

Na filosofia habermasiana, a prioridade do justo sobre o bem traduz-se em uma concepção procedimental na qual o sistema de direitos institucionaliza as condições discursivas que garantem a autonomia pública e privada. Tal concepção é extremamente sofisticada, pois, de um lado, por meio do estabelecimento de métodos dialógicos de interpretação constitucional,

⁶¹⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 210.

princípios constitucionais passam a ser interpretados à luz de singularidades culturais específicas. Por outro lado, desde *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, a singularidade da análise de Jürgen Habermas revelou-se como um instrumental teórico fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico, não como um sistema fechado em si mesmo, mas como uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, ético-políticos e pragmáticos. Nesse particular, em contraposição à análise weberiana - fundamentada na concepção de um Estado racional-burocrático que é marcado pela lógica do cálculo e da previsão - assume especial relevância a compreensão habermasiana do fenômeno jurídico como elemento de integração entre sistema e mundo da vida.

Antes de tudo, é mister considerar que, na perspectiva habermasiana, o direito não seria mais compreendido como portador de uma racionalidade intrínseca decorrente da própria sistematização jurídica realizada por um corpo especializado de funcionários. O fenômeno jurídico possui um duplo fundamento, baseando-se tanto na *facticidade* como na *validade*, permitindo tanto o uso da racionalidade comunicativa como a estratégica. Nas palavras do autor, “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental.”⁶¹⁸ Nesse sentido, o fenômeno jurídico não é um sistema fechado em si mesmo, possuindo abertura para uma moralidade procedimental.

Em Weber, o direito seria portador de uma racionalidade intrínseca, pois a noção de legitimidade seria resultado da própria concepção de legalidade. Nesse quadro teórico, o estabelecimento de uma relação interna entre direito e moral comprometeria a própria racionalidade formal inerente ao Direito. Entretanto, como ressalta Habermas, “a moral não paira mais sobre o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade.”⁶¹⁹

⁶¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 203.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 218.

Sob essa ótica, para o herdeiro da Escola de Frankfurt, diferentemente, a legalidade só é capaz de produzir legitimidade à medida que o ordenamento jurídico institucionaliza determinados pressupostos comunicativos que garantem a cooriginalidade entre autonomia pública e privada. Por conseguinte, Habermas sublinha que a construção democrática de um sistema de direitos incorpora, não apenas objetivos políticos gerais, “mas também fins coletivos que se articulam em lutas por reconhecimento.”⁶²⁰ Nesse cenário, o Estado Constitucional não é apenas reflexo de princípios universalistas, sendo eticamente impregnado. Assim, os cidadãos, por meio de práticas dialógicas, interpretam princípios constitucionais à luz de singularidades culturais específicas. Quando o filósofo reconhece a impregnação ética do Estado Constitucional, adota uma estratégia para flexibilizar sua distinção rígida entre questões éticas e morais, articulando de forma sofisticada a esfera do justo e do bem.

Diante dessa estrutura conceitual, Habermas altera em *Facticidade e Validade*⁶²¹ o papel desempenhado pelo Direito. O Direito permite a integração social entre sistema e mundo da vida, não sendo um universo fechado em si mesmo, porquanto possui uma complementariedade para os discursos morais, de forma a não perder sua identidade. Os indivíduos obedecem às normas não apenas em decorrência da ameaça de sanções, mas porque decorrem de um processo democrático que institucionaliza as condições necessárias a um processo de autolegislação.

É imperioso ressaltar que, para Jürgen Habermas, a perspectiva substancialista de Dworkin pressupõe a ideia de comunidade que partilha os mesmos valores, percepção esta que é incompatível com o pluralismo das democracias contemporâneas e com uma moralidade pós-convencional. O filósofo alemão pressupõe uma moralidade pós-convencional, por meio da qual é possível uma ruptura com os padrões culturais de uma sociedade. Em Habermas, seria necessário um distanciamento reflexivo em relação aos padrões

⁶²⁰ HABERMAS, Jürgen. “Lutas pelo Reconhecimento no Estado Constitucional Democrático”. In: HABERMAS Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 244.

⁶²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17-63.

considerados legítimos de uma sociedade. Dworkin, por sua vez, defende uma concepção substantiva de jurisdição constitucional e, nessa linha de raciocínio, o paradigma procedimental habermasiano contrapõe-se à perspectiva construtiva do autor norte-americano, que se fundamenta em valores substantivos, em um processo monológico de interpretação judicial. É pertinente o comentário de Habermas:

(...)Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática da decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de “racionalizar” decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito. (...)

(...)Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem no desenvolvimento jurídico americano. (...) ⁶²²

Nesse particular, o paradigma procedimental habermasiano, portanto, contrapõe-se à perspectiva construtiva de Dworkin e à hermenêutica fundamentada em valores constitucionais substantivos. Analisando a crítica habermasiana à filosofia política de Dworkin, Dra. Gisele Cittadino destaca que, para o autor alemão, a leitura moral da Constituição empreendida pelo jurista norte-americano pressupõe uma “confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais americanas”, razão por que o autor opta por uma perspectiva substantivista e não procedimental de democracia constitucional.⁶²³ Habermas questiona a possibilidade de compatibilizar um processo de

⁶²² *Ibidem*, p. 266.

⁶²³ Neste aspecto, a autora enfatiza que o filósofo alemão se contrapõe ao modelo de interpretação construtivista proposto por Ronald Dworkin: “Habermas recorre a diferentes exemplos históricos – o nazismo na Alemanha, as síndromes totalitárias em Portugal e Espanha, o socialismo burocrático no Leste Europeu – para demonstrar que, nestes casos, é necessário um distanciamento reflexivo em relação às tradições que conformam identidades.” Assim, a autora conclui que, quando já não é possível se apoiar na “confiança antropológica das tradições”, resta apelar para o patriotismo constitucional. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.223-224. Em relação ao pensamento habermasiano, cf.: HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de Revisión de la Izquierda*. Trad. de Manuel Redondo. Madrid: Tecnos, 1996. Sobre o modelo de interpretação proposto por Dworkin, cf.: DWORKIN, Ronald. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

interpretação construtiva com o princípio da separação de poderes. Destaca que a própria existência dos Tribunais Constitucionais não é autoevidente, ressaltando que tais instituições não existem em muitos Estados e mesmo onde existiram há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões.

Nesse cenário, na visão da teoria do discurso sustentada pelo filósofo alemão, a lógica da tripartição das funções estatais exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes de Estado: em sua atividade, o Executivo subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de inversão dessa relação. O filósofo enfatiza que a concorrência do tribunal constitucional com o legislador, legitimado democraticamente, pode se agravar no âmbito do controle abstrato de normas. Por isso, o herdeiro da Escola de Frankfurt defende ser o controle abstrato de normas uma função indiscutível do legislador.

Nessa configuração normativa, a ideia de concretização dos valores materiais constitucionais não se compatibiliza com o princípio da separação de poderes, porquanto “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.”⁶²⁴ Em suma, o autor alemão demonstra-se cético em relação à jurisdição constitucional, expressando a preocupação de torná-la compatível com o princípio democrático, tendo em vista que somente o poder comunicativo dos cidadãos pode ser capaz de influenciar as instâncias de representação política, consideradas legítimas representantes da soberania popular. Com base neste fundamento, Habermas procura evitar uma posição paternalista do Tribunal Constitucional, que deve se restringir a zelar pelos pressupostos comunicativos e condições procedimentais necessários à conexão entre autonomia pública e privada.

A partir da tensão entre a concepção liberal e a republicana de comunidade política, surgem duas posições: aqueles que se situam em uma perspectiva próxima da concepção liberal, buscando justificar o estabelecimento de restrições ao princípio da maioria, em favor da tutela das liberdades individuais; e a matriz republicana, que assinala os aspectos de legitimidade decorrentes da gênese democrática de produção de leis. Em vista disso, de acordo com Luis Prieto Sanchís, inobstante o filósofo procure conciliar ambas as tradições,

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 297.

“harmonizando autonomia pública e autodeterminação coletiva”⁶²⁵, é certo que se verifica uma preferência em favor da democracia, ou se se pretende, a atribuição de uma função mais instrumental para os direitos, concebidos sempre a serviço da participação que assegura o procedimento democrático.”⁶²⁶ Entendo e compartilho com o autor espanhol que a perspectiva habermasiana acerca dos direitos fundamentais assume uma dimensão instrumental, pois são concebidos como condições constitutivas que permitem um processo de autolegislação.

Desse modo, nas palavras de Sanchís, Habermas sustenta ser inerente ao controle abstrato de leis uma inaceitável incompatibilidade “entre o Tribunal e as prerrogativas do legislador, entre um corpo elitista e contramajoritário e a decisão legítima da soberania popular.”⁶²⁷ Para Habermas, como para Ely, a postura do Tribunal Constitucional insere-se na defesa da democracia deliberativa e das condições procedimentais para a gênese democrática do direito. Em síntese, o Tribunal Constitucional, no que se refere ao âmbito de interpretação, não deve proferir juízos valorativos morais, devendo assumir uma postura imparcial. A seguinte passagem conclusiva revela o pensamento de Habermas:

(...)Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim dos pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que,

⁶²⁵ De acordo com a concepção liberal as regras de formação de acordos políticos são fundamentais a partir de princípios constitucionais liberais. Em oposição, na tradição republicana, a formação democrática de vontade pressupõe uma convergência de autocompreensões éticas, qual seja, a deliberação apóia-se no conteúdo de um consenso sobre valores substantivos que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada por um ato republicano de fundação. A teoria do discurso articula elementos de ambos as concepções políticas: “A teoria do discurso, que obriga o processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação e do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos capazes de agir, mas sim da institucionalização de procedimentos que lhe digam respeito.” HABERMAS, Jürgen. “Três Modelos Normativos de Democracia”. In: *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 280.

⁶²⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editoria Trotta, 2003, p. 158.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 159.

durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo de política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental, não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção. (...) ⁶²⁸

Nessa linha da raciocínio, como destaca Sanchís acerca da perspectiva habermasiana, os juízes não estão autorizados “a emendar a obra do legislador ou para supri-la, e sim a garantir que este seja democrático.” ⁶²⁹ O filósofo, todavia, parece ignorar que a Constituição possui um caráter dúctil, repleta de preceitos vagos, porosos, e muitas vezes contraditórios que permitem uma certa margem de liberdade interpretativa. A justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade sempre se deparou com o debate entre democracia e constitucionalismo, concebido este último como um limite jurídico ao processo democrático, impondo restrições às decisões políticas das majorias que eventualmente alcancem o poder. Para o filósofo, os Tribunais Constitucionais não podem ser compreendidos como guardiões de uma ordem suprapositiva de valores substantivos, expressão de uma determinada tradição ético-política, como pretende a tradição republicano-comunitarista, pois tal perspectiva é incompatível com uma moralidade pós-convencional.

Nessa concepção ontológica, como examinamos, no nível pós-convencional, o filósofo estabelece, uma homologia entre a fase universalista do jovem e a identidade coletiva baseada em princípios universais de direitos humanos que se sobrepõem a acordos sociais particulares. Na evolução de uma sociedade convencional para uma pós-convencional, princípios universalistas permitem aos indivíduos o estabelecimento de juízos críticos em relação a padrões considerados legítimos em uma ordem social. Diferentemente do que ocorria nas sociedades tradicionais, não há mais um consenso substantivo sobre valores em sociedades pluralistas, inexistindo uma convergência de autocompreensões éticas.

⁶²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, tomo I, *op. cit.*, p. 345-346.

⁶²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editoria Trotta, 2003, p. 160.

Com efeito, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e vontade capazes de harmonizar autonomia pública e privada. A Constituição não deve ser interpretada como uma ordem suprapositiva de valores, pois apenas garante as condições procedimentais para o exercício da democracia. Diante do exposto, a função da Corte Constitucional, originária ou não de Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, e “ não a de se arrogar o papel de legislador político.”⁶³⁰

Nessa perspectiva, alinhando-se à perspectiva substancialista, Luis Roberto Barroso salienta que “o *déficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.”⁶³¹ Nesse sentido, o constitucionalista entende que a judicialização da política não comporta juízo de valor, podendo ou não apresentar efeitos positivos, a depender do contexto.

O autor exemplifica que o ativismo judicial da Suprema Corte tornou-se bandeira do pensamento político conservador no final do século XIX e início do século XX, impedindo a introdução de direitos sociais e contrariando a legislação de muitos estados que aboliram a escravidão. Na década de 50, há uma reviravolta jurisprudencial com a Corte Warren, que se torna instrumento das forças progressistas, porquanto inúmeros avanços sociais são conquistados pela jurisprudência da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais.⁶³²

Sob essa ótica, a questão fundamental, ao nosso ver, consiste em identificar as situações nas quais o processo político majoritário não será capaz de

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 297.

⁶³¹ BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito- o trinfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

⁶³² *Ibidem*, p. 39.

atender às pretensões normativas de grupos minoritários, tal como na hipótese que envolveu a discussão sobre a gestação de fetos anencefálicos, no julgamento da ADPF n° 54. Nesse cenário, a discussão principal assentou-se na possibilidade ou não de o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo, estabelecendo uma nova causa de exclusão da antijuridicidade para o crime de aborto, não contemplada no artigo 128 do Código Penal.

5.3.7

O STF e a anencefalia

De início, antes de analisar a problemática envolvida na ADPF n° 54, é necessário elucidar que a questão da anencefalia chegou pela primeira vez ao STF em 26 de fevereiro de 2004, no *Habeas Corpus* 84025-6, impetrado por Gabriela de Oliveira Cordeiro, uma jovem de 19 anos que pretendia autorização judicial, objetivando realizar a antecipação terapêutica de parto de feto anancéfalo. Gabriela e seu marido procuraram a Defensoria Pública de Teresópolis e, em novembro de 2003, solicitaram a autorização, sendo esta indeferida na comarca de Teresópolis.

Sob esse prisma, em 7 de novembro, o recurso foi interposto ao Tribunal de Justiça, obtendo a autorização em 9 de novembro. Contra essa decisão, foi interposto um recurso por dois advogados, mas a relatora do recurso, Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, confirmou o seu entendimento anterior, concedendo a autorização para a antecipação; todavia, nesse momento, o Movimento Pró-vida da Igreja Católica já havia impetrado o remédio de *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal de Justiça. A Ministra Laurita Vaz cassou liminarmente a autorização judicial que havia sido concedida anteriormente.

Nessa trajetória jurídica, em 26 de fevereiro de 2004, entretanto, um pedido de *Habeas Corpus*, em favor de Gabriela, foi impetrado no Supremo Tribunal Federal pelas Organizações não-governamentais Anis (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) e Themis (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero), com base no direito à saúde, à liberdade e à dignidade. Em 4 de março foi iniciada a votação, tendo como relator o Min. Joaquim Barbosa. Inobstante, o pedido foi considerado prejudicado, pois, em sessão de julgamento, o Tribunal foi informado do fato de que o parto da gestante fora realizado, dando à luz a uma

criança que veio a falecer alguns minutos após seu nascimento. Em decorrência, a ANIS e a THEMIS passaram a defender a tese de que o STF deveria solucionar o tema, razão pela qual foi interposta a ADPF n° 54.

Desse modo, o voto do Min. Joaquim Barbosa foi capaz de demonstrar a independência do direito, revelando como arena constitucional - enquanto cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento - tem potencialidade em conectar autonomia judicial e legitimidade democrática, com base em argumentos fundamentados em “razões públicas”. Em suma, tal decisão demonstra como juízes podem usar princípios constitucionais de abertura argumentativa para mediar o conflito e o diálogo público sobre pretensões normativas vinculadas a direitos de minorias. Nesse quadro teórico, elucidativo o seguinte trecho do voto do Min. J. Barbosa:

(...) Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim, os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.

Lembro, invariavelmente, que essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas Cortes Constitucionais e Supremas que já se debruçaram sobre o tema.... (...) ⁶³³

Feitas essas considerações, tornar-se-à necessário postular que a problemática fundamental do debate teórico envolvido na questão da ADPF n° 54 consiste, nas palavras do advogado e constitucionalista, Luis Roberto Barroso, “se ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador.” ⁶³⁴ E conclui: “Como se sabe, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de

⁶³³ STF, HC n. 84025-6. Voto do Min. Joaquim Barbosa.

⁶³⁴ BARROSO, Luis Roberto. “Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição”. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 700.

criação de direito novo.”⁶³⁵ Em suma, de acordo com a doutrina, a interpretação conforme a Constituição pode implicar: a) uma delimitação do conteúdo da norma; b) sua não aplicação a um determinado contexto fático; c) a inconstitucionalidade de uma das normas decorrentes do texto, sendo que não há necessidade de uma declaração de inconstitucionalidade da norma, que permanece íntegra em ambas as situações.

Assim, o aborto provocado pela gestante ou por terceiro é tipificado nos artigos 124 a 126 do Código Penal. O aborto necessário, entretanto, indispensável para salvar a vida da gestante, não é punido, assim como o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Inexiste previsão, no artigo 128 do Código Penal, da possibilidade de antecipação terapêutica de parto decorrente da anencefalia, em razão do simples fato de que no momento histórico em que foi editado o Código Penal, os recursos tecnológicos eram escassos, inviabilizando o diagnóstico de anomalias fetais, tal como a anencefalia. Como sublinha o constitucionalista, “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana”.⁶³⁶ Nesse ponto, a denominada técnica de “interpretação conforme a Constituição”, que tem sido desenvolvida pelo STF, ocorre quando, diante de uma variedade de métodos interpretativos, o Tribunal opta por uma linha de interpretação possível a respeito de uma norma legal, adequando-a a um determinado contexto fático.

No caso em questão, a tese proposta por Luis Roberto Barroso foi a de que o STF procedesse à interpretação conforme a Constituição de dispositivos do Código Penal relativos ao aborto, determinando a sua não incidência ao contexto fático em que a gestante de feto anencefálico opte voluntariamente pela interrupção terapêutica da gravidez. A ADPF nº 54/DF foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, afirmando em nota prévia serem distintas as situações de antecipação terapêutica e a do aborto, tendo em vista que este pressupõe potencialidade de vida extrauterina do feto. Articula o envolvimento de preceitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana,

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 701.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 684.

da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, bem como o do direito à saúde. Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, evoca o fato retratado no HC 84025-6, declarado prejudicado pelo Plenário.

Em vista disso, o autor requereu a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham por objeto a aplicação de dispositivos do Código Penal na hipótese de antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, estabelecendo o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez, desde que atestada a ocorrência da anomalia. Em síntese, o pedido final constitui a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante da interpretação dos artigos 124, 126, e 128, I e II do Código Penal, como impeditiva da interpretação terapêutica de parto. Em 1º de julho de 2004, o Min. Marco Aurélio de Mello concedeu o pedido liminar, reconhecendo o direito da gestante em optar pela antecipação terapêutica do parto, uma vez atestada a anencefalia por laudo médico. A liminar somente produziu efeitos por mais três meses, pois foi tornada sem efeito pelo Plenário do STF em 27 de abril de 2005, por sete votos a quatro; entretanto, igual votação admitiu que a ADPF fosse processada para que seu mérito fosse apreciado. Nesse momento, os Ministros Carlos Ayres de Britto, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim manifestaram-se no sentido de rejeitar a alegação de que seria incabível a propositura da ADPF, sendo vencidos os Ministros Eros Grau, Cesar Peluso e Ellen Gracie, que não conheceram da ação, tendo em vista que a mesma ofenderia a separação de poderes, criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto.

Nessa linha de raciocínio, ressaltamos haver um projeto de lei n.º 183 de 2004, de autoria do Senador Duciomar Costa, visando a alterar o artigo 128 do Código Penal, para nele incluir o aborto de feto anencéfalo, que está sendo objeto de análise na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a problemática envolvida e a lacuna na lei, promoveu várias audiências públicas com a participação de diversas entidades da sociedade civil, de forma a propiciar um ambiente marcado pelo debate no qual se contrapuseram argumentos científicos e religiosos. O médico Rodolfo Nunes, representante da Sociedade Pró-vida, afirmou que o fato de as crianças com anencefalia conseguirem respirar e interagir com os pais, indica que há vida, razão

por que dever-se-ia considerar o aborto como crime. Já o advogado Luís Roberto Barroso, que representa a CNTS, afirmou que a continuidade da gravidez, após o diagnóstico de anencefalia, pode trazer riscos à saúde da mãe.

Com efeito, trata-se de uma questão moralmente controvertida que envolve direitos de minoria (no caso, a gestante), mas a matéria não foi inteiramente regulada pelo processo político, legitimando uma inevitável expansão da atuação judicial. Inobstante, a problemática jurídica enfrentada distingue-se da questão constitucional enfrentada em *Roe*.⁶³⁷ Nessa configuração normativa, analisando o tema, Eduardo Appio menciona que, no caso de aborto de feto anencefálico, a questão fundamental não é a proteção do direito à privacidade em confronto com o direito à vida, uma vez que, como alega a parte autora, inexiste qualquer possibilidade de vida da criança após o nascimento. Nesse ponto, é oportuno transcrever as explanações teóricas de Eduardo Appio:

Não existem, contudo, pontos de semelhança entre os casos *Roe v. Wade* e a ADPF 54, na medida em que o objeto central do debate em *Roe* foi a proteção da privacidade da mulher, assegurando-lhe um direito de escolha condicionado ao período de gestação. No caso do aborto de feto anencefálico, esta liberdade de escolha não está em jogo. Muito pelo contrário, os autores da ação alegam que em cem por cento dos casos não há possibilidade de sobrevida do feto fora do útero materno após encerrado o período da gestação. Portanto, enquanto em *Roe v. Wade* se buscava proteger um “direito de escolha” da mulher gestante, na ADPF 54 esse direito não existe, porque sequer se coloca a questão sobre a futura condição da mãe da mulher envolvida. Sabe-se, de antemão, que, não havendo sobrevida, não existe expectativa futura no tocante a esta condição e, portanto, não haverá limitação das opções futuras da mulher.⁶³⁸

Indubitavelmente, a questão fundamental que é objeto de discussão na ADPF n.º 54, corresponde à proteção constitucional à saúde da gestante a ser tutelada pelo Estado, assim como sua integridade moral, tendo em vista a inexistência de uma estrutura cerebral que legitime a proteção estatal ao direito constitucional à vida do feto. Como assinala Eduardo Appio, “o que se encontra verdadeiramente em jogo é a integridade física e moral da gestante e, nesse sentido, o Estado tem o dever de assegurar um tratamento igual a todas as

⁶³⁷ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

⁶³⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

mulheres. ⁶³⁹ Assim como o autor, compreendemos que, se a questão fundamental a ser analisada é a integridade física e moral da gestante, não há se falar em proteção constitucional ao direito à vida e, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para tutelar o direito fundamental à integridade física e moral da mulher, ainda que se adote uma perspectiva minimalista, não sendo necessário definir o momento em que a vida tem início, que é objeto de um desacordo moral razoável em uma sociedade pluralista.

Nessa abordagem constitucional, não há, portanto, necessidade de uma postura maximalista, com implicações futuras na discussão sobre o direito ao aborto no Brasil, podendo o STF ater-se aos limites específicos da demanda, resguardando a integridade física e moral de uma minoria sem invasão à competência do legislador. Se inexistisse previsão, no artigo 128 do Código Penal, da possibilidade de antecipação terapêutica de parto decorrente da anencefalia, isso não exime o Estado de assegurar o direito à integridade física e moral da gestante de fetos anencefálicos, sendo legítimo ao Judiciário declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da referida lei, que estabelece tratamento diferenciado entre duas situações idênticas, em ofensa à isonomia. Compreendo que, em um Estado pluralista, os fundamentos jurídicos utilizados para a análise da questão relativa ao aborto de fetos anencéfalos, devem estar pautados em argumentos de “razões públicas”, e não por autocompreensões de mundo particulares, religiosas ou morais, insuscetíveis de legitimar a imposição estatal. A cada indivíduo deve ser assegurada uma esfera de intangibilidade moral que não pode ser instrumentalizada a um projeto político majoritário.

Alguns poderiam questionar se, ao adotarmos tal perspectiva, não estaríamos assumindo uma postura liberal que concebe indivíduos como seres atomizados. Como salientamos, Taylor delineia uma filosofia política que pretende se contrapor a perspectivas contratualistas fundamentadas na concepção do indivíduo atomizado. Considera que a primeira forma de mal-estar da modernidade seria um fenômeno associado ao surgimento do individualismo, a partir do qual passamos a determinar nossos projetos pessoais de vida independentemente de uma inserção em nossas configurações morais.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 358.

Sob essa ótica, assevera Taylor que “vivemos em um mundo no qual as pessoas têm direito de eleger por si mesmas, sua própria regra de vida, a decidir em consciência quais convicções desejam adotar, a determinar a configuração de suas vidas com uma completa variedade de formas sobre as quais seus antepassados não tinham controle.”⁶⁴⁰ Disso se infere, ao nosso ver, que a concepção de indivíduos atomizados, delineada por filosofias contratualistas, está conectada à concepção de *self* desprendido, no sentido de que somente nos desvinculando de tais horizontes morais, alcançamos uma autorrealização individual.

Nessa concepção ontológica, Honneth, assim como Taylor, procura se desconectar de perspectivas que enfatizam os indivíduos atomizados, porquanto o indivíduo só alcança liberdade, inserindo-se em um modelo de cooperação reflexiva expressa em termos de divisão do trabalho. Trata-se de uma forma reflexiva de cooperação comunitária, articulando democracia, divisão cooperativa do trabalho e liberdade. Nessa trajetória filosófica, transcrevemos novamente a assertiva do autor alemão:

(...)A intersubjetividade, em cuja armação a vida social se desdobra, é apresentada de acordo com o modelo de um “organismo social” no qual cada indivíduo contribui por meio de sua própria atividade para a reprodução do todo. O primeiro fato que caracteriza todo tipo de sociabilidade é a existência de cooperação; porém, indivíduos desorientados ou contingentes relacionam-se pela busca, baseada na divisão do trabalho, de atividades que conjuntamente contribuem para a manutenção da sociedade. Se a vida social é apresentada conforme tal modelo, então Dewey aponta conseqüências para o conceito de autonomia pessoal, como também para o de governo político. (...) ⁶⁴¹

Nossa perspectiva, todavia, não pretende legitimar, por exemplo, a atuação jurisdicional na proteção de uma esfera privada de gestantes de fetos anencéfalos e outras minorias como reflexo de teorias liberais que enfatizam o indivíduo atomizado, mas apenas de ressaltar que, quando maiorias parlamentares impõem concepções abrangentes, frustrando o debate, o Judiciário dispõe de legitimidade

⁶⁴⁰ TAYLOR, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1994, p. 38.

⁶⁴¹ HONNETH, Axel. “Democracia como Cooperação Reflexiva. John Dewey e a Teoria Democrática hoje”. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje- Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 71

para proteger direitos fundamentais de minorias em uma dimensão substancialista, corrigindo os desvios do procedimento. Assim, compartilhamos com Taylor e Honneth as mesmas preocupações filosóficas que pretendem distanciar-se de perspectivas liberais, baseadas em indivíduos atomizados, mas compreendemos que o Judiciário – enquanto instância de representação de minorias – também pode inspirar uma narrativa simbólica capaz de resguardar uma esfera de autonomia individual, sempre que as instâncias deliberativas não forem sensíveis a expectativas normativas relativas a determinadas minorias, tais como gestantes de fetos anencéfalos.

Nesse sentido, assume especial relevância a filosofia de um autor argentino, Carlos Santiago Nino, que foi professor da Universidade de Buenos Aires. Nino assinala a existência de uma moralidade pública, intersubjetiva, e uma moralidade privada, autorreferente ou pessoal. Esta consiste “naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude, que valoram as ações em relação a seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos mesmos agentes”.⁶⁴² Em síntese, quando o valor da autonomia pessoal relaciona-se a princípios intersubjetivos, suscetíveis de julgar as condutas dos indivíduos, tendo em vista os interesses alheios, torna-se fundamental limitar a autonomia de uns para preservar a de outros. Mas, quando o valor da autonomia diz respeito a princípios morais autorreferentes, não há motivo para limitar uma esfera de autonomia pessoal, restringindo a eleição de ideais de excelência humana ou virtude pessoal, porque tais ideais não afetam a autonomia das demais pessoas.

Indubitavelmente, no caso da anencefalia, a questão fundamental constitui a integridade física e moral da gestante, sem implicações na esfera jurídica alheia, devendo ser considerada não como uma moralidade intersubjetiva, mas como uma moralidade autorreferente, tendo em vista a ausência de viabilidade de vida. A questão fundamental a ser considerada não é o direito à privacidade da gestante em face do direito à vida do feto, mas o direito à saúde e à integridade moral da gestante, buscando alcançar um tratamento isonômico na aplicação da lei penal. Ora, se inexistir vontade política de majorias parlamentares em regular o tema do aborto de fetos anencefálicos, o Judiciário tem legitimidade para resguardar,

⁶⁴² *Ibidem*, p. 278.

seguindo as lições de Nino, uma esfera de autonomia conectada a princípios morais autorreferentes, sem implicações nas esferas jurídicas alheias.

Nessa perspectiva, Luis Roberto Barroso defende que “o papel do Judiciário deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso.”⁶⁴³ No caso brasileiro, a judicialização da política em matéria de minorias é um fato da vida, pois o Judiciário passa a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos, suprindo a ausência de regulamentação legal, por exemplo, no tocante a direitos de minorias sexuais. Entendemos que somente um Judiciário mais ativo na reconstrução dos valores constitucionais ínsitos ao Estado de Direito poderá dinamizar um sentido de patriotismo constitucional.

Diante do exposto, propugnamos repensar se a perspectiva estritamente procedimentalista, relativamente a questões éticas atinentes a minorias, é efetivamente adequada às especificidades da nossa cultura constitucional, sendo fundamental analisar a relação fática - ignorada por Habermas - entre substancialismo e patriotismo constitucional. Sob esse aspecto, como o autor alemão rejeita um ativismo judicial que resgate a dimensão substancialista da Constituição, torna-se necessário delinear uma modelo de patriotismo constitucional adaptado às especificidades de países periféricos de modernidade tardia, que articule ambas as perspectivas: procedimental e substancialista, em face da própria natureza principiológica de nossa Constituição.

Para tal empreendimento, pretendemos resgatar a filosofia política de Santiago Nino, que configurou uma perspectiva construtivista, derivada de princípios éticos fundamentais, decorrentes das pressuposições do discurso moral, desenvolvendo uma concepção epistemológica, denominada “construtivismo ético”, concebida como uma perspectiva teórica derivada do diálogo entre John Rawls e Jürgen Habermas. Nesse sentido, os defensores da democracia deliberativa consideram que as decisões políticas somente se legitimam, se decorrem de um processo argumentativo amplo e aberto no qual todos os afetados possam expor suas razões.

⁶⁴³ BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito- o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, *op. cit.*, p. 41.

Desse modo, a contraposição entre o filósofo alemão e Nino surge através da relação estabelecida entre os autores entre direitos humanos e democracia, porquanto o autor argentino se refere aos primeiros como um contrapeso ao processo democrático, aproximando-se da concepção liberal de direitos quando estabelece um conjunto de direitos individuais que não podem ser violados em hipótese alguma, nem mesmo com o consenso da maioria. O herdeiro da Escola de Frankfurt, por sua vez, contrapõe-se à perspectiva dicotômica entre direitos humanos e democracia, entendendo que o primeiro não deve ser compreendido como um contrapeso ao segundo, mas como um pressuposto necessário ao processo democrático.

Em vista disso, para Habermas, a ideia de direitos humanos deve estar atualizada democraticamente, porquanto autonomia pública e privada são cooriginários, pressupondo-se mutuamente, de forma que nem direitos humanos nem soberania popular podem pretender primazia um sobre o outro. A partir do entrelaçamento entre o princípio do discurso e a forma jurídica, Habermas estabelece o princípio da democracia, manifestando-se por meio de uma gênese lógica de direitos. Nas palavras do filósofo alemão, “o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.”⁶⁴⁴ Nessa trajetória teórica, o herdeiro da Escola de Frankfurt introduz as categorias de direitos que geram o *status* das pessoas de direito. Tais direitos possuem uma dimensão deontológica, não sendo necessário recorrer à religião ou à metafísica para justificá-los. Em passagem elucidativa, o autor enumera os seguintes direitos que não podem ser objeto de violação pelo processo democrático:

(...)

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários:
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

⁶⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 158

- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual. (...)
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direitos legítimos. (...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4). (...) ⁶⁴⁵

Assim, a fim de assegurar a expectativa normativa de que o seu direito subjetivo seja assegurado, é necessário que o sujeito de direito se situe em uma perspectiva mais ampla capaz de pressupor a concessão de direitos fundamentais por todos os membros de uma sociedade de livres e iguais. Nas palavras de Habermas, “é preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso.” ⁶⁴⁶ E conclui: “Pois, enquanto sujeitos de direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.” ⁶⁴⁷ Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar os pressupostos sob os quais os indivíduos podem exercer um processo de autolegislação, tornando-se autores e destinatários dos seus direitos; mas, sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não poderiam alcançar uma real percepção acerca de suas concepções de bem que integram a dimensão privada. É pertinente o comentário de Habermas:

(...)Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos. (...) ⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 159-160.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 163

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

⁶⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. “Sobre a Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia”. In: *A Inclusão do Outro Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293.

Sob essa ótica, de acordo com a ontologia habermasiana, é fundamental que os participantes de processos argumentativos estabeleçam normas capazes de obter o consenso de todos os afetados. Nino, por sua vez, ao considerar os direitos humanos como um contrapeso à democracia, aparentemente adota uma perspectiva liberal, estabelecendo uma concepção de direitos concebidos como trunfos contra majorias. Entretanto, aproxima-se da perspectiva habermasiana quando destaca que os direitos fundamentais são necessários para o funcionamento do processo democrático. Nesse cenário, considera que o valor epistêmico do processo democrático depende do reconhecimento dos direitos humanos, sob pena de não funcionar adequadamente. O valor epistêmico do processo de discussão coletiva, portanto, não é um valor absoluto, dependendo do cumprimento de pressupostos que lhes são intrínsecos. Nino assim fundamenta seu posicionamento:

(...)A capacidade epistêmica da discussão coletiva e da decisão majoritária para alcançar decisões moralmente corretas não é absoluta, mas varia de acordo com o grau de satisfação das condições subjacentes ao processo. Estas condições são: que todas as partes interessadas participem na discussão e decisão; que participem de uma forma razoável, sob igualdade e sem nenhuma coerção; que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos verdadeiros.... (...) ⁶⁴⁹

Nesse quadro teórico, quando esses pressupostos são satisfeitos, a democracia alcança validade epistêmica, contemplando os requisitos de abertura e participação dos afetados. É necessário ponderar, entretanto, que os direitos necessários ao funcionamento da democracia são considerados por Nino como direitos *a priori*. Nino denomina os direitos negativos de liberdade e direitos sociais de participação, como direitos “a posteriori”, enquanto os direitos políticos de participação correspondem aos direitos “a priori”. Em suma, para Nino, os direitos fundamentais são direitos morais, sendo que a delimitação do alcance e conteúdo desses direitos pressupõe uma reflexão moral realizada, em princípio, pelo processo democrático. Habermas, por sua vez, assevera que tais direitos permitem o exercício da autonomia pública, ou seja, são condições

⁶⁴⁹ NINO, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 180.

procedimentais que institucionalizam a formação política da opinião e da vontade. Nino, a seu turno, considera que os direitos *a priori* são aqueles que garantem valor epistêmico ao processo democrático.

Nesse ponto, Nino não concebe o consenso “como constitutivo de decisões justas”, denominando a perspectiva habermasiana de “construtivismo ontológico”, caracterizado nos seguintes termos: “a validade dos juízos morais não decorre dos resultados do discurso real, mas sim dos seus pressupostos, ainda que esses resultados sejam um meio confiável para conhecer os pressupostos.”⁶⁵⁰ Em síntese, na perspectiva habermasiana, a verdade moral é constituída pela busca de entendimento decorrente de uma discussão moral real que respeita certas condições procedimentais. Habermas assinala que o discurso jurídico é muito mais amplo que o discurso moral, pois, enquanto as normas de ação são legitimadas em torno do princípio moral, as normas de direito são estruturadas pelo princípio democrático e justificadas por razões pragmáticas, ético-políticas e morais.

Nesse aspecto, é necessário lembrar que Habermas estabelece três usos da razão prática. O uso pragmático da razão prática diz respeito ao agir orientado a fins, ou seja, a ação é determinada pelo resultado pretendido, desprezando-se a dimensão ética da conduta. O agente, em uma perspectiva egocêntrica visa apenas a alcançar determinado resultado. O agir estratégico constitui a base do sistema social capitalista e decorre do processo de colonização do mundo da vida, por meio do qual os princípios que regem o mundo da economia e do sistema burocrático, tornam-se hegemônicos e passam a exercer domínio sobre o mundo da cultura e da sociedade não institucionalizada.

No ensejo, o uso ético da razão prática, por sua vez, diz respeito à perspectiva individual. O indivíduo questiona-se sobre quem ele é e quem gostaria de ser. Quando alguém se questiona sobre o seu projeto de vida, o faz compartilhando valores decorrentes de um contexto social. Nessa linha de raciocínio, o uso ético da razão também está vinculado a uma realidade social, a um *ethos* preexistente. Entretanto, na formulação original habermasiana, embora o uso ético da razão resgate valores, não pressuponha o exercício crítico da razão, diferentemente do uso moral da razão prática, que pressupõe o questionamento.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 159.

As normas ético-políticas não são deontológicas, mas teleológicas. O herdeiro da Escola de Frankfurt comenta que:

(...)Discursos ético-políticos têm que preencher condições comunicativas para um auto-entendimento hermenêutico de coletividades. Eles devem possibilitar uma auto-compreensão autêntica e conduzir para a crítica ou fortalecimento de um projeto de identidade...(...)Discursos de auto-entendimento exigem a convivência reflexiva, corajosa e disposta a aprender com as próprias tradições culturais, formadoras da identidade. (...) ⁶⁵¹

Com efeito, em contraposição, os discursos morais pressupõem uma perspectiva deontológica capaz de transcender as contingências históricas de uma forma de vida. Nas palavras do autor, “nas discussões morais, ao contrário das ético-políticas, o círculo dos possíveis atingidos não se limita aos membros da própria coletividade.” ⁶⁵² Diante do exposto, depreende-se que o ponto de vista moral “exige uma abertura incondicional das deliberações institucionalizadas para o fluxo de informações, para a pressão dos problemas e o potencial de estímulo da opinião pública não-organizada.” ⁶⁵³ Em suma, o uso moral da razão prática surge de um conflito humano e social no qual o indivíduo, em suas relações comunicativas, se questiona sobre o que é justo, em uma dimensão interpessoal.

A partir de agora, o uso moral da razão distancia-se reflexivamente dos padrões legítimos de uma sociedade e questiona-se sobre a justiça da ação. O estabelecimento de princípios morais que legitimem as normas de ação, somente ocorre em uma perspectiva dialógica e intersubjetiva na qual os afetados possam expor abertamente os seus argumentos, contrapondo-se à perspectiva do autor argentino. Nino, por sua vez, salienta que o processo democrático deliberativo só contempla questões morais, excluindo questões ético-políticas, que não poderiam ser resolvidas de maneira imparcial. O objetivo fundamental do autor é assegurar o postulado da autonomia moral, refutando qualquer forma de interferência externa sobre a eleição de ideais de excelência pessoal e virtude. Habermas, a seu turno, desenvolve uma concepção de autonomia essencialmente dialógica,

⁶⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 227.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 228.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 228.

porquanto os indivíduos só a obtém na medida em que se inserem em uma rede de relações dialógicas com os demais.

Nesse contexto, a fim de explicitar tal concepção dialógica de autonomia, Maeve Cooke, uma das mais ilustres comentadoras do empreendimento habermasiano, destaca que, antes de *Direito e Democracia*, questões éticas eram excluídas dos processos deliberativos, com o estabelecimento de princípios de justiça que reconheciam a autonomia dos indivíduos de forma neutra em relação às concepções substantivas de vida boa.⁶⁵⁴ Outrossim, a autonomia dizia respeito apenas à capacidade de autodeterminação em relação a uma concepção de bem, ou seja, à capacidade racional de cada indivíduo de desenvolver uma concepção de vida boa.

Inobstante, em *Direito e Democracia*, Habermas rompe com a tradição liberal e não mais afirma a neutralidade ética do Estado Constitucional, mas destaca que questões ético-políticas passam a permear os processos de deliberação discursiva.⁶⁵⁵ Nino, diferentemente, destaca que questões ético-políticas não são submetidas a processos deliberativos, aproximando-se da formulação original habermasiana, segundo a qual bastava o estabelecimento de princípios de justiça de forma neutra em relação às concepções de bem. Nessa percepção, o filósofo argentino contrapõe-se à ética discursiva, que condiciona a validade das normas morais necessariamente à aprovação discursiva de todos os afetados, pois entende que tal legitimidade não depende necessariamente de processos argumentativos.

Nesse sentido, o construtivismo ético, na obra de Nino, situa-se como uma posição intermediária entre as perspectivas de John Rawls e Habermas, de forma a justificar princípios morais, compreendidos como o substrato legitimador dos direitos humanos. Sua posição procura articular ambas as vertentes filosóficas, enfatizando a perspectiva dialógica de formulação dos juízos morais, mas legitimando também a reflexão individual. Assim, é clara a assertiva do eminente filósofo argentino:

⁶⁵⁴ COOKE, Maeve. “Authenticity and Autonomy – Taylor, Habermas and the Politics of Recognition”. In: *Political Theory*, vol. 25, n. 2. London: Sage Publications, 1997, p. 275

⁶⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit.

(...)...quanto ao conhecimento da verdade moral, Rawls parece assumir que só é acessível através da reflexão individual, enquanto Habermas sustenta que somente a discussão coletiva é um método adequado para acessar princípios morais válidos. Acredito que a posição correta sobre ambas as questões é intermediária entre sustentadas por ambos os filósofos. (...) ⁶⁵⁶

Nesse cenário, tanto Habermas como Nino enfatizam o valor epistêmico do processo deliberativo para resolução de questões morais, desde que respeitadas as condições procedimentais inerentes ao processo discursivo, permitindo um contexto aberto e dialógico no qual os interessados possam expor seus argumentos. Sob essa ótica, regatando ambas as matrizes epistemológicas, conclui Nino que embora o processo discursivo seja o método mais confiável para atingir princípios morais, tendo em vista o potencial racionalizador do debate, tal perspectiva não anula o fato de que a reflexão individual também pode se configurar como um meio válido para alcançar princípios moralmente corretos. ⁶⁵⁷

Nesse quadro teórico, para Nino, o método mais confiável para se atingir princípios morais constitui o processo democrático, cujo valor epistêmico intrínseco se sobrepõe, em tese, à reflexão individual monológica. Habermas, por sua vez, defende que o potencial racionalizador do debate democrático seria essencial para alcançar resultados legitimados procedimentalmente, em oposição a uma produção monológica de normas. Em suma, na perspectiva habermasiana, o debate intersubjetivo é fundamental para a resolução de conflitos práticos na esfera moral. Somente através do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade, é possível solucionar um acordo normativo interrompido. De acordo com a ética discursiva, o diálogo real é essencial, pois apenas com a participação

⁶⁵⁶ NINO, Santiago. *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 14.

⁶⁵⁷ É interessante demonstrar o posicionamento de Nino: “A discussão e decisão intersubjetivas são o procedimento mais confiável para ter acesso à verdade moral, dado que o intercâmbio de ideias e a necessidade de justificar-se perante os demais não apenas ampliam o conhecimento próprio e revelam defeitos no raciocínio, como também ajudam a satisfazer o requisito da consideração imparcial dos interesses de todas as pessoas afetadas. Isto, sem embargo, não exclui a possibilidade de que, por meio da reflexão individual, se possa ter acesso ao conhecimento de soluções corretas, ainda que se admita ser este método muito menos confiável que o coletivo, devido à dificuldade de permanecer fiel à representação dos interesses dos outros e ser imparcial.” NINO, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 161.

efetiva dos afetados tornar-se-à possível evitar uma interpretação distorcida em relação a seus interesses pelos demais.

Entretanto, o modelo de patriotismo constitucional ora proposto e sua integração à cultura política brasileira aproxima-se mais da perspectiva delineada por Nino por razões pragmáticas, tendo em vista a centralidade de princípios morais ínsitos ao que denomina de Constituição ideal. Nesse ponto, é necessário elucidar que, para o autor argentino, o reconhecimento dos princípios morais constitui o substrato para avaliar a legitimidade da “Constituição Histórica”. Seria inerente ao constitucionalismo a existência de três dimensões: democracia, reconhecimento de direitos e Constituição Histórica. Em síntese, enquanto a Constituição Histórica configura o aspecto real do constitucionalismo, os direitos e a democracia dizem respeito ao que denomina de Constituição ideal. É oportuno ilustrar o pensamento do saudoso autor argentino:

(...)A lealdade à Constituição histórica pode restringir a forma em que opera o processo democrático quando seja necessário preservar uma Constituição, ou seja, o instrumento que faz possível o exercício da democracia. Isto depende, contudo, da justificação da mesma Constituição Histórica, que é dada de acordo com o grau de respeito pela Constituição histórica dos princípios morais que estabelecem direitos. (...) ⁶⁵⁸

Com efeito, Nino, em uma perspectiva construtivista, compreende a Constituição ideal como o fundamento para aferir a legitimidade da Constituição histórica, de forma a suscitar a adesão popular efetiva. O elemento fundamental do seu empreendimento teórico pressupõe postulados morais como o substrato fundante de qualquer construção normativa. O constitucionalismo ideal seria estruturado a partir de direitos legais, ou seja, direitos que são ou deveriam ser reconhecidos pelo sistema jurídico. Nas palavras do autor, “quando recorremos a um direito constitucional para justificar certa decisão (incluindo a crítica de uma decisão já adotada), estamos recorrendo, em última instância, a princípios de moralidade social que endossam a norma constitucional, estabelecendo o direito em questão.” ⁶⁵⁹ De um lado, se os princípios morais constituem o elemento de legitimação inerente a qualquer ordem normativa, tal perspectiva não prescinde a

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 73.

sua positivação constitucional; de outro lado, a existência de normas constitucionais por si só não legitima a ação política, sendo necessário recorrer a postulados morais intrínsecos à Constituição ideal.

Nessa linha de raciocínio, distancia-se da perspectiva habermasiana no que se refere à abordagem procedimentalista desenvolvida em *Direito e Democracia*. Para Habermas, “mesmo que as normas do direito também sejam selecionadas sob o aspecto da justiça e não possam estar em contradição com a moral, o princípio da democracia, que autoriza os cidadãos a criar um direito legítimo, não está submetido ao princípio moral, como Apel supõe.”⁶⁶⁰ Outrossim, o autor alemão pretende refutar uma subordinação completa do fenômeno jurídico à esfera moral, em uma perspectiva jusnaturalista, distinguindo-se desta sob três dimensões: (a) enquanto direito subjetivo; (b) direito coativo e (c) direito positivo. É relevante trazer as palavras do herdeiro da Escola de Frankfurt:

(...)Já que o direito serve primariamente à proteção das esferas da vida privadas e autônomas contra intervenções arbitrárias de um poder público. Ao passo que o poder penetrante da moral abrange todos os domínios da vida, não conhecendo nenhum limiar entre a consciência privada e a responsabilidade pública. (...) o Direito moderno vem acompanhado da ameaça de sanções por parte do Estado. O poder do Estado garante uma obediência da maioria às leis e preenche, por meio da obediência coagida ao direito, uma condição secundária da legitimidade de sentenças jurídicas gerais. Pois a obediência à norma só é imputável, quando cada destinatário pode pressupor que ela também é obedecida por todos os outros. A moral da razão, que não está mais embutida em cosmovisões religiosas, também precisa ser ligada a tradições culturais e padrões de socialização, para que os juízos morais possam se transformar, de modo geral, em agir moral. Porém, o talho natural de tal moral, que se tornou autônoma, serve apenas para a finalidade cognitiva da viabilização de compreensões perspicazes. Os bons motivos e sentimentos continuam sendo propriedade dos sujeitos perspicazes. (...) ⁶⁶¹

Nessa perspectiva, de acordo com a ontologia habermasiana, os direitos subjetivos constituem o substrato fundante do direito moderno, garantindo a cada indivíduo dimensões de liberdade que lhes permitem desenvolver uma concepção de vida boa. A moral, por sua vez, atinge tanto a esfera privada como a pública. Diferentemente, na esfera jurídica, como titulares de direitos subjetivos, os

⁶⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo II, op. cit., p. 106.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 106-107.

membros de uma comunidade jurídica têm liberdade de ação segundo seus ideais particulares, podendo realizar tudo o que não for juridicamente proibido. Nesse contexto, de acordo com o princípio (D), “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”⁶⁶² Apresenta, portanto, uma semelhança com o ideal da autodeterminação moral, pois o uso moral da razão prática decorre de um conflito prático no qual o indivíduo, em uma perspectiva deontológica e intersubjetiva, se questiona sobre a justiça da sua ação.

Antes de tudo, é mister elucidar que o estabelecimento de princípios morais, sobre os quais as condutas humanas são fundamentadas, ocorre intersubjetivamente, de forma que os afetados possam expor abertamente os seus argumentos. Entretanto, nas palavras do autor, tal “semelhança estrutural da legislação política com a autodeterminação moral não significa, evidentemente, a assimilação de uma à outra.”⁶⁶³ O fato de o processo deliberativo constituir um elemento estrutural do sistema político, portanto, não implica que tal processo político se esgote apenas na dimensão moral, obedecendo a requisitos funcionais e institucionais que lhe são inerentes. Os atributos formais do direito permitem que o cumprimento das leis ocorra na dimensão da faticidade ou da validade, ou seja, pela ameaça de sanções ou porque decorra de um acordo racionalmente motivado.

Assim, de acordo com a ética discursiva, a legitimidade do direito não decorre somente de fundamentos morais, mas também de fundamentos ético-políticos e pragmáticos. O fenômeno jurídico, em contraposição à moralidade, é caracterizado por uma dimensão de concretude de suas normas, que são delineadas para uma comunidade jurídica específica de um determinado Estado. Sob esse aspecto, o direito articula a dimensão da faticidade, tendo em vista a ameaça de sanções, e a da validade, consubstanciada em esferas de liberdade que são consagradas em razão da cooriginalidade entre as autonomias pública e privada. Nesse sentido, o cumprimento das normas jurídicas decorre de uma

⁶⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Faticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 142.

⁶⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Faticidade e Validade*, tomo II, op. cit., p. 109.

perspectiva estratégica, tendo em vista a ameaça de sanções, assim como de um ponto de vista performativo decorrente de um processo de autolegislação.

Diante dessa estrutura conceitual, a legitimidade das normas jurídicas não se assenta em um suposto direito natural, que condiciona a validade do direito positivo, de forma que a argumentação jurídica não constitui um tipo especial de argumentação moral. O direito, para Habermas, possui pressupostos próprios; a moral, por sua vez, desenvolve-se sob o aspecto da dimensão da justiça das ações humanas, tendo em vista o consentimento universal de todos os afetados, não se restringindo aos cidadãos de um Estado específico. Sob essa ótica, Carlos Santiago Nino, em contraposição à perspectiva habermasiana, compreende os postulados morais expressos na “Constituição ideal” como o substrato fundante da prática constitucional real. Nesse quadro teórico, a proposta fundamental do autor consiste em “articular a dimensão ideal da Constituição complexa, que se relaciona com os direitos individuais e, a partir disso, com a justa distribuição de bens sociais e naturais, na forma em que deveriam ser reconhecidos pelo Estado.”⁶⁶⁴ E conclui: “as Constituições Históricas podem partir daquilo que me inclino a defender como o conteúdo da uma Constituição ideal de direitos.”⁶⁶⁵ Tal perspectiva ideal, portanto, serve como parâmetro moral para avaliar a prática constitucional real.

Nesse cenário, sustento que a tensão entre a Constituição real e a Constituição ideal pode ser potencializada pela atuação de determinados movimentos sociais, que passam a se apropriar de discursos constitucionais para reivindicarem seus direitos. Quando o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática relativa ao julgamento da ADIN n. 3300/DF, por exemplo, adotou uma perspectiva maximalista, posicionando-se em favor da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade, foi capaz de dinamizar uma tensão constante entre a Constituição Histórica e a Constituição ideal,

⁶⁶⁴ NINO, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 71.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 71.

inspirando uma narrativa simbólica sensível às pretensões de minorias estigmatizadas. Tal narrativa, ao nosso ver, também suscita adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional.

Nesse ponto, Nino estabelece um diálogo com Stephen Holmes, no que se refere ao papel dos pré-compromissos constitucionais aos processos democráticos. O autor argentino pretende contrapor-se à ideia segundo a qual tais limitações constituem uma forma de paternalismo legítimo semelhante à ideia de Ulisses atado ao mastro do barco, visando a proteger-se do canto das sereias. Como salienta o filósofo, entretanto, “limitações constitucionais como estas não constituem um autopaternalismo; elas podem ser melhor compreendidas no sentido de maiorias atuais que, possivelmente, protegem maiorias eventuais futuras contra as decisões perniciosas de maiorias intermediárias.”⁶⁶⁶ Em suma, na sua percepção, a ideia de pré-compromissos constitucionais constitui um elemento fundamental do constitucionalismo ideal, restringindo o poder de ação de determinadas maiorias parlamentares. Nas palavras do autor, “os princípios e procedimentos da Constituição ideal são extremamente relevantes, incluindo-se no segundo nível de raciocínio legitimador, enquanto que eles não sejam incompatíveis com as conclusões alcançadas no primeiro nível.”⁶⁶⁷

Em síntese, as indeterminações inerentes à Constituição Histórica somente poderiam ser resolvidos através de princípios de direitos humanos moralmente válidos, suscitando práticas constitucionais mais complexas e aprimoradas, no que se refere a soluções normativas específicas. Com efeito, a primeira constatação de Nino consiste na indeterminação radical a respeito da interpretação da Constituição Histórica. Veja-se o que afirma o saudoso autor argentino:

(...)Em primeiro lugar, a Constituição Histórica sofre, apesar dos indícios que parecem assinalar o contrário, de uma indeterminação radical para sua interpretação. Em segundo lugar, a Constituição Histórica é aparentemente supérflua para a justificação de ações ou decisões a respeito de temas supostamente regulados por ela. Se a Constituição Histórica é indeterminada ou supérflua, sua observância não pareceria ser uma exigência legítima e não exerceria nenhum contrapeso ao desenvolvimento da democracia.(...) ⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 30.

Disso se infere, ao nosso ver, que o saudoso professor da *Yale University* pretende se opor a tal perspectiva, considerando a Constituição Histórica como um componente fundamental da concepção de constitucionalismo. Assim, a fim de superar tal indeterminação na interpretação da Constituição Histórica, o autor propõe a utilização de juízos valorativos como forma de solucionar lacunas jurídicas. Entretanto, ressalta que a indeterminação se manifesta em grau diverso, se concebemos a Constituição “de um modo puramente descritivo, não como um texto prescritivo, ou um documento, mas sim também pelas ações, atitudes, expectativas dos juízes, legisladores, funcionários do governo e a cidadania em geral.”⁶⁶⁹ Ou seja, a prática constitucional da comunidade de intérpretes tem recorrido a aspectos valorativos que, muitas vezes, são apropriados de diferentes formas pelos atores sociais.

Nessa linha de raciocínio, “os constituintes, legisladores, juízes e administradores devem ser vistos como participantes de um trabalho coletivo, da construção do Direito, que, em si mesmo, parte de um fenômeno mais amplo e mais complexo composto de práticas, instituições, hábitos e atitudes culturais e crenças básicas que definem uma sociedade.”⁶⁷⁰ O saudoso filósofo assevera que, se a Constituição, compreendida como uma prática social, “não pode por si só justificar ações e decisões, porém pode constituir um direito condicionante que determina a aplicabilidade de certos princípios morais para justificações e decisões.”⁶⁷¹ Com efeito, no processo de interpretação constitucional, os juízes não concebem a norma como uma prática social, mas em um ponto de vista interno, como um postulado moral. Postula que a concepção da Constituição, como prática social de reconhecimento, não constitui um substrato teórico suficiente para legitimar as demais regras do sistema jurídico, sendo necessário recorrer a princípios morais capazes de fundamentá-las. Nesse particular, cabe trazer as explicações teóricas de Nino:

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p.44.

(...)Uma vez que a legitimidade de uma Constituição determinada por tais princípios morais se articula sobre o direito de que esta tem certos conteúdos, no sentido de que reconhece certos direitos fundamentais. Se a Constituição reconhece esses direitos ou outros conteúdos requeridos pelos princípios morais subjacentes e exclui regras antagônicas com tais direitos e conteúdos, esta pode ser relevante para o raciocínio prático legitimador.(...) ⁶⁷²

Diante do exposto, depreende-se que a Constituição somente alcança legitimidade capaz de justificar ações e decisões, se suas proposições incorporam princípios morais que constituem a denominada “Constituição Ideal”. Nessa perspectiva, a compreensão da Constituição como texto ou como prática social seria insuscetível de legitimar proposições normativas ou de superar a indeterminação radical do texto, razão pela qual o autor recorre à dimensão ideal do constitucionalismo. Inobstante, ressalta que nem todos os direitos morais possuem natureza jurídica, pois tal caráter irá decorrer de duas circunstâncias fundamentais: do conceito de direito empregado e da observância de certos pressupostos.

Outrossim, quanto ao primeiro aspecto, a identificação da qualificação jurídica irá depender do fato de corresponder a um conceito descritivo ou normativo de direito. Partindo de um conceito descritivo de direito, os direitos morais seriam aqueles positivados no ordenamento jurídico por meio de normas estabelecidas pelo Estado, atendendo-se a requisitos formais inerentes ao processo legislativo. Mas, adotando-se uma concepção normativa de direito, direitos morais seriam aqueles que deveriam ser reconhecidos no ordenamento jurídico. Nesse contexto, partindo de uma concepção normativa de direito, Nino estabelece três princípios morais inerentes ao constitucionalismo ideal: o princípio da autonomia da pessoa; o princípio da inviolabilidade da pessoa; o princípio da dignidade humana.

Nessa estrutura conceitual, as ações políticas não são legitimadas a partir de uma perspectiva autossuficiente do direito, sendo indispensável resgatar postulados morais expressos em termos de um discurso ético, de forma a suscitar formas aprimoradas de cooperação social. Nesse sentido, seria intrínseco a qualquer discurso moral a aceitação do valor da autonomia moral, sendo inadmissível qualquer processo discursivo estabelecido de forma incompatível

⁶⁷² *Ibidem*, p. 45.

com esse postulado moral. Assim, tendo em vista o valor geral da autonomia moral, o autor refuta “qualquer política que imponha ideais pessoais sobre os indivíduos.”⁶⁷³ Sob essa ótica, o princípio da autonomia pessoal está intimamente relacionado ao valor da autonomia moral, que refuta qualquer tipo de interferência externa sobre a escolha de ideais de excelência pessoal e virtude. Tal princípio constitui um elemento basilar de uma concepção liberal de direitos que refuta o perfeccionismo, ou seja, qualquer tipo de interferência estatal em relação à esfera privada. Nessa concepção ontológica, Nino, em passagem elucidativa, menciona que:

(...)Esta visão de democracia, particularmente sua ênfase no desenvolvimento moral da virtude cívica, foi central no movimento antifederalista, durante o período de discussão sobre a Constituição dos Estados Unidos e hoje é importante no movimento neorepublicanista dentro do direito constitucional. Como diz Cass Sunstein, “na adesão à visão republicana tradicional, os antifederalistas sustentavam que a sociedade civil deveria operar como um educador e não como um mero regulador de condutas privadas.” O governo tem a responsabilidade de difundir atitudes que separam os cidadãos da busca do autointeresse, ao menos no domínio da política...(.)

(...)Apesar da atração deste ponto de vista e da intuitiva adesão que gera a conexão entre a democracia e algumas virtudes cívicas, existe uma tensão entre aquela e a ideia liberal de autonomia pessoal, entendida como garantia da liberdade de perseguir qualquer plano de vida que não prejudique a terceiros e a vedação da interferência estatal nessa eleição. Em contraste com o dogma do liberalismo, a visão perfeccionista recupera a adoção de um modelo de virtude pessoal definido por ideais cívicos e comunitários.(...) ⁶⁷⁴

Sob esse aspecto, torna-se fundamental sublinhar que o republicanismo parte do pressuposto de que, uma vez estimulada a participação política dos cidadãos, os indivíduos terão menos inclinação a perseguir interesses privados. De acordo com essa visão, “o princípio da autonomia pessoal seria honrado se certas virtudes de caráter forem promovidas como um fim em si mesmas e não por seus méritos intrínsecos, mas como uma forma de obter ações que beneficiem ou evitem danos a outras pessoas.”⁶⁷⁵ Nesse quadro teórico, a adoção de ideais de excelência seria inserida em uma dimensão comunitária, e não em uma esfera

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 278

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 141.

eminentemente privada. Em suma, afirma a centralidade na promoção de virtudes públicas, relacionada à busca de fins coletivos. Inobstante, segundo o autor, o simples fato de o ideal democrático estimular virtudes cívicas não pode ignorar o fato de que existem determinadas ações individuais incapazes de suscitar efeitos negativos na esfera alheia, refutando teorias perfeccionistas que interfiram no princípio da autonomia pessoal.

Nesse cenário, como destacamos, assinala a existência de uma moralidade pública, intersubjetiva, e uma moralidade privada, autorreferente ou pessoal, que consiste “naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude, que valoram as ações em relação a seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos mesmos agentes”.⁶⁷⁶ Em síntese, quando o valor da autonomia pessoal se relaciona a princípios intersubjetivos, que avaliam as condutas dos indivíduos, tendo em vista os interesses alheios, é necessário limitar a autonomia de uns para preservar a de outros. Mas, quando o valor da autonomia diz respeito a princípios morais autorreferentes, não há motivo para limitar uma esfera de autonomia pessoal, restringindo a eleição de ideais de excelência humana ou virtude pessoal, porque tais ideais não afetam a autonomia das demais pessoas. O princípio da inviolabilidade da pessoa estabelece um instrumento de proteção a interesses individuais contra demandas coletivas.

Nessa linha de raciocínio, na sua primeira formulação, “o princípio da inviolabilidade da pessoa proíbe a diminuição da autonomia de uma pessoa para alcançar como único propósito o incremento da autonomia que gozam outros indivíduos.”⁶⁷⁷ O autor pretende, indubitavelmente, contrapor-se a concepções holísticas e coletivistas baseadas na “existência de uma entidade coletiva que constitui uma pessoa moral independente com interesses irreduzíveis.”⁶⁷⁸ Para o autor argentino, a articulação dos princípios da autonomia e da inviolabilidade da pessoa não fornece um substrato teórico suficiente para delinear uma concepção liberal de sociedade.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 278.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 79.

Nessa perspectiva, analisando os limites teóricos dos referidos princípios, destaca que “o princípio da autonomia pessoal implica, paradoxalmente, uma supervisão permanente dos indivíduos para desqualificar qualquer decisão pessoal que restrinja sua própria autonomia, ainda quando o resultado obtido fora o incremento da autonomia de outras pessoas.”⁶⁷⁹ Com efeito, propugnando preencher tal lacuna teórica, o autor delinea um terceiro princípio, o denominado postulado da dignidade da pessoa. Este princípio pressupõe o consentimento do indivíduo como fundamento à assunção de obrigações estabelecidas normativamente que restrinjam a sua esfera de autonomia pessoal. Analisando o tema, Nino tece um dos mais lúcidos comentários a respeito do princípio da dignidade da pessoa, mencionando que:

(...)O limite que o princípio da dignidade da pessoa estabelece em relação ao princípio da inviolabilidade da pessoa, pode anular o limite que o último estabelece em relação ao princípio da autonomia da pessoa. Então, quando se aplica o princípio da dignidade da pessoa (já que a pessoa afetada consente em uma relação normativa resultante em uma perda de autonomia), a vedação à autonomia de um indivíduo, para incrementar a de outros, pode ser ignorada. Isto se manifesta no direito de que dispõem as instituições jurídicas de estabelecer obrigações e responsabilidade, dependendo do consentimento dos afetados - como ocorre nos casos de um contrato, o matrimônio e as leis penais - deveria estar justificado sobre a base de promover a autonomia da sociedade em geral. (...) ⁶⁸⁰

Diante do exposto, depreende-se que a discussão intersubjetiva nem sempre constitui o método mais confiável para adotar soluções moralmente corretas que interfiram nos ideais de excelência pessoal e projetos pessoais de vida. Nas palavras do autor, “os juízes não têm razões para subordinar seus juízos morais a uma lei democrática baseada em ideais pessoais de virtude ou excelência. Não existe nenhuma base epistêmica que justifique essa decisão. Neste ponto, somente o juízo dos indivíduos é relevante.”⁶⁸¹ Nesse contexto, a discussão democrática não possui valor epistêmico para impor ideais pessoais que violem o princípio da autonomia moral e, em consequência, qualquer juiz estaria

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 80

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 80-81.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 278.

legitimado para afastar a constitucionalidade de uma lei perfeccionista que imponha determinadas concepções de bem.

Nesse sentido, o autor critica a atuação da Suprema Corte em *Bowers v. Hardwick*⁶⁸², tendo em vista a declaração de constitucionalidade de uma lei do Estado da Geórgia que vedava a conduta homossexual, porquanto fundamentou-se em argumentos perfeccionistas. Sob esse aspecto, os juízes teriam legitimidade para declarar a inconstitucionalidade de uma legislação perfeccionista que imponha ideais de excelência. O autor diferencia, entretanto, da situação na qual determinadas leis criminalizam o uso de droga para uso pessoal. Ora, se a lei objetiva proteger direitos de terceiras pessoas, seria legítimo que tal questão seja solucionada pelo processo democrático, pois não se trata de um ideal de excelência pessoal.

Inobstante, a situação é diversa quando se trata de uma legislação perfeccionista, pois nesse caso, “os juízes podem invalidar a legislação se o seu objetivo for impor um ideal de excelência pessoal.”⁶⁸³ Assim, seria necessário avaliar os motivos originários que deram ensejo à elaboração de determinadas normas jurídicas, com o propósito de legitimar ou não o controle de constitucionalidade. Nas palavras do autor, “se a proibição implica este último, ela só pode ser determinada pelo processo político ou corrigida por ele. Nesta situação, a proibição não deveria ser realizada pelo poder judicial, inclusive quando for incorreta.”⁶⁸⁴ Em face desta leitura, podemos questionar se a questão da criminalização da homofobia, do casamento gay, do transexualismo e aborto de feto anencéfalos envolve um ideal de excelência pessoal ou um padrão moral intersubjetivo.

Sob essa ótica, compreendemos que o direito ao casamento gay, bem como a pretensão de transsexuais em realizar a adequação do prenome no registro civil, configuram uma moralidade autorreferente vinculada a ideais de excelência humana ou virtude pessoal, insuscetíveis de afetar a autonomia das demais pessoas. Diferentemente, a questão relativa à criminalização da homofobia

⁶⁸² *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S 186 (1986).

⁶⁸³ NINO, Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 279.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 279-280.

representa uma moralidade intersubjetiva, pois o valor da autonomia pessoal relativa à não-discriminação por orientação sexual afeta interesses alheios relativos à liberdade religiosa e de expressão de entidades religiosas, devendo ser regulada pelo processo democrático.

Nesse quadro teórico, para Nino, a dimensão ideal do constitucionalismo, que é representada pelos direitos, impõe limites à atuação estatal perfeccionista, uma vez que a satisfação dos direitos “a priori” constitui pressuposto para o processo democrático. De acordo com o autor, “o processo democrático não pode ser o último recurso para a proteção de direitos individuais, dado que a principal função dos direitos é conter as decisões majoritárias e proteger os interesses dos indivíduos isolados e das minorias.”⁶⁸⁵ O filósofo estabelece um diálogo crítico com Ronald Dworkin, que, como salientamos, desenvolveu um modelo de democracia constitucional por meio do qual os juízes teriam a função de invalidar determinadas leis aprovadas pelas majorias, tendo em vista a proteção a direitos individuais.

Nesse ponto, estabelece uma distinção fundamental entre a sua proposta teórica e a ideia de democracia constitucional delineada por Dworkin. Pondera ser inadequada a perspectiva que enfatiza a dimensão dos direitos como trunfos contra majorias, ou limites à democracia, pois, na sua percepção filosófica, tais direitos individuais seriam pressupostos cuja satisfação confere valor epistêmico ao processo democrático. Esse seria justamente um dos fundamentos capaz de legitimar o controle de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário iria verificar se os pressupostos que conferem valor epistêmico ao processo democrático encontram-se cumpridos. Por conseguinte, a forma de intervenção judicial não conduz necessariamente à invalidação total de uma norma inconstitucional. Nas palavras do autor, “os juízes não necessitam descartar sempre os resultados do processo democrático para promover medidas que creem serem mais conducentes à proteção ou promoção dos direitos.”⁶⁸⁶ A atuação da atividade judicial deve pautar-se pela adoção de medidas que incrementam o processo de deliberação pública, de forma a tornar a intervenção dos corpos políticos mais cuidadosa.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 269.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 292.

É premente lecionar que a superioridade epistêmica do processo deliberativo aparentemente afasta a legitimidade da jurisdição constitucional. Todavia, esse argumento decorre de uma compreensão superficial acerca do construtivismo epistêmico, de forma que o autor estabelece três “exceções” que legitimam a expansão da atividade judicial. O autor utiliza a terminologia “exceções”, o que reflete a sua opção teórica em favor da superioridade epistêmica, em tese, do processo democrático em relação à reflexão individual.

Nessa perspectiva, a primeira exceção corresponde a uma perspectiva procedimental, devendo o judiciário zelar pela observância das condições procedimentais que garantem valor epistêmico ao processo democrático. Uma vez ausentes os pressupostos deliberativos de participação dos afetados, a atuação jurisdicional estaria legitimada. Nesse sentido, tais considerações foram explicitadas no seguinte trecho:

(...) a intervenção dos juízes é por natureza unidirecional, seu ativismo a este respeito deve estar sempre dirigido a ampliar o processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade e mais concentração sobre a justificação. Seria, com efeito, absurdo, por esta concepção de controle de constitucionalidade, que um juiz anule legislação que tenha sido sancionada através de um processo demasiadamente amplo de participação ou com demasiada igualdade. Certamente, os juízes podem estar equivocados em suas conclusões acerca do funcionamento do sistema democrático, e frequentemente estão; porém, o efeito mais importante de uma teoria procedimental do controle judicial de constitucionalidade é promover as condições que outorgam ao processo democrático seu valor epistêmico. (...) ⁶⁸⁷

Diante dessa estrutura conceitual, o autor considera que o respeito aos direitos “*a priori*” constitui um pressuposto de validade do processo democrático. Nas palavras do filósofo, “os direitos políticos ativos e passivos ou a liberdade de expressão são claramente centrais para um conteúdo mínimo do sistema democrático.” ⁶⁸⁸ A sua teoria, entretanto, incorpora a fundamentalidade dos direitos sociais como integrantes dos denominados direitos “*a priori*”, uma vez que as condições sociais e econômicas constituem pressupostos que irão delimitar a validade do processo democrático.

⁶⁸⁷ NINO, Carlos Saniago. *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 274.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 275.

Assim, a atuação das Cortes também estaria legitimada no caso de violação aos direitos sociais, pois a inobservância da sua satisfação anula o valor epistêmico do processo democrático. A segunda exceção que é capaz de legitimar a atuação do controle de constitucionalidade, foi objeto de análise anteriormente, ocorrendo sempre que a discussão democrática imponha ideais de excelência ou virtude, violando o princípio da autonomia moral, de forma que o Judiciário estaria legitimado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei perfeccionista. Nesse contexto, a expansão da atuação judicial seria justificada sempre que o processo democrático violar uma esfera de autonomia pessoal, expressa em termos de ideais de excelência e virtude. Por fim, a terceira exceção que fundamenta o controle de constitucionalidade, objetiva preservar a prática social, ou seja, a constituição histórica.

Nesse sentido, defendemos a tese segundo a qual, quando o processo deliberativo estiver desprovido de valor epistêmico, somente uma nova narrativa simbólica, um patriotismo constitucional inclusivo, com potencialidade de transformar a imaginação política da sociedade, pode inspirar a atuação dos tribunais, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. O modelo ora proposto de patriotismo constitucional procura articular duas tradições filosóficas, delineando um instrumental teórico que resgata o potencial emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*, mas atento à possibilidade fática da ausência de abertura e participação dos afetados, legitimando um maior protagonismo do Judiciário na concretização da dimensão substantiva da Constituição, tendo em vista a proteção da autonomia moral de cada indivíduo. Tal perspectiva pode incrementar uma identidade constitucional pluralista que permita a cada indivíduo desenvolver seu projeto pessoal de vida. Trata-se de uma nova narrativa simbólica, um patriotismo constitucional inclusivo, que permite conceber a arena jurídica como um cenário de lutas pelo reconhecimento.